

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA  
ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ”**

Tesis para obtener el título de **ABOGADO**, que presenta la bachiller:

**JIMENA BEATRIZ ALIAGA GAMARRA**

ASESOR: Dr. César Delgado Barreto

Lima, junio de 2013



A mis padres, Juan y Silvia,  
por su amor, apoyo y aliento incondicional.

## SUMARIO

### **CAPÍTULO I: “Panorama de la adopción internacional”.**

- I. Contexto histórico de la adopción.....p. 3
- II. La adopción internacional.....p. 8
- III. Tipos de adopción internacional.....p. 22
- IV. Efectos de la adopción internacional en los adoptados.....p. 25
- V. Principales instrumentos internacionales sobre adopción internacional.....p. 28

### **CAPÍTULO II: “La adopción internacional desde el ámbito tutelar”.**

- I. La familia como derecho y objeto de protección y asistencia.....p. 54
- II. Niños y adolescentes privados de cuidado parental o  
en riesgo de perderlo ..... p. 63
- III. Respuesta tutelar del Estado Peruano..... p. 69
- IV. La adopción internacional como medida de protección estatal..... p. 101

### **CAPÍTULO III: “La adopción internacional y el Derecho Internacional Privado”.**

- I. La adopción internacional como relación privada de Derecho  
Internacional.....p. 107
- II. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de  
Adopción Internacional y su aplicación en el Perú..... p. 131
- III. Procedimiento de instrucción, constitución y efectos de las adopciones  
internacionales en el Perú.....p. 167
- IV. Acuerdos bilaterales ratificados por el Perú en materia de adopción  
internacional.....p. 183

**CAPÍTULO IV “Evaluación y aplicación del interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú”.**

I. Principio del interés superior del niño y adolescente.....p. 211

II. Determinación del interés superior en la adopción internacional.....p. 237

III. Análisis de la regulación nacional actual de la adopción internacional a la luz del interés superior del niño y adolescente.....p.263

CONCLUSIONES.....p. 311

BIBLIOGRAFÍA.....p.330

ÍNDICE

ANEXO



## INTRODUCCIÓN

La necesidad de contar con un sistema adecuado de protección a los niños y adolescentes así como de aliento y respeto a sus derechos es innegable. Según las proyecciones del INEI para el año 2025, el Perú habrá alcanzado sobrepasar los 35.5 millones de habitantes<sup>1</sup>, de los cuales al menos hoy en día son 10.6 millones de niños y adolescentes<sup>2</sup>. De estos, el 45% vive en condición de pobreza<sup>3</sup>. Estas cifras evidencian la urgencia de un compromiso estatal real por la promoción y protección de su bienestar.

El Estado tiene el deber de asistir a los padres en su misión de criar y proveer a sus hijos cuando estos no estén en condiciones de hacerlo, así como también de velar por aquellos niños vulnerables por carecer de cuidado parental. Con este fin el Perú, como cualquier otro Estado, diseña una serie de programas y medidas destinadas a procurar el bienestar de los niños y paliar las consecuencias de su desatención. Entre las medidas previstas por nuestro ordenamiento están el apoyo intrafamiliar, la colocación familiar y en familias sustitutas, la institucionalización y la adopción. Como se verá a lo largo de esta tesis, contrario a lo que es considerado más beneficioso para los niños y adolescentes, a la fecha la institucionalización sigue siendo la medida de protección más popular.

La adopción internacional de niños y adolescentes es uno de los tipos de adopción que nuestro ordenamiento contempla y puede ser definida como la incorporación de un niño y adolescentes de determinado país a una familia procedente de otro, con el fin de instaurar los vínculos de paternidad y filiación entre ellos. Es considerada una medida de protección destinada principalmente para los niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono.

Esta figura ha sufrido cambios importantes en lo que respecta a su foco de protección. Tradicionalmente, esta institución se concibió como un negocio jurídico eminentemente privado en el que preponderaba el interés de los adoptantes mientras que el interés del menor, a la vez que los intereses sociales, eran secundarios. Este enfoque varió cuando

---

<sup>1</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). “Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población 1950-2059”. Boletín de Análisis Demográfico No. 35. p. 34

<sup>2</sup> UNICEF. “Situación del País (Perú)”. En: [http://www.unicef.org/peru/spanish/children\\_13264.htm](http://www.unicef.org/peru/spanish/children_13264.htm) (Última visita: 20/04/2012).

<sup>3</sup> Cifras al 2009. *Ibidem*.

salieron a relucir en la prensa internacional problemas gravísimos como las mafias de tráfico infantil por lo que se prefirió tomar una aproximación en la que fuera preponderante la protección del adoptado, y esta protección generalmente se entendió como labor exclusiva del Estado.

Es con la Convención de los Derechos de los Niños de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN) que la adopción toma otro matiz y se entiende que su finalidad no es tanto responder a una necesidad de los matrimonios con imposibilidad de tener hijos, sino más bien a la necesidad de proveer de un entorno familiar adecuado al niño y adolescente en situación de abandono para atender a su protección y bienestar.

A pesar de este reconocimiento, esta figura no logró tener una regulación exitosa hasta el Convenio de la Haya de 1993 que vino a significar un sistema de cooperación interestatal que a través de la institución de procedimientos y requerimientos materiales mínimos busca la protección del niño o adolescente a ser adoptado internacionalmente.

No obstante las buenas intenciones tras las regulaciones nacionales e internacionales, la viabilidad de esta figura como medida de protección sólo puede ser analizada en su aplicación en la práctica. Desde el año 2007 a la fecha las adopciones tanto nacionales como internacionales no han excedido las 258<sup>4</sup> por año, siendo el 2010 el año pico en que se lograron las adopciones internacionales alcanzaron 63<sup>5</sup>. Del año 2010 a la fecha se viene dando un declive.

Estas cifras nos lleva a cuestionarnos las razones tras la diferencia saltante entre el número elevado de niños que permanecen en instituciones sin posibilidad de ser reunificados con su familia, y los niños y adolescentes que logran ser adoptados.

En esta tesis se analizará a la figura de la adopción internacional en sus distintas aristas y se buscará demostrar que es una medida de protección que no está siendo aprovechada adecuadamente en nuestro país y que, por tanto, su aplicación no responde al interés superior del niño. Además, se explicarán las razones tras esta situación y se sugerirán medidas que hagan que la regulación y aplicación de esta figura tenga como sustento y justificación esencial el interés superior del niño y adolescente de los niños carentes de cuidado parental.

---

<sup>4</sup> SECRETARÍA NACIONAL DE ADOPCIONES. Estadísticas.

En: [http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/Adopciones\\_NNAnacional\\_31Enero2013.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/Adopciones_NNAnacional_31Enero2013.pdf)

<sup>5</sup> *Ibidem*.

## CAPÍTULO I

### “Panorama de la adopción internacional”

#### Sumario

En este capítulo se ubica a la adopción internacional dentro del contexto histórico de la adopción como institución y se procede a hacer un recuento de la historia de esta figura y su desarrollo como fenómenos migratorio internacional. Luego, se desarrollan los tipos de adopción internacional, los efectos científicamente comprobados de esta figura en los adoptados y se concluye con un repaso y comentario de los principales instrumentos internacionales que versan sobre la materia.

#### I. Contexto histórico de la adopción

La adopción, entendida como la práctica social mediante la cual una persona que biológicamente pertenece a una familia o grupo de parentesco, adquiere una nueva familia o nuevos lazos de parentesco que son socialmente definidos como equivalentes a los lazos biológicos y que substituyen los anteriores, sea totalmente o en parte, no es una institución moderna sino más bien una tan antigua como la misma sociedad humana. La adopción ha gozado de una casi total universalidad a lo largo de los tiempos siendo la cultura islámica una excepción puesto que el Corán prohíbe la creación de lazos familiares artificiales.

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

En la antigüedad, la adopción aparece en uno de los textos legales más arcaicos: El código Hammurabi. Éste data de aproximadamente 1780 A.C. en Babilonia. Este código contenía normas que definían a la adopción como un contrato legal que sólo podía ser ejecutado con el consentimiento de los padres, los mismos que dejaban de tener derechos sobre el niño una vez que la adopción se diera. Sólo los niños varones podían ser adoptados y la adopción podía ser anulada si el hijo adoptivo no cumplía con sus deberes filiales.

La antigua Grecia, Roma, Egipto y otros países del Este Medio y Asia llevaban a cabo adopciones. En el caso de la antigua Grecia, sus normas estaban también dirigidas a proveer

de un heredero a una persona que no podía tener hijos. Según las leyes de Solón (600 A.C.) y el Código de Gortryn (500 A.C.) sólo los hombres que no tenían descendientes legítimos y estaban en su sano juicio podían adoptar.

Las leyes de Solón establecieron tres formas distintas: La adopción podía ser inter vivos (vínculo contractual), mediante un testamento o, después de muerto el adoptante, de forma póstuma por un pariente de éste en su nombre. Estas dos últimas formas requerían la confirmación de una Corte.

El fin de la adopción inter vivos era cuidar de los padres adoptivos mientras que la forma testamentaria buscaba continuar con la adoración de los ancestros. Los efectos de esta adopción era terminar los vínculos entre la persona adoptada y sus padres originales.

En Roma la adopción tenía como objetivo proveer de un heredero a un hombre sin descendencia para poder transmitir de propiedades y títulos. En su regulación contemplaron formas diversas de adopción. Las Institutas de Gayo (161 D. C) menciona dos formas de adopción: *adoptio* y *adrogatio*. Mediante la *adoptio*, la persona pasaba a estar bajo la patria potestad del padre. La persona adoptada era emancipada por su padre natural y otorgado al padre adoptivo. Podía aplicarse a niños y niñas de toda edad.

La *abrogatio* estaba destinada sólo para personas que no estaban bajo la patria potestad de nadie (*sui juris*). Tanto el adoptado como la comunidad eran interrogados para aceptar la adopción. Estaba limitada a hijos varones que pasaban la pubertad y generalmente sólo era realizada en Roma pues requería el voto del pueblo.

La *abrogatio*, a diferencia de la *adoptio*, implicaba la renuncia a la adoración de los dioses de su familia originaria para pasar a adorar los dioses de su nueva familia. Mediante esta figura, el padre adoptivo adquiría la patria potestad del hijo, su familia y su propiedad. La *adoptio* tenía un impacto menor pues los vínculos de sangre no se extinguían.

El Emperador Justiniano (527 – 565 D. C.) limitó la *adoptio* a la llamada *adoptio* plena de los ascendientes naturales. Introdujo también la *adoptio minus* plena para los padres adoptivos que no tenían vínculos de sangre. La adopción plena, la colocaba en la misma posición de un hijo nacido dentro del matrimonio terminando la relación con los padres originarios. La adopción menos plena o simple, no cortaba los derechos y obligaciones con el padre biológico, incluido el derecho a heredarle.



Las normas romanas también especificaban restricciones a quiénes podían heredar. Por ejemplo, una persona no podía adoptar a alguien mayor que él ya que ésta debía imitar la naturaleza. Y todo aquel que quería adoptar un hijo debía tener 60 años o más y ser al menos 18 años mayor que la persona que quería adoptar. Las mujeres no podían adoptar generalmente a menos que tuvieran autorización especial.

Los autores concuerdan en que la adopción romana no tomaba en cuenta los intereses o el bienestar de los adoptados ya que frecuentemente era usada como una forma de evitar la extinción de una familia, expresar lealtad política o por motivaciones de tipo religioso.

En la Edad Media la adopción formal cayó en desuso en mucho de las provincias del Imperio Romano. Incluso en algunos casos como el inglés pareció ser del todo desconocido. Aunque en algunas partes de Europa Medieval, como el Imperio Bizantino, mantuvo cierta similitud con la adopción romana para luego devenir en una figura más parecida a la adopción menos plena de la época de Justiniano. Los padres adoptivos no podían tomar posesión del patrimonio del adoptado y los vínculos de éste con su familia de origen no se extinguían por la adopción. Ya para la Edad media tardía (1300 a 1500 D.C.) los juristas de la Europa Occidental comenzaron a redescubrir el derecho romano antiguo y aplicaron las normas de las Instituciones de Justiniano.

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

Si bien la adopción fue infrecuente durante esta época, surgieron otras prácticas como la oblación (niños entregados a conventos o monasterios por sus padres) y el abandono de niños en casas de expósitos que aparecieron durante los siglos XII y XIII.

En la era moderna temprana la adopción desapareció del derecho francés (siglo XVI) las normas galas defendían los derechos de sucesión de los hijos biológicos antes que las de extraños. No obstante, los canonistas mantuvieron el concepto romano de adopción siendo que la Iglesia lo adoptó como suyo. Si bien la adopción formal desaparecía de los ordenamientos, los orfanatos e instituciones cobraban importancia en el cuidado de niños sin padres. Sin embargo, las adopciones procedentes de estos lugares eran infrecuentes.

Es con el código de Napoleón de 1804 que la adopción fue incluida en un cuerpo legal moderno. Este código se caracterizó por tener una posición restrictiva de la adopción ya que no se permitía la adopción de niños y adolescentes, sólo de aquellos adultos que durante su juventud fueron cuidados por los adoptantes por un mínimo de 6 años. Esta adopción era un contrato que debía ser aprobado por una corte. El adoptado mantenía todos sus derechos dentro de su familia original y sólo adquiría derechos de sucesión y el nombre del adoptante. Por tanto, era una adopción menos plena o simple, según lo previsto en el Derecho Romano. Es sólo después de la Primera Guerra Mundial (1923) que se permitió la adopción de niños y adolescentes.

El código Napoleón influyó en distintos ordenamientos como el español que en 1889 introdujo la adopción menos plena en el Código Civil Español. Estos dos códigos sirvieron de ejemplo a países latinoamericanos como el Perú, que introdujo la adopción en el Código Civil de 1852.

Las normas modernas de adopción comenzaron en 1851 con la Ley de Adopción de Massachusetts como respuesta a la creencia de que la sociedad debía jugar un rol más importante en cuanto al bienestar de los niños. La adopción ya no sólo era considerada una forma de señalar un heredero sino que se empezó a promover los intereses de los niños y adolescentes.

La Ley de Adopción de Massachusetts fue la primera norma de adopción moderna. Este estatuto requería el consentimiento escrito de los padres originarios, una solicitud conjunta de la pareja que buscaba adoptar y la separación absoluta del menor de su familia originaria dándole al niño adoptado estatus idéntico al de la filiación natural. Siguiendo este primer esfuerzo, otros países como Nueva Zelanda y Australia también propugnaron normas sobre adopción en el mismo sentido de la Ley de Massachusetts. Sin embargo, en países como Alemania y Suiza se siguió prefiriendo los derechos de sucesión de los descendientes “legítimos”.

Después de la Primera Guerra Mundial se empezaron a regularizar las numerosas adopciones de facto realizadas en muchas sociedades, incluyendo a Inglaterra que en 1926 tuvo su primera ley de adopción. En un comienzo la “Adoption Act” de Inglaterra no otorgó derechos hereditarios al adoptado pero enmiendas posteriores alzaron al hijo adoptado al estatus de hijo biológico.

Con la venida de la Segunda Guerra Mundial y sus evidentes consecuencias (miles de niños huérfanos) el tema de los niños huérfanos se hizo prioritario. Así, se cimentó la idea de que la adopción era una forma de proveer de padres a los niños huérfanos víctimas de la guerra. No obstante, los primeros años que siguieron a la guerra la realidad era que no muchos Estados habían incorporado esta figura a su legislación pues el debate se centraba en la naturaleza de la institución y no en sus efectos sociales y psicológicos.

Es recién a partir de 1960 que el estado de bienestar se asentó en muchos países industrializados que la adopción empezó a considerarse dentro de los sistemas de bienestar y protección del menor. Con esta visión más orientada a las necesidades del menor, los países industrializados revisaron sus normas sobre la adopción y se dio una flexibilización en cuanto a los tipos de adopción y los requisitos para adoptar.

Es a partir de estos cambios de orientación de las políticas de bienestar que se dio importancia a los efectos psicológicos y sociales de la adopción. Se llegó a la conclusión de que la preparación y el asesoramiento de padres prospectivos y niños eran esenciales para un buen resultado en las adopciones. Y que es necesario comunicar al menor sus orígenes con el fin de que el menor adoptado pueda construir su identidad de manera apropiada.

El debate también se trasladó a las adopciones interraciales. Sobre todo en Estados Unidos, esto generó un gran debate debido a las posiciones de las distintas minorías étnicas dentro de este país. El temor a una aculturación de los niños y adolescentes adoptados y a la pérdida de sus raíces se arguye para oponerse a este tipo de adopciones.

Hoy en día el debate se sigue dando sobre todo en cuanto a las medidas que deben tomarse para evitar una separación del menor de su familia. Se busca que el Estado se ocupe de proveer de una asistencia adecuada a la familia original y que luego de agotar todos los medios posibles recién se considere la posibilidad de una separación de los niños y adolescentes de sus padres.

Como se verá a lo largo de esta tesis, en países en vías de desarrollo en los que los Estados a través de sus sistemas de bienestar no se encuentran en capacidad de brindar asistencia adecuada los niños y adolescentes sin cuidado parental.

## II. La adopción internacional

Según los estimados de Naciones Unidas al 2005, en el mundo se realizan alrededor de 260 000 adopciones<sup>6</sup>. 85% de todas estas adopciones son domésticas o internas y sólo el 15% vienen a ser adopciones internacionales<sup>7</sup>. Hoy en día aproximadamente 30 000 niños se trasladan de un país a otro para ser adoptados<sup>8</sup>.

La adopción internacional, a diferencia de la adopción doméstica, es una institución moderna. Esta figura se asentó luego de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, una serie de prácticas precursoras a esta figura datan desde finales de la Primera Guerra Mundial.

Luego de la Gran Guerra, en Europa se empezó a albergar refugiados. Se formó la asociación “Fight the Famine” (que más tarde vino a ser “Save the Children”) ante los graves informes de niños que pasaban hambre en Alemania y Austria cuando los aliados ejercían un bloqueo con el fin de que se aceptaran los términos del Tratado de Versalles.

Desde 1930 en Europa se albergaron y adoptaron niños desamparados incluyendo aquellos victimizados por Franco en España. Fueron alrededor de cuarenta mil niños los que viajaron para incorporarse a hogares provenientes de México, Escandinavia, la Unión Soviética y Bélgica<sup>9</sup>. Así también, mediante lo que se llamó el *kindertransport* diez mil niños judíos refugiados provenientes de Alemania, Austria y Checoslovaquia se movilizaron hacia Inglaterra, Holanda y Bélgica. Los suecos recibieron también a niños daneses luego de la ocupación Nazi. Cerca de siete mil niños finlandeses fueron llevados a Suecia para escapar la guerra con Rusia<sup>10</sup>. Si bien en Estados Unidos la política inmigratoria no permitía el ingreso de niños refugiados, de manera encubierta ingresaron al menos cinco mil niños británicos<sup>11</sup>.

Todos estos actos de benevolencia no configuraron adopciones internacionales ya que los niños eran solamente albergados en los hogares de estas personas y no entraban a formar parte de su familia en términos legales. No obstante, puede entenderse que estos fueron los

---

<sup>6</sup> NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. “Child Adoption: Trends and Policies”. Nueva York. 2009. p. 66.

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> SELMAN, Peter. “The movement of Children for Intercountry Adoption: A demographic Perspective”. Presentación para la Conferencia sobre Población General de la Unión Internacional para el Estudio Científico de la Población. Salvador - Bahía, Brasil. 2001. p. 3.

En: [http://www.iussp.org/Brazil2001/s20/S27\\_P05\\_Selman.pdf](http://www.iussp.org/Brazil2001/s20/S27_P05_Selman.pdf)

<sup>9</sup> MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). “International Adoption: Global Inequalities and the Circulation of Children”. New York University Press. 2009. p. 3.

<sup>10</sup> *Ibidem*

<sup>11</sup> *Ídem*. p. 4.

primeros movimientos de niños fuera de sus países de origen llevados por motivos humanitarios.

La adopción internacional surgió como institución a fines de la Segunda Guerra Mundial. Es un fenómeno demográfico, pues significa una migración (“la migración muda”<sup>12</sup>), que refleja los niveles de fertilidad de los países de origen y la de los receptores<sup>13</sup>.

Los expertos en migraciones han desarrollado los factores estructurales de impulso de la adopción internacional y los han vinculado con factores similares a otras migraciones. Estos factores están relacionados con la escasez de recursos (escasez de niños en países receptores y de recursos económicos en los países de origen) entre otros de índole económica, política y militar. Así, se ha podido detectar la existencia de olas históricas de la adopción internacional<sup>14</sup>.

Nos guiaremos de estas distinciones para poder exponer la evolución histórica de esta institución.

### **1. Primera Ola: Huérfanos de Guerra.**

La primera ola se vio enmarcada en un contexto de apoyo humanitario a los niños que quedaron desamparados producto de la Segunda Guerra Mundial. De 1948 a 1957 hubo cerca de 19 000 adopciones. Durante este tiempo las únicas alternativas para estos niños eran los orfanatos o las instituciones en países devastados por la guerra. Las adopciones fueron consideradas para infantes saludables aunque la mayoría de niños adoptados fueron mayores<sup>15</sup>.

Es notable el esfuerzo de familias estadounidenses que buscaron adoptar niños europeos, principalmente de Alemania, Italia y Grecia y también de Japón y China. Las tropas estadounidenses estuvieron en contacto con niños huérfanos cuyas familias no podían alimentarlos por lo que decidieron darlos en adopción. La presencia de estas tropas también

---

<sup>12</sup> PARKS, Kathrin. “International Adoption: Another Look at the Quiet Migration”. Conferencia presentada ante la American Sociological Association. Québec, Canadá. 2012. p. 2.

<sup>13</sup> SELMAN, Peter. “Inter-country adoption in the New Millennium: The “Quiet Migration Revisited”. Population Research and Policy Review. 2002. p. 3.

<sup>14</sup> DAVIS, Mary Ann. “Children for Families or Families for Children: The Demography of Adoption Behavior in the U.S. (The Springer Series on Demographic Methods and Population Analysis)”. Springer. 2011. p 132.

<sup>15</sup> *Ibídem*

significó un incremento en el número de hijos ilegítimos<sup>16</sup>. Esta época marcó el final de las barreras legales a la inmigración y surgió la idea de que Estados Unidos tenía una responsabilidad paternalista para con el mundo<sup>17</sup>. Para 1970 los países vencidos en la guerra se recuperaban y las adopciones internacionales bajaron también. Para esta época ya no se daban adopciones internacionales en Italia, Grecia o Japón mientras Alemania enviaba un número muy pequeño de adoptados<sup>18</sup>.

Durante esta época estallaron las guerras de Corea y Vietnam, y estos casos no hicieron sino responder a la nueva demanda en aumento que venía surgiendo en los países industrializados. El interés generado debido a la guerra de Vietnam causó que se realizaran adopciones internacionales no sólo de este país sino también de Indonesia, Tailandia y Korea por ciudadanos de Alemania Federal, Holanda, Bélgica, Francia, Suiza, Gran Bretaña y otros países europeos. Si bien estos países realizaron un buen número de adopciones no cabe duda de que Estados Unidos fue el país que mayor número de adopciones tuvo<sup>19</sup>.

A continuación se relatará brevemente los casos más emblemáticos dentro de esta primera ola.

#### **A. Corea del Sur.**

La guerra de Corea que dejó también muchos niños desamparados y huérfanos. De 1950 a 1953 la guerra civil dejó a Corea como uno de los países más pobres del mundo 80% de la infraestructura de ese país fue destruida. Las familias estaban desoladas por las pérdidas humanas y los servicios sociales eran inadecuados.

Aunado a los efectos de la guerra, Corea tiene una historia de búsqueda de pureza racial. Niños de raza mixta eran abandonados debido a que las normas de pureza racial los condenaban a una vida de discriminación. Durante la Guerra de Corea y la Guerra Fría, la presencia militar en Corea fue muy grande. Los hijos provenientes de uniones interraciales eran condenados públicamente. Así también, la cultura coreana da predominancia a los hijos varones sobre las mujeres debido a que los hijos varones son los que prolongan la estirpe. Por

---

<sup>16</sup> VAN LOON, J. H. A. "International Cooperation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption". En: Academie de Droit International. "Recueil des cours 1993". 1993. p. 229.

<sup>17</sup> MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). Óp. Cit. p. 5

<sup>18</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 134.

<sup>19</sup> *Ibidem*

el contrario, la adopción de varones no es común ni admitida pues el Confucianismo le da importancia a los lazos de sangre por razones de continuidad y cohesión<sup>20</sup>.

Es en este contexto que surgieron las primeras agencias privadas de adopción, las mismas que se encargaban de encontrar familias estadounidenses para estos niños. Los esposos Holt, fundadores de lo que después vendría a ser una de las agencias privadas de adopción más grandes en los Estados Unidos, empezaron adoptando niños coreanos de padres estadounidenses y motivaron públicamente a otros ciudadanos estadounidenses a hacer lo propio. Fruto de sus esfuerzos fue la llamada Ley de Refugiados (Rufugee Act) de 1953 y otra en 1957<sup>21</sup>. Como resultado de sus esfuerzos se lograron otorgar 40 000 visas especiales para que entraran niños coreanos a Estados Unidos<sup>22</sup>.

Las adopciones continuaron durante la recuperación económica de Corea. Durante las décadas de los setenta y ochenta el gobierno de Corea impuso límites al tamaño de las familias, quienes debían tener como máximo un par de hijos. Durante estas épocas buena parte el 0.1% de todos los niños nacidos eran puestos en adopción, sobre todo aquellos niños nacidos de madres obreras pobres. El gobierno coreano alentó la adopción internacional como política estatal sin cortapisas hasta las olimpiadas de Seúl de 1988. Durante este evento internacional se dio énfasis al progreso de este país y se cuestionó que a pesar de esto no se diera importancia a la creación de sistemas de bienestar público fuertes y se optara por la adopción internacional. La exposición y crítica de la prensa llevó a que el gobierno decidiera promover el control de la natalidad, se mejoraran el sistema de bienestar de niños y adolescentes y se favorezcan las adopciones internas. Como es de entenderse, las adopciones internacionales se redujeron de 6, 188 en 1986 a 1, 1818 en 1991<sup>23</sup>. Aun así, Corea mantiene hasta hoy en día su calidad de país de origen líder en cuanto al número de niños que son adoptados internacionalmente. Estados Unidos ha recibido una gran cantidad de niños coreanos, los mismos que representan el 10% de la población Coreano–americana en los Estados Unidos<sup>24</sup>.

Si bien el país ha logrado actualmente un notable desarrollo económico, su política es favorable a las adopciones internacionales de niños y adolescentes abandonados presentando

---

<sup>20</sup> PARKS, Kathrin. Óp. Cit. p. 22.

<sup>21</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 131.

<sup>22</sup> MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). Óp. Cit. p. 8.

<sup>23</sup> PERTMAN. Citado en DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 136.

<sup>24</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 134.

un modelo en el que se da preferencia a la colocación de bebés e infantes de forma temprana con el fin de que no sufran retardos o problemas posteriores<sup>25</sup>.

## B. Vietnam.

La presencia militar de Estados Unidos a propósito de esta guerra se extendió de 1965 a 1975. La prensa escrita y televisiva no tardó en publicitar una preocupación por los miles de niños desamparados. Las adopciones internacionales ya estaban establecidas en Vietnam cuando en 1970 más de 2000 niños fueron tomados de Saigón, subidos a un avión y trasladados a Estados Unidos, Canadá, Australia y Europa para ser adoptados. Esta operación se llamó *Babylift* y buscó salvar a aquellos niños de ascendencia mixta (hijos de estadounidenses en mujeres vietnamitas)<sup>26</sup>. Sin embargo, se ha escrito que siendo que los niños fueron literalmente tomados de las calles no hubo un esfuerzo real por verificar si es que alguno tenía parientes vivos o en posibilidad de mantenerlos<sup>27</sup>. Una vez que Saigón fue tomada por las tropas de Corea del Norte cualquier posibilidad de buscar a sus padres acabó.

Las adopciones eran resultado de los buenos oficios de agencias privadas estadounidenses, las mismas que contaban con una licencia del gobierno vietnamita. Estas agencias se encargaban de la selección de huérfanos, la obtención el consentimiento de los padres que daban a sus hijos en adopción, el consentimiento del gobierno de Vietnam, la obtención de las visas de Estados Unidos y la selección de los padres adecuados para estos niños y adolescentes. Luego, las agencias estatales y las cortes de Estados Unidos aprobaban las colocaciones<sup>28</sup>.

Las adopciones continuaron después del fin de la operación *babylift*. Estados Unidos adoptó 3, 267 niños en el periodo de 1963 a 1976. Sin embargo, en 1983 se declaró una moratoria para las adopciones que luego fue levantada.

Una vez más, las acusaciones de prácticas corruptas no se hicieron esperar. Se comprobaron numerosos fraudes. A pesar de esto hasta hoy Vietnam sigue enviando niños especialmente a los Estados Unidos.

---

<sup>25</sup> Ídem. p. 137.

<sup>26</sup> ROBY, Jini Li y Jim LFE. "Human rights, politics and intercountry adoption: An examination of two sending countries". *International Social Work*. Vol. 52. No. 5. 2009. p. 662

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> DAVIS, Mary Ann. *Óp. Cit.* p. 138.



## 2. Segunda Ola: América Latina.

En la década de 1960 la adopción internacional se volvió un fenómeno mundial. A comienzos de la década del setenta en los países industrializados de Europa Occidental y Estados Unidos el número de madres que daban en adopción a sus bebés se redujo de manera evidente. Esto se debió una serie de factores entre los cuales están el aumento del apoyo estatal en cuestiones sociales, el alza de las remuneraciones, mayores oportunidades de empleo para las mujeres, la legalización del control de la natalidad, la legalización del aborto y la progresiva anulación del estigma de criar hijos fuera del matrimonio<sup>29</sup>.

A partir de esta época la adopción internacional se complejiza en cuanto a la fundamentación de su existencia. Hasta este momento en el tiempo esta institución era entendida como nacida de la necesidad de proveer una familia a un niño. Debido a los cambios sociales antes mencionados surgió una demanda de niños no satisfecha en los países industrializados, la misma que motivó a las personas que buscaban adoptar dentro de sus países y se enfrentaban a un proceso ahora más complejo y restrictivo, a virar su atención a países extranjeros, sobre todo del tercer mundo, que vivían realidades totalmente distintas y que por tanto tenían índices de natalidad muy altos.

No es hasta 1975 que América Latina figuró como un foco importante de adopciones internacionales cuando Colombia comenzó a enviar niños a los Estados Unidos convirtiéndose en la segunda fuente más importante de niños después de Corea<sup>30</sup>. Entre 1976 y 1981 más de cinco mil niños sudamericanos fueron adoptados en los Estados Unidos, ochenta por ciento de los cuales procedían de Colombia. México y El Salvador fueron fuentes importantes para los Estados Unidos pero no para Europa Occidental mientras que Colombia fue importante para ambas regiones<sup>31</sup>. Durante esta época se dieron un número importante de adopciones internacionales en países como el nuestro, Ecuador, Brasil. En países como Cuba, Argentina, Venezuela, Uruguay y Paraguay se realizaron muy pocas adopciones internacionales<sup>32</sup>.

Las adopciones internacionales procedentes de Latinoamérica en el periodo de 1975 – 1979 sufrieron un aumento importante en comparación con el periodo 1971 -1974. Y, salvo el caso

---

<sup>29</sup> ROBY, Jini L. y Jim IFE. Loc. Cit.

<sup>30</sup> SELMAN, Peter. “The rise and fall of intercountry adoption in the 21st century”. *International Social Work*. Vol. 52 no. 5. 2009. p. 582

<sup>31</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 232.

<sup>32</sup> PILOTTI, F. J. “Intercountry Adoption: A view from Latin America”. Citado en: VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 232.

*sui generis* de Guatemala, el pico más alto logrado fue alcanzando en 1990 – 1994<sup>33</sup>. El Perú figuró con un total de 3,075 niños adoptados en el periodo 1971 -2009<sup>34</sup>. Así también, estuvimos dentro de los países que más niños enviaron para ser adoptados internacionalmente en el periodo 1980 – 1989, como puede verse en el cuadro provisto por Peter Selman<sup>35</sup>.

TABLE 1.5  
*Countries Sending Most Children for Intercountry Adoption, 1980–2004*

1980–1989 <sup>a</sup>	1995 <sup>b</sup>	Rank	1998 <sup>c</sup>	2004 <sup>c</sup>
S. Korea	China	1	Russia	China
India	S. Korea	2	China	Russia
Colombia	Russia	3	Viet Nam	Guatemala
Brazil	Viet Nam	4	S. Korea	S. Korea
Sri Lanka	Colombia	5	Colombia	Ukraine
Chile	India	6	Guatemala	Colombia
Philippines	Brazil	7	India	Ethiopia
Guatemala	Guatemala	8	Romania	Haiti
Peru	Romania	9	Brazil	India
El Salvador	Philippines	10	Ethiopia	Kazakhstan

<sup>a</sup> Source: Kane 1993, children sent to 13 receiving states.

<sup>b</sup> Source: Selman 2002, children sent to 10 receiving states.

<sup>c</sup> Source: Selman 2006, children sent to 20 receiving states.

Durante esta época las adopciones realizadas en Latinoamérica conllevaban procesos demasiado laxos, tanto que hicieron de nuestra región un mercado fértil incluso para aquellas personas que se veían impedidos de adoptar en otros países como es el caso de parejas homosexuales, padres de avanzada edad y padres o madres solteros<sup>36</sup>.

Fruto de la ausencia de regulación adecuada, los niños y adolescentes empezaron a ser considerados un bien preciado al cual se le asignaba un valor comercial. Esto llevó al surgimiento de mercados negros y al traslado de enormes sumas de dinero entre funcionarios con tal de “agilizar” los procesos. Los escándalos de venta de bebés no se hicieron esperar.

Los gobiernos respondieron a estas preocupaciones. En el marco de la OEA se dieron convenciones como la Convención interamericana sobre conflicto de leyes referidos a la adopción de niños y adolescentes en 1984, la convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores en 1994. Se estableció la necesidad de que los niños cuenten con familias y que debían darse estándares de protección de los derechos de los niños, padres y el control del manejo de las agencias privadas y los intermediarios, ambos cuestionados en los escándalos mencionados.

<sup>33</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 141.

<sup>34</sup> *Ibídem*

<sup>35</sup> SELMAN, Peter. “The movement of children for international adoption: Developments and Trends in Receiving States and States of origin, 1998 - 2004”.

<sup>36</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 152

En 1989 la Guerra Fría terminó y a su vez terminó la era de guerras civiles y dictaduras en Latinoamérica. Ante las recurrentes acusaciones de abusos vinculados a las adopciones internacionales, éstas se redujeron paulatinamente y en algunos casos se prohibieron del todo a excepción de Guatemala<sup>37</sup>, que es el país fuente líder en Latinoamericano y que hasta la fecha tiene una política de adopción internacional que viene siendo cuestionada internacionalmente por considerársela muy laxa, incentivando así el surgimiento de redes de tráfico infantil<sup>38</sup>. Las críticas llevaron a que se estipulara una moratoria temporal y que se requiera un examen de ADN que asegure que son los padres biológicos los que deciden dar a su hijo en adopción y no impostores<sup>39</sup>. Los Estados Unidos actualmente no procesan adopciones procedentes de este país<sup>40</sup>.

El número de adopciones se ha reducido de tal forma que en el caso de los Estados Unidos (principal receptor de niños adoptados de este país), que en el 2007 recibieron 4726 niños, en el 2011 sólo recibieron 32<sup>41</sup>.

### 3. Tercera Ola: El bloque de ex países comunistas.

Esta ola involucra a los países comunistas que se abrieron a la economía de mercado luego de acabada la Guerra Fría. La disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas trajo consigo consecuencias económicas y políticas muy grandes. La agitación propia de esta época se tradujo en una carencia de recursos suficientes para poder sostener un correcto sistema de bienestar público. La adopción internacional una vez más apareció como una alternativa para los niños y adolescentes ante la imposibilidad de un cuidado interno adecuado.

Una vez más los medios de información se encargaron de publicitar las condiciones ignominiosas en que los niños y adolescentes se encontraban viviendo en las instituciones públicas. Se empezó a ver a Europa del Este como el nuevo foco para satisfacer la demanda de los padres prospectivos provenientes de estados boyantes. Esto más el valor agregado que

---

<sup>37</sup> BRIGGS, Laura. Óp. Cit. pp. 10 - 11

<sup>38</sup> McCREERY, Kelley; GROZA Víctor y Daniel P. LAUER. "International adoption and child protection in Guatemala. A case of the tail wagging the dog". International Social Work September. No. 52. 2009. p. 6

<sup>39</sup> BBC News. "Guatemala Halts International Adoptions". Noticia de 6 de mayo de 2008.

En: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7385122.stm>

<sup>40</sup> DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS.

En: [http://adoption.state.gov/about\\_us/statistics.php](http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php). Última visita: 9 de mayo de 2012.

<sup>41</sup> DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Estadísticas obtenidas del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

En: [http://adoption.state.gov/country\\_information/country\\_specific\\_info.php?country-select=guatemala](http://adoption.state.gov/country_information/country_specific_info.php?country-select=guatemala) (Última visita realizada el 16 de abril de 2012).

tenían estos niños por ser niños que se adaptaban al biotipo de los adoptantes<sup>42</sup>, hicieron a estos países especialmente atractivos.

### A. Rumanía.

Es innegable que el caso de Rumanía es el más tristemente célebre dentro de los muchos otros focos importantes de adopción internacional.

Durante el régimen de Ceaucescu los anticonceptivos y el aborto estuvieron prohibidos. Las mujeres tenían la obligación de producir cinco niños para la “nación”. El gobierno administraba pruebas de embarazo obligatorias y castigaba a las mujeres que no tenían hijos<sup>43</sup>. La difícil situación económica llevó a que muchas mujeres y familias enviaran a sus hijos a vivir en orfanatos. Miles de niños fueron enviados a estas instituciones sobrepobladas y falto de personal. En 1989, tras la revolución que causó la caída de Ceaucescu, se puso en evidencia la crítica situación de los 100, 00 niños y adolescentes<sup>44</sup> que vivían en instituciones públicas y, como consecuencia, extranjeros volaron a este país para adoptar huérfanos de las instituciones<sup>45</sup>.

El interés de muchas personas procedentes de países industrializados por adoptar se hizo presente e inmediatamente se hizo todo lo posible por que las adopciones internacionales fueran agilizadas. La gran demanda y la corrupción de funcionarios públicos, e intermediarios llevaron al surgimiento de un mercado. No pasó mucho tiempo para que se hicieran conocidos muchos casos en que extranjeros adquirían niños que no procedían de instituciones sino que habían sido entregados por sus mismos padres para ser adoptados. Muchas veces estos padres se habían visto alentados y hasta forzados a dar sus hijos en adopción<sup>46</sup>.

Entre 1991 – 1992 Rumanía alcanzó su pico de adopciones. Se reportó que en el periodo de 1994 – 2000 más de 12 000 niños fueron adoptados por familias extranjeras<sup>47</sup>. La prensa no tardó en sacar a la luz una serie de denuncias por irregularidades que incluían la comercialización de niños, falsificación de documentos y la existencia de pagos indebidos a

---

<sup>42</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 144.

<sup>43</sup> LIU, Margaret. “International Adoption: An Overview”. *International & Comparative Law Journal*. 1994. p. 187.

<sup>44</sup> ROBY, Jini L. y Jim IFE. Óp. Cit. p. 663.

<sup>45</sup> UNICEF: Innocenti Research Centre. *Intercountry adoption: Trends and consequences*. Social Monitor 2003. Innocenti Social Monitors. Florence, Italy. p. 24.

<sup>46</sup> LIU, Margaret. *Loc. Cit.*

<sup>47</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 147.

funcionarios y a los mismos padres con el fin de que entregaran sus hijos a extranjeros. En 1991 el gobierno enmendó sus normas sobre adopción internacional. Estas proscibieron la adopción internacional privadas permitiendo que ocurriera sólo mediante agencias internacionales aprobadas en el país de procedencia de los padres prospectivos. Además, se estipuló un periodo de espera de seis meses en los cuales se intentaba encontrar padres adoptivos dentro del mismo país.

En 1993 Rumanía se suscribió a la Convención de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional y está entró en vigor en 1995. La implementación de esta convención estuvo cargada de críticas y fue acusada de ser laxa dando cabida a la corrupción y el tráfico infantil<sup>48</sup>. El sistema de adopción rumano estuvo especialmente escudriñado durante esta época ya que en 1995 había solicitado formar parte de la Unión Europea<sup>49</sup>. Posteriores cambios en las políticas públicas de adopción fueron generados por el condicionamiento de la entrada de Rumanía a la Unión Europea a las reformas necesarias en el tema de la adopción internacional<sup>50</sup>.

En el año 2000 se suspendieron todas las adopciones internacionales en Rumanía<sup>51</sup>. En junio del 2001<sup>52</sup>, a pesar de los esfuerzos realizados por la implementación de la Convención de la Haya de 1993, el gobierno decidió dar una moratoria de un año debido a que el tráfico infantil parecía no poder ser contenido<sup>53</sup>. Estos periodos vinieron siendo extendidos ya que dependían de la elaboración de una nueva legislación sobre la adopción. Luego se dieron intentos de reducir las adopciones internacionales a casos de emergencia pero lamentablemente estos no se redujeron sólo a estos<sup>54</sup>. El junio de 2004 se aprobó una ley que prohibía todas las adopciones internacionales salvo por aquellas iniciadas por extranjeros que tenían nietos rumanos<sup>55</sup>. Tal decisión recibió el apoyo de la Unión Europea pero las críticas de los Estados Unidos<sup>56</sup> pues muchas adopciones en trámite de ciudadanos de este país

<sup>48</sup> COMM'N OF THE EUROPEAN CMTYS. "Final Report on Romania's Application for Membership of the European Union and the State of Negotiations". Citado en: RYAN, Chantel. "Intercountry Adoption: Past, Present and Future Concerns Regarding its Existence and Regulation". Australian Journal of Gender and Law. Volumen 1. 2008. p. 161.

<sup>49</sup> ROBY, Jini L. y Jim, IFE. Loc. Cit.

<sup>50</sup> Ibídem

<sup>51</sup> Ibídem

<sup>52</sup> Rumanía y la adopción internacional. Información de Prensa. 2003. En: <http://www.jointcouncil.org/romania-moratorium-extended/>

<sup>53</sup> WALLACE, Sara R. "International Adoption: The most logical solution to the disparity between the numbers orphaned and abandoned children in some countries and families and individuals wishing to adopt in others?". Arizona Journal of International and Comparative Law. 2003. p. 163.

<sup>54</sup> Ibídem

<sup>55</sup> Rumanía y la adopción internacional. Información de Prensa. 2004. En:

<http://www.jointcouncil.org/romania-3/>

<sup>56</sup> ROBY, Jini L. y Jim, IFE. Loc. Cit.

realizadas antes de la prohibición quedaron truncas. Rumanía se mantuvo firme en su decisión.

No es hasta abril de 2012 que la Oficina de Adopciones de Rumanía ha comunicado que permitirá la adopción internacional de niños rumanos con parientes extranjeros hasta el cuarto grado de parentesco, el cónyuge del padre biológico del menor y ciudadanos rumanos que habitualmente residen fuera del país<sup>57</sup>. Como se ve, en la actualidad las adopciones internacionales en este país están muy restringidas.

#### 4. Cuarta Ola: China

Como consecuencia de la sobrepoblación que el reino de Mao Tse Tung dejó a China, en 1979 se instituyó en este país la política del hijo único<sup>58</sup>. Esta política permitía que cada familia solo pudiera tener un hijo a excepción de algunas minorías étnicas<sup>59</sup>. Si se deseaban tener más hijos, los padres podían solicitar un permiso especial que traía consigo una serie de consecuencias económicas como la pérdida de los beneficios provistos por el estado, entre otros. De forma similar a lo sucedido en Corea, en China existe también una preferencia cultural por los hijos varones. Ante la coyuntura de la prohibición de tener más de un hijo, muchas familias abandonaron o entregaron a sus hijas a las instituciones de bienestar estatales. Como es fácil de deducir, China tuvo un excedente de niñas. En 1991 el gobierno chino aprobó su Ley de Adopción que permitió y alentó la adopción internacional de niños chinos. Las estadísticas que proveen los Estados Unidos demuestran que entre 1989 y 1992 menos de 210 niños chinos fueron adoptados por ciudadanos americanos<sup>60</sup>. Para el 2001 este número había subido a 4681<sup>61</sup>.

En 1992 se aprobó otra ley en la que se estipulaba que los extranjeros, al margen de su cultura o conexión con China, debían recibir el mismo trato que los nacionales<sup>62</sup>. Esta ley pretendió evitar los mercados negros ofreciendo las mismas facilidades a los ciudadanos extranjeros. No obstante no tuvo el efecto que se buscó pues las adopciones ilegales siguieron dándose. Como respuesta a esto, en 1993 el gobierno Chino suspendió todas las adopciones

---

<sup>57</sup> Rumanía y la adopción internacional. Información de Prensa. 2004. En:

<http://www.jointcouncil.org/romania-usdos-adoption-notice-%E2%80%93-new-adoption-law-in-effect/>

<sup>58</sup> WALLACE, Sara R. Óp. Cit. p. 713.

<sup>59</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 150.

<sup>60</sup> WALLACE, Sara R. Óp. Cit. p. 714.

<sup>61</sup> Ibídem

<sup>62</sup> GATES, Crystal J. China's Newly Enacted Intercountry Adoption Law: Friend or Foe?. Indiana University School of Law. Volumen 7. No. 1. 1999. p. 17.

por un periodo de diez meses<sup>63</sup>. Luego de este tiempo se aprobaron nuevos procedimientos y se creó La Organización de Adopciones de China como el cuerpo central administrativo encargado de coordinar las adopciones internacionales<sup>64</sup>. Los requisitos para que los padres puedan adoptar fueron flexibilizados en 1999 y se permitió que pudieran adoptar personas desde los 30 años en adelante<sup>65</sup>.

Entre los años 2005 y 2007 se dio una caída del 40% en el número de niños enviados por China<sup>66</sup>.

Actualmente, China es el país que envía más niños para ser adoptados internacionalmente en el mundo. Según la información provista por el Departamento de Estado de los Estados Unidos en el año 2010 fueron adoptados 3 401 niños chinos y en el 2011 se dieron 2 586 adopciones, en su mayoría de niñas<sup>67</sup>.

## 5. Quinta Ola: África

Las crisis económicas y políticas que hoy en día viven las naciones africanas se ven agravadas por el gran problema de la enfermedad del Sida que acecha a buena parte de su población.

Millones de niños se han visto afectados por el Sida y la zona con mayor proporción de niños afectados por esta enfermedad es la región del Sub Sahara africano, donde se estima que 12.3 millones de niños se han convertido en huérfanos debido a esta enfermedad, con expectativas de alza en la década que le sigue a este informe<sup>68</sup>.

Si bien de acuerdo a la cultura tradicional africana no existen “huérfanos” ya que los niños sin padres son cuidados por personas dentro de su grupo de parentesco. La situación de pobreza y enfermedad actual ha llevado a que sea más difícil esta clase de apoyo<sup>69</sup>.

La determinación de qué niños son socialmente preferidos y considerados “adoptables” está fuertemente influenciado por su disponibilidad y los medios de comunicación<sup>70</sup>. Y son

---

<sup>63</sup> Ídem. p. 715.

<sup>64</sup> Ibídem

<sup>65</sup> Ibídem

<sup>66</sup> SELMAN, Peter. “The rise and fall of intercountry adoption in the 21st century”. *International Social Work*. Vol. 52. No. 5. 2009. p. 582.

<sup>67</sup> DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Estadísticas. En: [http://adoption.state.gov/about\\_us/statistics.php](http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php)

<sup>68</sup> UNAIDS, UNICEF y USAID. “Children on the Brink 2004: A Joint Report of New Orphan Estimates and a Framework for Action”. 2004. p. 5.

<sup>69</sup> ROBY, Jini Li y SAW, Stacey A. Óp. Cit. p. 200.

precisamente estos dos factores los que han llevado al surgimiento de una nueva ola de adopciones internacionales procedentes del continente africano. Estas olas suelen surgir en países en desarrollo que viven crisis políticas y económicas<sup>71</sup>. La influencia mediática de adopciones realizadas por personalidades del espectáculo como Angelina Jolie (adoptó un niño de Camboya y una niña de Etiopía), Madonna (adoptó a un niño de Zambia). La respuesta fue aumentar el interés en los niños africanos. De 1996 al año 2000 se realizaron 11, 390 adopciones. El aumento se ha visto pues de 217 adopciones realizadas en el 2000 a 2722 se aumentó a 2722<sup>72</sup>. Sólo en el caso de Etiopía, según el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en el año 2004 se llevaron a cabo 284 adopciones internacionales; en el 2007, 1254 para luego llegar a un pico de 2275 en el año 2009. Si bien en el año 2011 se redujeron a 1732 adopciones, los números siguen siendo altos.

Con la globalización, la escasez de niños para adoptar en otras partes del mundo, el renovado interés en África, la pobreza creciente en este continente junto con una pobre aplicación de las normas de protección de la niñez por parte del Estado han generado que existan indicios de que las actividades ilícitas en este continente están en aumento<sup>73</sup>.

Los reportes de abusos implican países como la Isla Mauricio, Ruanda, Angola y de forma más reciente Kenia (2007) en donde un Comité de la Convención de los Derechos del Niño indicó que existían irregularidades y que existen hasta ahora. Las noticias de niños desaparecidos de una maternidad en Nairobi y sospechosas aprobaciones de numerosas adopciones que luego las Cortes declararon nulas no han sido sino muestra de la gravedad de esta situación. Tanto así que el Departamento de Estado de los Estados Unidos dieron una alerta en Marzo de 2011 para proceder con cuidado al adoptar niños de este país<sup>74</sup>.

Asimismo, en Liberia (2008) denuncias de este tipo también llevaron a que su Presidente estableciera una Comisión que examine estos procesos de adopción.

En el año 2007 se hizo también muy conocido el caso Zoe's Ark en Chad. Esta organización sin fines de lucro anunció su decisión de evacuar 10 000 supuestos huérfanos de Darfur, al oeste de Sudán. A pesar de que desde Francia se advirtió que esta acción no era permitida,

---

<sup>70</sup> DAVIS, Mary Ann. Óp. Cit. p. 157.

<sup>71</sup> *Ibíd*em

<sup>72</sup> *Ibíd*em

<sup>73</sup> MEZMUR, Benyam D. "The Sins of the Saviours: Child trafficking in the context of intercountry adoption in Africa". Information Document No. 2. Hague Conference on Private International Law. 2010. p. 11.

<sup>74</sup> El texto de la alerta se puede encontrar en:

<http://www.ethicanet.org/kenya-us-department-of-state-adoption-alert-march-2-2011> (última visita 1 de mayo de 2012)



decidieron llevar a cabo este plan desde la ciudad de Abéché<sup>75</sup>. La policía arrestó a nueve nacionales franceses y españoles en este país por intentar secuestrar a 103 niños que no eran huérfanos ni procedentes de Darfur<sup>76</sup> y llevarlos a Francia. Los miembros de la organización francesa Zoe's Ark que aseguraban trataron de rescatar a estos huérfanos de la violencia vivida en la región de Darfur. Varios de estos fueron procesados y encarcelados por los delitos de secuestro y fraude ya que se demostró que estos niños contaban con padres con vida y que muchos de estos habían sido engañados en cuanto al destino que tendrían sus hijos<sup>77</sup>.

El caso Etiopía, país carente de recursos azotado por la malaria, es uno de los más discutidos actualmente ya que es uno de los países en los que adoptar no toma mucho tiempo (un estimado de 12 meses) ni requiere de muchos requisitos<sup>78</sup>. En el 2010 alrededor de 4400 niños fueron adoptados por extranjeros y en los últimos dos años, en los Estados Unidos 1 de cada 5 niños adoptados procede de Etiopía<sup>79</sup>.

Las denuncias de posibles fraudes en la presentación de niños con padres como huérfanos así como los casos vistos por las Cortes de este país en los que se encontraron que muchos de los estos documentos donde figuraba el abandono de estos niños fueron fraguados<sup>80</sup> han llevado a que el Departamento de Estado de los Estados Unidos actualmente venga exigiendo pruebas de ADN para comprobar que las personas que dan en adopción a sus hijos son realmente sus padres<sup>81</sup>.

Además, se ha encontrado evidencia de que intermediarios engañaban a los padres de estos niños prometiéndoles que estos niños más tarde los ayudarían económicamente y en otros casos ofrecían incentivos financieros a los padres con el fin de que los dieran en adopción. A finales de Octubre de 2011 y tras duras críticas de la comunidad internacional, este país cerró

---

<sup>75</sup> JA SOOK BERGQUIST, Kathleen. "Operation Babylift or Babyabduction?: Implications of the Hague Convention on the humanitarian evacuation and 'recue' of children". *International Social Work*. Vol. 52. 2009. p. 623.

<sup>76</sup> Ídem. p. 624.

<sup>77</sup> REUTERS, Agencia de Noticias. "FACTBOX-What is Zoe's Ark?" 2007. En: <http://www.reuters.com/article/2007/11/09/idUSL04326758>.

<sup>78</sup> JORDAN, Miriam. "Inside Ethiopia's Adoption Boom". *The Wall Street Journal*. Artículo periodístico de 28 de abril de 2012. En: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304811304577368243366708110.html>

<sup>79</sup> Ibídem

<sup>80</sup> SOS Children's Villages. "Increased International Adoption calls for the Use of "Searchers" to track Child Histories". 2011. En: <http://www.soschildrensvillages.ca/News/News/orphan-charity-news/Pages/Increased-International-Adoption-calls-for-the-Use-of-%E2%80%9CSearchers%E2%80%9D-track-Child-Histories-139.aspx>

<sup>81</sup> Ibídem

dos docenas de orfanatos debido a irregularidades. Por otro lado, UNICEF actualmente otorga ayuda financiera para que puedan construir un sistema de casas de guarda<sup>82</sup>.

### III. Tipos de adopción internacional

Así, como las adopciones domésticas, las adopciones internacionales pueden dividirse de acuerdo a sus efectos. De esta forma, existen adopciones que favorecen la integración completa del niño a la familia adoptiva y la erradicación de toda diferencia en el plano legal de los hijos biológicos. Estas son conocidas como las adopciones plenas. Por otro lado, las adopciones simples tienen por función brindarle al niño asistencia social y, por tanto, no es necesario integrar completamente al niño dentro de la familia adoptiva.

Existen ordenamientos como el Argentina, Uruguay Japón y Madagascar, entre otros, conviven ambos tipos de adopción<sup>83</sup>.

#### 1. Adopciones plenas

Como se mencionó líneas arriba, las adopciones plenas buscan incorporar al adoptado dentro de la nueva familia, rompiendo todo vínculo anterior con la familia biológica y colocando al adoptado a la par de los hijos biológicos en materia de derechos y obligaciones. De esta manera, se busca reemplazar los lazos de nacimiento con los adoptivos y entender los derechos y responsabilidades adquiridos legalmente como equivalentes a los que un hijo biológico goza normalmente<sup>84</sup>. Sin embargo, las prohibiciones de matrimonio con los miembros de la familia biológica se mantienen intactas.

Las adopciones plenas llevadas al extremo pueden implicar que el niño no tenga acceso a sus orígenes. Esta era la tendencia inicial pues se entendía que el adoptado debía dejar de lado todo lo que lo vinculaba con su familia biológica para incorporarse a la nueva<sup>85</sup>. Así, se “cerraban” los expedientes de cada menor una vez la adopción fuera aprobada.

Según los especialistas en la materia, la adopción plena limita al niño a tener sólo un sendero intergeneracional (el de su familia adoptiva), dejando de lado sus lazos con sus orígenes biológicos. Ejemplos de medidas que apoyaban tal perspectiva son: el secreto dentro de las

---

<sup>82</sup> *Ibíd*em

<sup>83</sup> NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Óp. Cit.* p. 16.

<sup>84</sup> *Ibíd*em.

<sup>85</sup> VAN LOON, J. H. A. *Óp. Cit.* p. 269.

familias adoptivas sobre sus orígenes, la confidencialidad de los expedientes de adopción y la prohibición de contacto entre padres biológicos e hijos adoptados<sup>86</sup>. Todas estas características ya no suelen aplicarse. La tendencia actual es que los adoptados tengan acceso a información que les permita establecer su procedencia antes de su adopción.

El artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño establece que todos los niños y adolescentes tienen derecho a conocer a sus padres, a ser criados por ellos, de ser posible, y a mantener una relación personal con ellos a menos que sea contrario a su interés superior. Los expertos en el tema entienden que mantener un canal intergeneracional abierto tanto del lado de los padres adoptivos y también de los biológicos<sup>87</sup>. Asimismo, la tendencia de muchos adoptados de buscar a sus padres biológicos parece resaltar la inconveniencia de una postura extrema.

## 2. Adopciones simples.

En este tipo de adopción ésta no significa el término de vínculos entre la persona adoptada y su familia de origen. Como resultado, los niños adoptados mediante la adopción simple frecuentemente no pierden su apellido original. Además, no adquieren automáticamente el derecho de heredar de sus padres adoptivos u otros parientes adoptivos. Un ejemplo de esto es Argentina<sup>88</sup> donde los derechos y deberes derivados de los vínculos biológicos no se extinguen con la adopción simple. Asimismo, el código civil francés<sup>89</sup> establece que los niños adoptados mediante la adopción simple retienen el derecho a la sucesión a su familia originaria.

Actualmente en países como Francia y Bélgica se mantiene la figura de la adopción simple.

<sup>86</sup> OULETTE, Francoise-Romaine. En: MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). Óp. Cit. p. 76.

<sup>87</sup> Ídem. p. 77.

<sup>88</sup> Código Civil de la República Argentina. Artículo 329: “La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí”. Artículo 331: “Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor se transfieren al adoptante (...)”. Artículo 333: “El adoptante hereda ab-intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos, pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos”.

<sup>89</sup> Código Civil de Francia. Libro I. Título VIII. Capítulo II. Sección II. Artículo 364: “L'adopté *reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires*. Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du présent code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine”. (Énfasis nuestro).

### 3. Adopciones abiertas.

Las adopciones abiertas no son un tipo distinto de adopción, sino más bien constituyen un tipo de perfección del tipo de adopción plena. Pues si bien la tendencia es que los hijos adoptados cuenten con los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico, lo que en muchos ordenamientos significa cortar lazos legales con la familia biológica, esto no debe llevar a la completa negación de la existencia de vínculos con su familia originaria.

Desde los años 70 y en adelante se vienen dando movimientos en los países occidentales que buscan terminar con la confidencialidad de la información previa a la adopción. Como respuesta a estas demandas, muchos países permitieron que los expedientes, y la información que contenían, pudieran ser accedidos por los adoptados<sup>90</sup>. Este acceso debería implicar que la persona adoptada pueda ver su certificado de nacimiento original y el decreto de adopción<sup>91</sup>.

Así, la adopción abierta surgió como una forma de minimizar la pérdida del adoptado, para ayudarlo a resolver su pérdida apoyado en la realidad, y no en una fantasía, y para mantener y celebrar sus conexiones originarias<sup>92</sup>.

Las diferencias en cuanto a la apariencia de los adoptados internacionalmente son a veces tan obvias que resulta innegable una procedencia originaria distinta a la de sus padres adoptivos. Los intentos de establecer contacto son muy comunes pues existe la necesidad innata de saber de dónde proceden ya que a pesar de que la mayoría de adoptados se han asimilado a la cultura de sus padres, estos atribuyen mucha importancia al conocimiento de sus orígenes en lo relacionado a su identidad<sup>93</sup>.

Irhammar y Cederblad<sup>94</sup> diferencian dos etapas en este interés. Primero, la llamada búsqueda interna” (*inner search*) está relacionada con la reflexión de sus circunstancias y es una experiencia común que comienza en la infancia media en el contexto de los cambios en el entendimiento de los niños de lo que significa la adopción. La segunda etapa viene a ser la búsqueda externa (*outer search*) y se manifiesta en el deseo por obtener mayor información o contactar a los padres biológicos. Esta búsqueda es más típicas de la adolescencia, juventud y adultez temprana.

<sup>90</sup> OULETTE, Françoise-Romaine. Óp. Cit. p. 79

<sup>91</sup> MOE, Barbara A. “Adoption: A reference handbook”. ABC-Clio. (Contemporary World Issues). Segunda Edición. 2007. p. 54.

<sup>92</sup> Ídem. p. 62.

<sup>93</sup> HOWELL, Signe. En: MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). “International Adoption: Global Inequalities and the Circulation of Children”. New York University Press. 2009. p. 259.

<sup>94</sup> PALACIOS, Jesús y David BRODZINSKY. Óp. Cit. pp. 276 – 277.

En la práctica, la apertura de la adopción puede variar desde un contacto limitado (una visita) a un contacto constante y directo con los padres biológicos<sup>95</sup>. En países como Canadá y los Estados Unidos la adopción abierta es frecuente pues expertos han comprobado que este contacto contribuye positivamente al desarrollo de la identidad del adoptado<sup>96</sup> ya que experimenta sensaciones de satisfacción, logro y plenitud<sup>97</sup>.

Sin embargo, en muchos países de origen se todavía se hace muy difícil acceder a la información esencial de los niños adoptados. Por ejemplo, algunos estudios mencionan que en China los niños que son adoptados de instituciones constan como “encontrados”, por lo que carecen de información básica sobre su procedencia<sup>98</sup>.

El Manual de Implementación del Convenio de los Derechos del Niño en su comentario sobre el artículo 7 de este documento menciona que existe preocupación por los países que mantienen una política de adopción secreta y recomienda que los niños sepan de su parentesco<sup>99</sup>. Así, en una recomendación a Armenia expresa que las leyes de adopción deben garantizar el derecho de los niños de conocer sus orígenes y tener acceso a su registro médico de tanto el niño como de sus padres biológicos<sup>100</sup> a menos que vaya en contra de su interés superior. Sin embargo, el mismo manual explica que los casos en que esto podría suceder son escasos y que, de existir, deben limitarse a casos extremos y que no den lugar a la ambigüedad<sup>101</sup>.

Como lo expresa, Claudia Fonseca<sup>102</sup>, el debate sobre el tipo de adopción más adecuada debe extenderse y abarcar no sólo quién adoptará al niño sino también bajo qué condiciones el niño será adoptado.

#### **IV. Efectos de la adopción internacional en los adoptados.**

La adopción generalmente ofrece mejores oportunidades de atención médica, física, educativa y psicológica<sup>103</sup> que las que los niños institucionalizados o en hogares de guarda reciben.

---

<sup>95</sup> OULETTE, Françoise-Romaine. Óp. Cit. p. 78

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> MOE, Barbara. Óp. Cit. p. 52.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> UNICEF. “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”. 2007. p. 106.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ídem*. p. 108

<sup>102</sup> FONSECA, Claudia. En: MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). Óp. Cit. p. 170.

En cuanto al impacto inter-cultural de la adopción en los niños, adolescentes o adultos, se entiende que aquellos que vivan en lugares con mayor diversidad cultural tendrán mayor oportunidad de conocer o acercarse a su legado cultural o conocer otras personas con orígenes similares y, así, desarrollar estrategias apropiadas para lidiar con prejuicios raciales que aquellos niños que llegarán a vivir en lugares más uniformes culturalmente<sup>104</sup>.

Muchos estudios se han centrado sobre todo en el ajuste o adecuación inicial y a largo plazo de los niños adoptados. En estudios realizados por Carey, Lipton y Myers (1974) y Plomin y DeFries (1985), Brodzinsky, Ramsay, Steir y Waters (1985)<sup>105</sup> se examinó la adaptación relativa de los niños adoptados y no adoptados en entornos comunitarios. Los resultados arrojaron que no existían diferencias en la adaptación de niños adoptados y no adoptados en los primeros años de vida, la niñez y la adolescencia<sup>106</sup>. Otros estudios<sup>107</sup>, sin embargo, resaltaban que las principales diferencias entre los niños adoptados y los adoptados en entornos comunitarios se daban en áreas relativas a los comportamientos externos (impulsividad, hiperactividad, problemas de conducta y uso de sustancias) y problemas de aprendizaje y no problemas internos como la depresión y la ansiedad.

Estudios actuales han confirmado que los niños adoptados tienen mayor riesgo de presentar dificultades de adaptación comparados con niños no adoptados. Sin embargo, parecen no existir diferencias en la adaptación de los niños adoptados dentro de su país y aquellos adoptados internacionalmente<sup>108</sup>.

Así también, los niños adoptados han demostrado una capacidad impresionante para ponerse al corriente en áreas como la del apego, al comparárselos con los niños que permanecen en las instituciones de cuidado públicas<sup>109</sup>. Si bien las investigaciones demuestran que los niños manifiestan mucha tenacidad en su desarrollo psicológico en los primeros años, también recalcan que las dificultades sufridas antes de la adopción no se resuelven automáticamente con ésta, sino que mantienen continuidad a pesar de que la mayoría de niños logren una recuperación notable<sup>110</sup>.

---

<sup>103</sup> FEMMIE, Juffer y Marinus H. van IJZENDOORN. "Behavior Problems and Mental Health Referrals of International Adoptees: A meta-analysis". The clinician corner. American Medical Association. 2005. p. 2502.

<sup>104</sup> PALACIOS, Jesús y David BRODZINSKY. "Review: Adoption research: Trends, topics, outcomes". International Journal of Behavioral Development. Volumen 34. No. 3. 2010. p. 279

<sup>105</sup> Estudios citados en: PALACIOS, Jesús y David BRODZINSKY. Ídem. p. 272.

<sup>106</sup> *Ibídem*.

<sup>107</sup> *Ibídem*.

<sup>108</sup> *Ídem*. p. 275

<sup>109</sup> *Ibídem*.

<sup>110</sup> *Ibídem*.

Otros estudios muestran que el nivel de integración de los adoptados no difiere significativamente de los niños adoptados en el mismo país de origen e incluso niños no adoptados. Un estudio realizado por Kim<sup>111</sup> examinó a personas coreanas adoptadas y concluyó que estas personas progresaron bien en todos aspectos de la vida, lograron una autoestima positiva y no experimentaron problemas mentales o de salud serios.

Levy-Schiff, Zoran y Shulman<sup>112</sup> estudiaron a un grupo de en un grupo de 100 familias israelíes y no encontraron mayores diferencias con otros niños adoptados dentro de su propio país en cuanto a la adaptación de los niños en de la escuela o dentro del hogar (por ejemplo, ansiedad, depresión, hiperactividad y autoestima) ni tampoco en lo relacionado con la habilidad para lidiar con los problemas propios de la adopción.

Rojewski recalca en su estudio que para la mayoría de personas adoptadas internacionalmente los resultados son positivos<sup>113</sup>. Así también, otras investigaciones muestran resultados positivos en cuanto al desarrollo y adaptación de los niños adoptados internacionalmente (incluyo aquellos adoptados interracialmente como suele ser el caso en el Perú) e incluso mejor<sup>114</sup> que el de aquellos adoptados dentro de su mismo país. Estas personas logran tener relaciones cercanas y relaciones mutuamente satisfactorias con sus padres y logran tanto éxito como otras familias adoptivas. Y cuando surgen problemas, generalmente son atribuibles a niños que fueron adoptados a una edad tardía o como consecuencia de experiencias traumáticas tempranas<sup>115</sup>.

Juffer y Ijzendoorn realizaron un estudio en donde examinaron si es que las personas adoptadas internacionalmente tenían un riesgo más alto a presentar problemas de conducta y remisiones clínicas que aquellos adoptados dentro del mismo país. Los autores comentan que contrario a sus expectativas, las personas adoptadas internacionalmente mostraron menos problemas de conducta que su contraparte e hicieron menos uso de servicios de salud mental que su contraparte<sup>116</sup>.

Concluyeron, además, que como es de esperarse debido al comienzo poco óptimo que tuvieron en la vida, los niños adoptados internacionalmente presentaron más problemas de conducta que los niños no adoptados y también tienen mayores índices de requerimiento de

---

<sup>111</sup> ROJEWSKI, Jay W, SHAPIRO, Michael S. y Mary SHAPIRO. "Parental Assessment of Behavior in Chinese Adoptees During Early Childhood". Department of Occupational Studies. University of Georgia.

<sup>112</sup> *Ibíd.*

<sup>113</sup> *Ibíd.*

<sup>114</sup> PALACIOS, Jesús y David BRODZINSKY. Óp. Cit. p. 279.

<sup>115</sup> ROJEWSKI, Jay W, SHAPIRO, Michael S. y Mary SHAPIRO. Loc. Cit.

<sup>116</sup> FEMMIE, Juffer y Marinus H. van Ijzendoorn. "Behavior Problems and Mental Health referrals of International Adoptees". JAMA. 2005. Vol. 293. No. 20. p. 2509.

uso de servicios médicos mentales. Sin embargo, este índice de problemas de conducta es somero, indicando que la mayoría de personas adoptadas internacionalmente han logrado una adaptación óptima<sup>117</sup>. Los autores explican estos resultados positivos en parte por las características de las familias que adoptan estos niños. Los padres adoptivos generalmente están muy motivados a criar niños y generalmente cuentan con oportunidades amplias para invertir en el desarrollo de estos niños debido a su estatus económico relativamente alto.

Así también, las adopciones internacionales mostraron mejores resultados en lo relacionado a la salud mental que los niños adoptados dentro del mismo país. Los autores explican esto con el hecho de que debido a las diferencias físicas evidentes que suelen presentarse en la adopción internacional, estas llevan a que la adopción nunca fuera un secreto y, por tanto, resulta en una mayor comunicación y confianza dentro de la familia.

De este breve recuento se puede concluir que a pesar de los problemas que la institucionalización causa en los niños, se ha comprobado que una vez que estos niños fueron adoptados internacionalmente lograron tener resultados positivos en cuanto a su adaptación, conducta y estabilidad mental<sup>118</sup>. Tanto así que según alguno de los estudios mencionados estos niños han logrado tener los mismos resultados o incluso mejores que la misma adopción doméstica<sup>119</sup>.

## **V. Principales instrumentos internacionales sobre adopción internacional.**

### **1. Documentos indirectamente relacionados con la adopción internacional.**

A continuación se mencionarán los documentos internacionales que conminan a los Estados a proteger al menor debido a su condición de vulnerabilidad y lo hacen sujeto de medidas especiales que lleven a su correcto desarrollo y bienestar. Todas estas normas contienen principios de guía generales para la adopción internacional de niños y adolescentes.

---

<sup>117</sup> Ídem. p. 2510.

<sup>118</sup> Ídem. p. 2511.

<sup>119</sup> Ibídem.



## **A. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).**

Esta Declaración fue adoptada el 10 de Diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. En su preámbulo se establece que todos los miembros de la familia humana tienen derechos iguales e inalienables<sup>120</sup>.

En el artículo 25 (2) es el único artículo de este documento en el que se menciona el bienestar de los niños al estipular que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales y que todos los niños, al margen de si nacieron fuera o dentro del matrimonio, tienen derecho a una igual protección social<sup>121</sup>.

Si bien esta Declaración no es un documento vinculante se entiende que los derechos incluidos en la misma se han vuelto costumbre internacional<sup>122</sup>. Por tanto, el derecho de los niños de recibir cuidados y asistencia especial puede aplicarse también a la adopción internacional.

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

Esta Declaración fue adoptada en 1959 por la Asamblea General de Naciones Unidas. La declaración consiste de sólo diez principios, dos de los cuales son pertinentes para la adopción internacional.

El principio 2 establece que el niño gozará de protección especial del Estado con el fin de que pueda desarrollarse integralmente. Así también menciona que al promulgarse leyes con el fin de proteger al menor, el interés superior del niño será la consideración principal<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Preámbulo. “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

<sup>121</sup> Artículo 25 (2): “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

<sup>122</sup> Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>123</sup> Principio 6: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

El principio 6 menciona que el niño necesita amor y comprensión para un buen desarrollo y que siempre que sea posible debe crecer con sus padres en un ambiente de afecto, seguridad moral y material y que salvo situaciones excepcionales no deberá separarse a un niño menor de su madre. El Estado deberá, a su vez, cuidar de los niños y adolescentes carentes de protección.

Estos principios vienen a estar relacionados con la adopción internacional de niños y adolescentes en tanto se establece la necesidad de una protección especial para el menor y la necesidad de que los niños sean cuidados primordialmente por sus padres y, por tanto, la adopción internacional vendría a ser uno de esos casos excepcionales de los que habla la Declaración.

Por otro lado, en conmemoración del vigésimo aniversario de esta Declaración, Naciones Unidas declaró a 1979 el Año Internacional del Niño y en este marco conmemorativo Polonia propuso que se esbozara un tratado que volviera a exponer los principios propuestos en la Declaración pero esta vez en un documento de obligatorio cumplimiento<sup>124</sup>. Con este objetivo se formó un grupo de trabajo comenzó a trabajar lo que hoy en día es la Convención de los Derechos del Niño.

### **C. Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.**

Este Pacto contiene también la obligación de los Estados de otorgar protección especial a los niños y adolescentes. Por ejemplo, en el artículo 23 se estipula que en caso de disolución del matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Asimismo, en el artículo 24 se menciona que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por a motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

### **D. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.**

Este pacto también contempla el deber de los Estados de ofrecer protección especial al menor. En el artículo 10, inciso 3 se ordena que los Estados Partes en el presente Pacto adopten medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y

---

<sup>124</sup> WALLACE, Sara R. Óp. Cit. p. 696.

adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. También señala la necesidad de proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.

Agrega que el empleo de los niños y adolescentes en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley.

## **E. Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969.**

En la misma línea de los documentos anteriores, el artículo 19 estipula que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

### **2. Documentos directamente relacionados con la adopción internacional.**

#### **A. Convención sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción (1965).**

Este Convenio fue el primer intento por uniformizar los procedimientos para la adopción internacional<sup>125</sup>. Los Estados miembros de la Conferencia de la Haya se reunieron en 1965 y produjeron esta convención en la que se trataron temas como la jurisdicción, ley aplicable y el mutuo reconocimiento de adopciones. Sin embargo, no tuvo mayor éxito pues sólo Austria, Suiza y el Reino Unido lo ratificaron<sup>126</sup>. Hoy en día el tratado ha sido denunciado por estos tres países<sup>127</sup> por lo cual no tiene ninguna aplicación práctica en la actualidad.

Para esta convención la persona a adoptarse tener menos de 18 años, no haber contraído matrimonio, y que siendo nacional de uno de los Estados contratantes tuviera su residencia habitual en uno de estos. El adoptante debía calificar como nacional de un Estado contratante y a la vez tener residencia habitual de estos. Si era una pareja de esposos era la que quería adoptar ambos debían contar con estas condiciones. Como puede apreciarse este convenio es

<sup>125</sup> BISIGNARO, Susan M. "Intercountry Adoption Today and the Implications of the 1993 Hague Convention on Tomorrow". Dickinson International Law. 13. 194. p. 132.

<sup>126</sup> El Estado de este Tratado puede encontrarse en: el portal de la Conferencia de la Haya: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.status&cid=75](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=75)

<sup>127</sup> *Ibidem*

bastante restrictivo en cuanto a su aplicación debido a los requisitos conjuntos de residencia y nacionalidad dentro de Estados contratantes<sup>128</sup>.

Por otro lado, la Convención otorga competencia para constituir la adopción tanto a las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptante o adoptantes como también a las autoridades de la nacionalidad del adoptante<sup>129</sup>. Esto generó críticas pues se entiende que las autoridades del país de origen del niño pueden estar en mejores condiciones de determinar qué corresponde a su interés superior<sup>130</sup>. Así también, las autoridades competentes aplicaban su ley interna a las condiciones de la adopción<sup>131</sup> y la ley de la nacionalidad del menor a los consentimientos y consultas distintos a los del adoptante, su familia o cónyuge<sup>132</sup>.

Esta Convención dedica todo el artículo 7 para determinar quiénes son competentes para revocar o anular una adopción internacional y en qué casos procede tal revocación y establece que una adopción puede revocarse por cualquier causa permitida en la ley interna de la autoridad que concedió la adopción, o por causas permitidas en la ley nacional del adoptante o de los adoptantes al momento de constituir la adopción y en aplicación de la ley interna de la autoridad que conoce del caso. Queda comentar que de acuerdo a esto este cuerpo normativo no otorga mayor seguridad al menor adoptado ya que abre muchas puertas para revocar la adopción ya concedida.

---

<sup>128</sup> Artículo 1: El presente Convenio es aplicable a una adopción entre: De una parte, una persona que, siendo nacional de un Estado contratante, tenga su residencia habitual en uno de estos Estados, o cónyuges que, siendo nacionales de un Estado contratante, tengan la residencia habitual en un Estado contratante; y de otra parte, un menor, de edad inferior a dieciocho años cumplidos en el día de la solicitud de adopción, que no haya contraído matrimonio y que, siendo nacional de uno de los Estados contratantes, tenga su residencia habitual en uno de estos Estados.

<sup>129</sup> Artículo 3: Son competentes para constituir la adopción:

- a) las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptante o, cuando se trate de una adopción realizada por cónyuges, las autoridades del Estado en que ambos tienen su residencia habitual;
- b) las autoridades del Estado del que el adoptante es nacional o, cuando se trate de una adopción realizada por cónyuges, las autoridades del Estado de su nacionalidad común.

Las condiciones de residencia habitual y de nacionalidad deben cumplirse tanto en el momento en que se hace la petición de adopción como en el momento en que la adopción sea constituida.

<sup>130</sup> RYAN, Chantel. Óp. Cit. p. 143

<sup>131</sup> Artículo 4: Las autoridades competentes según el párrafo primero del artículo 3 aplicarán su ley interna a las condiciones de la adopción, a reserva de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 5.

No obstante, las autoridades competentes en razón de la residencia habitual deben respetar cualquier prohibición de adoptar contenida en la ley nacional del adoptante o, si se trata de una adopción realizada por cónyuges, contenida en su ley nacional común, cuando esta prohibición haya sido objeto de la declaración a que se refiere el artículo 13.

<sup>132</sup> Artículo 5: Las autoridades competentes según el apartado primero del artículo 3 aplicarán la ley nacional del menor a los consentimientos y consultas distintos a los del adoptante, su familia o su cónyuge.

Si, según la ley nacional del menor, éste o un miembro de su familia deben comparecer personalmente ante la autoridad que debe constituir la adopción, esta autoridad procederá por vía de carta rogatoria 4 cuando la persona en cuestión no tenga su residencia habitual en el Estado de dicha autoridad.

Esta Convención también hizo un intento por garantizar el reconocimiento de las adopciones realizadas en un Estado contratante en otro de igual calidad<sup>133</sup> siempre que se cumplan con las condiciones expuestas por esta Convención. Asimismo, extiende este reconocimiento a la anulación o revocación<sup>134</sup>.

El artículo 15 hace mención de que las disposiciones del Convenio podrán no aplicarse cuando fueran contrarias al orden público de los Estados contratantes.

Esta norma no llegó a desarrollar el consentimiento de los padres que dan a sus hijos en adopción, así como qué niños son considerados adoptables. Ambos temas cruciales en la problemática de la adopción internacional.

## **B. El Convenio Europeo sobre adopción de menores (1968)**

En 1967 en el continente europeo, los miembros del Consejo Europeo se reunieron en Estrasburgo y lograron establecer una serie de normas para la adopción internacional<sup>135</sup> y entró en vigor para los Estados parte el 26 de abril de 1968. Esta Convención ha sufrido una revisión el 27 de noviembre de 2008.

En el artículo 3 de esta convención de 1967 se aplicaba a menores de 18 años que no estuvieran casados. El artículo 7 requería que los adoptantes tengan entre 21 y 35 años, rango de edad que resultaba problemático pues no coincidía con la edad en que las personas suelen adoptar<sup>136</sup>.

Esta Convención, además, no contemplaba un artículo sobre el reconocimiento de las adopciones realizadas en Estados contratantes por otros Estados contratantes por lo que no otorgaba seguridad jurídica a las adopciones internacionales<sup>137</sup>.

Así, en el artículo 5 se establece que deben darse los consentimientos necesarios de la madre y el padre cuando el hijo es legítimo o de cualquier persona con derecho a consentir en su nombre. Sin embargo, no especifica quién más que los padres pueden consentir. Además, no

---

<sup>133</sup> Artículo 8: en todos los Estados contratantes.

Cualquier decisión de anulación o de revocación pronunciada por una autoridad competente en el sentido del artículo 7, será reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Si en un Estado contratante se cuestiona el reconocimiento de una tal adopción o decisión, las autoridades de este Estado deberán aceptar, en lo que se refiere a la competencia de la autoridad que ha decidido del caso, las constataciones de hecho en las que dicha autoridad ha fundamentado su competencia.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> RYAN, Chantel. *Óp. Cit.* p. 144.

<sup>136</sup> *Ibidem*

<sup>137</sup> *Ibidem*

se toca el tema del abandono del menor ya que la definición de lo que viene a ser un niño abandonado es importante para determinar si el consentimiento es necesario<sup>138</sup>.

El artículo 8 menciona que la adopción debe responder al interés del menor. Este es un concepto que vendría a ser recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El artículo 10 le confiere al adoptado los derechos y obligaciones de un hijo nacido dentro del matrimonio.

En cuanto a la revocación, el artículo 13 establece que sólo se dará por autoridades administrativas o judiciales por motivos serios y si y solo si la revocación es permitida por ley. Este es un enfoque un tanto más positivo que la Convención de la Haya de 1965.

Se menciona en el artículo 15 también que se deberán tomar previsiones para prohibir cualquier ventaja financiera a propósito de la adopción. El artículo 17 prohíbe que se den adopciones sin que el niño conviva con los padres en un tiempo suficiente como para que las autoridades puedan concluir que tendrán una buena relación.

### **C. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores.**

Este es un Tratado de carácter regional en el marco de la Organización de Estados americanos y forma parte de la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) III adoptada en La Paz, Bolivia en 1984 y responde al afán por armonizar y uniformizar las normas aplicables a la adopción internacional en la región. Entró en vigor en 1988.

En este Tratado es uno sobre conflicto de leyes puesto que establece qué partes del proceso de adopción internacional gobierna el estado de origen y el de recepción. 12 países lo firmaron pero sólo 6 llegaron a ratificarlo. El Perú no es parte de este Tratado.

Se aplica a la adopción de niños y adolescentes que equipare al adoptado a la condición de hijo cuando el adoptante tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte<sup>139</sup>. Así, se usan dos factores de conexión en este caso: el del domicilio para el adoptante y el de la residencia habitual para el menor.

---

<sup>138</sup> BISIGNARO, Susan. Óp. Cit. p. 134.

<sup>139</sup> Artículo 1: La presente Convención se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo

Este Convenio<sup>140</sup> señala que la ley de la residencia habitual del menor será la que regirá la capacidad consentimiento y demás requisitos para ser adoptado así como los procedimientos y formalidades extrínsecas para la constitución del vínculo. La ley del domicilio del adoptante, por su parte, regirá para su capacidad, requisitos de edad y estado civil, consentimiento del cónyuge y demás requisitos<sup>141</sup>. Para las adopciones plenas, las relaciones entre adoptante y adoptado, incluyendo las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante se regirán por la ley que rige las relaciones del adoptante con su familia “legítima”<sup>142</sup>.

También se garantiza el secreto de la adopción salvo para los casos de los antecedentes clínicos del menor y progenitores, si es posible sin mencionar datos de identificación. Es claro ver que esta Convención responde a la época en que la adopción secreta era considerada más favorable al menor.

Para adoptar, se requiere que el adoptante acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección del menor, siempre que estén autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

Por otro lado, el Convenio estipula que los términos de la Convención y leyes aplicables serán interpretados armónicamente y a favor de la adopción y en beneficio del adoptado<sup>143</sup>.

Este documento también incluye la posibilidad de anulación o revocación de la adopción y hace competente al juez del Estado de residencia habitual del adoptado al momento de otorgamiento de la adopción.

---

cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.

<sup>140</sup> Artículo 3: La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo.

<sup>141</sup> Artículo 4: La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: a. La capacidad para ser adoptante; b. Los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c. El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere del caso, y d. Los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

<sup>142</sup> Artículo 9: En caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines: a. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima (...).

<sup>143</sup> Artículo 19: Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.

#### **D. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986).**

Esta declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986 y responde a la preocupación de la Asamblea General por el gran número de niños que quedan abandonados o huérfanos a causa de la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis económicas o los problemas sociales, como es establecido en el preámbulo de la Declaración.

Se menciona además en el preámbulo que la Asamblea está consciente de la necesidad de proclamar principios universales que haya que tener en cuenta en los casos en que se inicien procedimientos, en el plano nacional o internacional, relativos a la adopción de un niño o su colocación en un hogar de guarda, pero que, sin embargo, los principios enunciados más adelante no significan una imposición de instituciones jurídicas tales como la adopción o la colocación en hogares de guarda.

En la Sección A de la Declaración está designada al bienestar de la familia y el niño. Como en los otros documentos ya vistos, se menciona que el niño debe ser cuidado por sus padres<sup>144</sup>, y que cuando los padres no estén en condiciones o sus cuidados sean inapropiados debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -- adoptiva o de guarda -- o en caso necesario, una institución apropiada<sup>145</sup>.

También se menciona la necesidad de tener en cuenta los intereses de niño cuando el niño necesita recibir cuidados por personas que no sean sus padres<sup>146</sup>. Además de la obligación del Estado de tomar medidas de protección de los niños, se menciona que el niño, al ser adoptado, colocado en un hogar de guarda o quedar sometido a otro régimen, no deberá ser privado de su nombre, su nacionalidad o su representante legal a menos que con ello adquiera

---

<sup>144</sup> Artículo 3: Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.

<sup>145</sup> Artículo 4: Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -- adoptiva o de guarda -- o en caso necesario, una institución apropiada.

<sup>146</sup> Artículo 5: En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses el niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.



otro nombre, otra nacionalidad u otro representante legal<sup>147</sup>. Así también se incluye que el niño tiene derecho a conocer sus antecedentes a menos que sea contrario a sus intereses<sup>148</sup>.

La sección C está dedicada a la adopción. El artículo 13 se establece que el objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente.

En el artículo 17 encontramos nuevamente el principio de subsidiariedad ya que se establece que cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia. Una vez más se coloca a la adopción doméstica y a los hogares de guarda antes que la adopción internacional.

Cabe elucidar a qué puede referirse esta Declaración cuando menciona “o cuando el niño no pueda ser cuidado apropiadamente en su país de origen” siendo que los hogares de guarda y la adopción doméstica ya han sido mencionados. No queda más que pensar que se refiere a las instituciones públicas. Que éstas constituyan una forma apropiada de cuidado es altamente cuestionable, como podrá verse en el Capítulo II. Puede concluirse que este artículo hace evidente la tendencia a restringir la adopción internacional de esta Declaración.

Por otro lado, el artículo 22 enfatiza que no se considerará adopción alguna en otro país sin establecer antes que el niño puede legalmente ser adoptado y que se cuenta con los documentos pertinentes necesarios para completar el trámite de adopción, tales como el consentimiento de las autoridades competentes. También deberá establecerse que el niño podrá inmigrar al país de los futuros padres adoptivos, unirse a ellos y adquirir su nacionalidad. Esto con el fin de que los intereses del niño se encuentren salvaguardados en todo momento.

---

<sup>147</sup> Artículo 8: En todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal. El niño, al ser adoptado, colocado en un hogar de guarda o quedar sometido a otro régimen, no deberá ser privado de su nombre, su nacionalidad o su representante legal a menos que con ello adquiriera otro nombre, otra nacionalidad u otro representante legal.

<sup>148</sup> Artículo 9: Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.

## E. Convención de los Derechos del Niño (1989)

Si bien en todos los instrumentos antes mencionados se propugnaba la protección del menor, no es hasta la Convención sobre los Derechos del niño (1989) que los niños logran obtener el estatus de sujetos de Derecho. Como lo explica Jean Zermatten, miembro del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en un informe realizado para el Institut International des Droits de L'enfant, esta convención responde a un cambio social llevado a cabo en la segunda mitad del siglo XX, en la que se provocó una ruptura de la concepción de la familia como cédula intocable y se consagró el concepto del individualismo. En el ámbito familiar, el objetivo ya no era ser una buena familia sino ser buenos padres. Hasta entonces el niño era entendido como objeto de interés y parte de una familia idealizada. Con estos cambios el niño dejó de ser inexistente para llegar a ser una persona entera reconocida como un individuo al que le corresponden derechos subjetivos y no sólo el objeto de protección y beneficiario de garantías<sup>149</sup>. El niño es, por tanto, objeto de protección y sujeto de derechos. Tanto así que incluso tiene el derecho de ser oído y de que su opinión sea tomada en cuenta (artículo 12, Convención sobre los Derechos del Niño)<sup>150</sup>.

Esta Convención fue adoptada el 20 de Noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Usó muchos de los principios en la Declaración de los Derechos del Niño y expandió lo mencionado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto a la protección de los derechos del niño y su bienestar<sup>151</sup>.

En el artículo 3 se establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Sobre el rol del interés superior del niño se abundará en el capítulo IV de este trabajo.

Este artículo también impone al Estado la obligación de asegurarse de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad,

<sup>149</sup> ZERMATTEN, Jean. "El interés superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico". Informe de trabajo. Institut International des Droits de L'enfant. 2003. pp. 27-29.

<sup>150</sup> Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

<sup>151</sup> *Ibidem*

sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión. Este apartado del artículo sería aplicable entonces a las instituciones públicas en donde residen niños y adolescentes desamparados y en estado de abandono.

El artículo 7 menciona que el niño tiene, derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en cuanto sea posible<sup>152</sup>. El Manual de Implementación de la Convención de los Derechos del Niño en su explicación del artículo hace notar que existen casos en que los padres de los niños y adolescentes no pueden ser identificados (en caso de niños en estado de abandono), otros en que la madre se rehúsa a identificar al padre (casos de violación o incesto) y aquellos en que los padres no deben ser identificados pues existen normas que así lo imponen, como es el caso de países en que no se permite la adopción abierta antes mencionada.

En todos estos casos existe un deber del Estado de valorar el interés superior del niño y tomar todas las medidas pertinentes para promover y hacer posible que los niños sean criados por sus padres y que sólo en casos excepcionales, como el abandono o maltrato por parte de los padres, figuras como la adopción puedan surgir.

El artículo 8 establece que los Estados Partes respetarán el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Y que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El manual de implementación profundiza en este artículo y señala que la identidad del niño va más allá de conocer quiénes son sus padres. Los hermanos, abuelos y otros parientes también son importantes para forjar el sentido de identidad de los niños. Por tanto, condena las adopciones secretas<sup>153</sup>. Por otro lado, se menciona que ha de hacerse lo posible por que los niños adoptados, en instituciones de guarda tengan la oportunidad de disfrutar su herencia étnica, cultural, lingüística o religiosa<sup>154</sup>.

Este artículo es muy pertinente en lo referente a la adopción internacional pues es innegable que esta institución genera un quiebre con la identidad originaria del niño y esta resultaría injustificada e ilícita en los casos de tráfico infantil ya que los niños y adolescentes son

---

<sup>152</sup> Artículo 7: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

<sup>153</sup> UNICEF. 2007. Óp. Cit. p. 114.

<sup>154</sup> Ídem. p. 115.

extraídos ilegalmente de su lugar de origen con el fin de ser entregados en adopción a ciudadanos de otros países. En esta línea, UNICEF insta a que se dé asistencia que incluya medidas legislativas en el ámbito civil y penal<sup>155</sup>. Por ejemplo, la anulación de adopciones irregulares y la penalización de las sustracciones ilícitas.

El manual enfatiza que la identidad del niño no sólo depende de su parentesco y cultura originaria pues a medida que los niños crecen van adoptando la identidad de la familia o cultura en la que viven. Es así que UNICEF entiende que remover a los niños de su familia adoptiva una vez que estos lazos han sido asumidos resultaría en una segunda privación que no siempre responde al interés superior del niño<sup>156</sup>.

El artículo 20 menciona que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Y que los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Dentro de esos cuidados figura la colocación en hogares de guarda, la adopción o las instituciones adecuadas de protección de niños y adolescentes.

Así también, se estipula que se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Esto es muy relevante pues la adopción internacional es una alternativa que priva al niño de un completo goce de su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico pues hará suyas las características de sus padres adoptivos. Y, de estar expuesto a su cultura, será una exposición limitada.

En esta línea, el artículo 9 impone al Estado el deber de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos a excepción de los casos señalados por ley siguiendo los procedimientos aplicables y siempre que la separación responda al interés superior del niño.

Una vez entendidos estos artículos cobra sentido que en el artículo 21 se establezca que la adopción en otro país es otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

---

<sup>155</sup> Ídem. p. 117.

<sup>156</sup> Ibídem.

Este es precisamente el principio de subsidiariedad mediante el cual la adopción internacional estaría relegada a un último en recurso en caso no se encuentre ninguna alternativa de protección del menor dentro de su país de origen. Una suerte de último recurso. UNICEF enfatiza que existe una obligación de los Estados de asegurarse que se hagan todos los esfuerzos posibles para proveer de cuidado adecuado a los niños dentro de su país y que en concordancia con el artículo 20 (3) es deseable que se privilegie la dentro de la crianza del niño la continuidad de su entorno étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Por otro lado, UNICEF argumenta esto también debido a su preocupación por la vinculación entre esta figura y el tráfico infantil. En el manual se expresa que sin regulación exigente y supervisión los niños pueden ser traficados con el fin de ser adoptados o pueden ser adoptados sin tener en cuenta su interés superior y hasta serlo con propósitos nefastos<sup>157</sup>. Sugiere, además, que los Estados tomen medidas para criminalizar como una ofensa extraditable cualquier tipo de tráfico de niños, incluyendo la inducción al consentimiento de la adopción por parte de intermediarios<sup>158</sup>.

El artículo 21, además, establece que en el caso de la adopción el interés superior del niño es la consideración primordial y que los Estados velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables, y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

También se estipula que el niño que será adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; y que se adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

Por último, el artículo incluye un deber de promoción, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

---

<sup>157</sup> Ídem. p. 297.

<sup>158</sup> Ibídem.

A pesar de estipular medidas de prevención existen autores que han mencionado que esta Convención carece de fuerza pues no especifica las medidas a tomarse para combatir estos problemas<sup>159</sup>. Así, deja en manos de los Estados la creación de estas medidas y su control e incluye la posibilidad de no adherirse a todos sus términos. En los primeros años de la década de los 90 el tráfico infantil se incrementó y se hizo evidente con lo experimentado en Rumanía<sup>160</sup> no obstante la existencia de estas normas.

Como se puede apreciar la Convención no opta por un enfoque proteccionista de la adopción internacional, creando el deber de crear salvaguardas y postergando a la adopción internacional a un último recurso en el sistema de protección del menor.

### **F. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional o Convenio de la Haya de 1993.**

Este Convenio fue adoptado el 29 de mayo de 1993 y entró en vigencia el 2 de abril de 1995<sup>161</sup> y está destinado a la creación de normas de protección y cooperación en materia de adopción internacional. Al 2 de abril del 2012 el Convenio cuenta con 87 Estados contratantes<sup>162</sup>, siendo el Perú uno de ellos pues lo ratificó el 14 de setiembre de 1995. Este tratado entró en vigencia en nuestro país el 1 de enero de 1996.

#### **a. Factores precipitantes del convenio de la Haya de 1993**

Hasta antes de este Convenio los intentos de regulación internacional de la adopción internacional no lograron tener acogida y, por tanto, no lograron morigerar el tráfico infantil. La falta de uniformidad en los procedimientos, la falta de eficacia de los instrumentos internacionales, la creciente demanda de niños en países industrializados y la falta de control internos de los mismos Estados llevaron inevitablemente a los abusos que se conocen en la actualidad: el tráfico infantil, el surgimiento de un mercado negro de niños, su abducción, la explotación financiera y la coerción e inducción al consentimiento de los padres<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> RYAN, Chantel. Óp. Cit. p. 146.

<sup>160</sup> *Ibíd*em

<sup>161</sup> Cuadro del estado de ratificaciones. En:

[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=69](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=69)

<sup>162</sup> *Ibíd*em

<sup>163</sup> RYAN, Chantel. Óp. Cit. p. 146.

## **b. Características generales**

El Convenio de la Haya de 1993 marca un hito importante en la regulación de la adopción internacional pues, a diferencia de los otros documentos revisados, en éste se establecen estándares específicos y procedimientos a implementarse con el fin de salvaguardar el bienestar y seguridad de los niños a adoptarse.

### **- Principios**

El preámbulo del Convenio comienza por reconocer la importancia de que el niño crezca dentro de un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión, preferiblemente la familia natural del niño. Sin embargo, es consciente de que esto no siempre es posible y reconoce que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.

Esto es esencial ya que, a diferencia del Convenio sobre Derechos del Niño en el que la adopción internacional es relegada al último recurso, incluso después de la institucionalización de niños y los hogares de acogida que no ofrecen al niño una familia, el Convenio de la Haya de 1993 entiende que es una alternativa ante la imposibilidad de que el niño pueda ser adoptado dentro de su propio país. Es decir, una opción que está por encima de los hogares de guarda y la institucionalización. Esto es naturalmente un avance considerable en la protección del interés superior del niño.

Así también, se menciona que los Estados deberán tomar las medidas que garanticen que las adopciones serán realizadas de acuerdo al estándar del interés superior del niño incorporado en la Convención del Niño y el respeto a sus derechos fundamentales con el fin de prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

### **- Objeto**

El inciso 1 menciona que el Convenio tiene por objeto establecer garantías con el fin de que las adopciones internacionales se den respetando el interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Artículo 1: El presente Convenio tiene por objeto: a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;

El inciso b incluye el segundo objeto del Convenio que es la creación de un sistema de cooperación que trabaja sobre la base de la distribución entre el Estado de origen y el Estado de recepción de concretas funciones y responsabilidades parte del procedimiento previo a la constitución de la adopción, así como el intercambio de documentos referidos a los sujetos de la adopción y otro tipo de información necesaria para llevar a cabo la adopción<sup>165</sup>. Estas responsabilidades recaen sobre las Autoridades Centrales, que según el artículo 6 inciso 1<sup>166</sup>, son las que cada Estado parte creará para dar cumplimiento al Convenio.

El artículo 1 inciso c<sup>167</sup>, como el artículo 23 inciso 1<sup>168</sup> buscan establecer un sistema de reconocimiento de las adopciones realizadas en los Estados partes. Esto con el fin de impedir las llamadas adopciones claudicantes<sup>169</sup>, es decir, aquellas que no eran automáticamente reconocidas en el país receptor por lo que requerían un nuevo procedimiento de adopción dentro de este país. Es con este Convenio que se logra un gran avance al estipularse que toda adopción internacional realizada dentro de un país contratante será reconocida de pleno derecho como tal en los demás Estados parte.

#### - Supuestos de aplicación

Según el artículo 2<sup>170</sup>, el Convenio se aplica a las adopciones que impliquen el desplazamiento “transfronterizo” de un menor entre dos Estados contratantes. Es decir, sólo aplicable a las adopciones de niños que tienen su residencia habitual en un Estado contratante y que serán desplazados a otro Estado contratante por una persona o cónyuges que tienen su residencia habitual en el Estado de recepción, después de ser adoptados en el país de origen o con el fin de ser adoptados en el país de recepción.

---

<sup>165</sup> Así lo establece el artículo 1 inciso b: El presente Convenio tiene por objeto: (...) b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

<sup>166</sup> Artículo 6: 1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.

<sup>167</sup> Artículo 1: El presente Convenio tiene por objeto: (...)

c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

<sup>168</sup> Artículo 23 inciso 1: “Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. (...)”.

<sup>169</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. “Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993”. Granada: Editorial Comares. 2003. p. 23.

<sup>170</sup> Artículo 2: “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción en el Estado de origen. 2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación”.



Vemos así que el factor de conexión de la relación internacional privada es la residencia habitual, la misma que no cuenta con definición o delimitación en este convenio. No obstante, la misma es entendida como la residencia física de una persona sobre la que ésta tiene un ánimo de permanencia. Al elegirse la residencia habitual antes que la nacionalidad se prefiere la vinculación actual y efectiva del adoptante y adoptado con las autoridades de los Estados implicados más allá del lugar donde ha nacido. Esto es adecuado pues no siempre una persona que quiere adoptar internacionalmente residirá en su país de nacimiento.

La exigencia de la residencia habitual del adoptado y los adoptantes en Estados contratantes se ve concordada con lo exigido en el artículo 14<sup>171</sup> que establece que aquellas personas que requieran adoptar internacionalmente deben acudir a la Autoridad Central de su país de residencia habitual.

Asimismo, puede deducirse que este Convenio no se aplica a aquellas adopciones internacionales en las que adoptante y/o adoptado tiene su residencia habitual en un Estado no contratante, ni a aquellas otras en las que adoptante y adoptando sean nacionales de distintos Estados contratantes pero que residan en el mismo Estado contratante. Tampoco se aplica a niños refugiados o desplazados que no residen habitualmente en un Estado contratante<sup>172</sup>.

### - Requisitos

El capítulo II trata un punto neurálgico no uniformizado adecuadamente con anterioridad a este Convenio: que los requisitos para las adopciones internacionales sean legítimas.

En su artículo 4<sup>173</sup> del Convenio estipula que es el Estado de origen el encargado de establecer las condiciones que hacer a un niño “adoptable”. La norma urge a que cada Estado

---

<sup>171</sup> Artículo 14: “Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual”.

<sup>172</sup> CARLSON, R. R. “The emerging Law of Intercountry Adoptions: An Analysis of the Hague Conference on Intercountry Adoption”. Tulsa Law Journal. No. 243. 1994-1995. p. 243.

<sup>173</sup> Artículo 4: “Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

a) han establecido que el niño es adoptable;

b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) se han asegurado de que:

1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

defina y establezca legalmente requisitos para que un niño pueda ser adoptado. Es decir, para que el niño tenga esta calidad hemos de dirigir la mirada a las normas sobre adopción del país de origen y aplicarlas.

Así también, es responsabilidad de la Autoridad Central del Estado de Origen verificar si es que la adopción responde al interés superior del niño *después* de haber examinado las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen. Este es el primer viso del principio de subsidiaridad de este Convenio.

Con el fin de que la adopción internacional responda al interés superior del niño su calidad de adoptable recae en el consentimiento. Así, se establecen una serie de responsabilidades relacionadas con el otorgamiento del consentimiento libre de las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento es necesario para llevar a cabo la adopción. Esto implica la ausencia de engaños o ventajas económicas. Así también se encomienda a esta Autoridad Central velar por el asesoramiento adecuado de las partes con el fin de que comprendan los efectos de la adopción entre el niño y su familia originaria.

Lo ideal hubiera sido que la norma definiera quiénes son estas personas, instituciones y autoridades que requieren dar su consentimiento para que procedan las adopciones. Ante la falta de claridad, cada Estado es libre de delimitar quiénes deben dar tal consentimiento. Como ha demostrado la realidad, siendo que muchos países de origen no cuentan con normas adecuadas de adopción internacional esta ausencia de delimitación puede resultar en vacíos muy peligrosos que pueden dar pie al tráfico infantil<sup>174</sup>.

Por otro lado, el artículo 5<sup>175</sup> del Convenio establece también obligaciones para el Estado de recepción que tienen que ver con la constatación de la idoneidad de los padres que pretenden

---

2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,

3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y

4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,

1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario,

2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y

4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna”.

<sup>174</sup> BISIGNARO, Susann M. Óp. Cit. p. 142.

<sup>175</sup> Artículo 5: Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;

b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y

adoptar un menor, su asesoramiento y la verificación de que el niño, de ser adoptado, pueda ingresar al Estado de recepción.

Una vez que los padres prospectivos son considerados elegibles para adoptar, el Estado de recepción debe preparar un informe que será transmitido al estado de origen<sup>176</sup>. Luego, el Estado de origen debe preparar y transmitir un informe al Estado de recepción<sup>177</sup>. De esta manera, tenemos que ninguna adopción será otorgada hasta que las autoridades competentes de ambos Estados hayan verificado que se cumplieron los requisitos establecidos en la Convención.

### - Designación de autoridades centrales y organismos acreditados

El capítulo III del Convenio contiene previsiones que giran alrededor de la creación de las Autoridades Centrales y sus funciones en cada Estado contratante<sup>178</sup>. Una única entidad que se encarga de la aplicación del Convenio. Así, todas las adopciones deben pasar por la Autoridad Central, la misma que puede ser una autoridad pública o por organismos acreditados<sup>179</sup> o personas u organismos que cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional<sup>180</sup>.

---

c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

<sup>176</sup> Artículo 15: 1. Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo. 2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen.

<sup>177</sup> Artículo 16: 1. Si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable, a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares; b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural; c) se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4; y d) constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño. 2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

<sup>178</sup> Artículo 6: 1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone. (...)

<sup>179</sup> Artículo 22 (1): Las funciones atribuidas a la Autoridad Central por el presente Capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Capítulo III, en la medida prevista por la ley de este Estado (...).

<sup>180</sup> Artículo 22(2): Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro

Además se busca crear una red de comunicación entre los Estados contratantes con el fin de proteger los intereses de los niños<sup>181</sup>.

Una vez iniciado el procedimiento de adopción, las autoridades centrales de los Estados de origen y recepción intercambiarán información sobre el niño y los padres adoptivos, se tomarán medidas para la expedición del procedimiento<sup>182</sup>.

El Convenio enfatiza que las Autoridades deben asegurarse de que no exista ganancia financiera u otro tipo de aprovechamiento<sup>183</sup>. Y que si los Estados permiten delegar funciones propias de la Autoridad Central a organismos acreditados, estos deben ser organizaciones competentes, sin fines de lucro que cuente con personal calificado<sup>184</sup>.

Esto es importante pues en los casos de abusos vinculados a la adopción internacional en muchos casos se detectó el surgimiento de organizaciones privadas que se sirven de intermediarios para conseguir niños para dar en adopción de forma ilícita. La acreditación busca evitar la creación de organizaciones con fines ilícitos.

---

de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que: a) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y b) estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

<sup>181</sup> Artículo 7: 1. Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio. 2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para: a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios; b) informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

<sup>182</sup> Artículo 9: Las Autoridades Centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para: a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción; c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional. e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

<sup>183</sup> Artículo 8: Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

<sup>184</sup> Un organismo acreditado debe: a) perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado; b) ser dirigido y administrado por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; y c) estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

## - Reconocimiento y efectos de la adopción

En el Capítulo V se establece el reconocimiento de todas las adopciones certificadas en los Estados Contratantes<sup>185</sup>. Históricamente uno de los principales problemas de la adopción internacional era que la falta de reconocimiento de la adopción realizada en un país no implicaba que esta fuera reconocida en el país donde vivían los padres adoptivos. Eso generaba que los padres adoptivos debieran iniciar otro proceso de adopción dentro de su país, lo cual conllevaba altos costos y mucho tiempo invertido<sup>186</sup>.

El reconocimiento incluye la aceptación del surgimiento de la relación padres-hijo y todas las responsabilidades y derechos que esto conlleva<sup>187</sup>. Asimismo, mediante esta adopción internacional la Convención corta la relación pre existente del niño con sus padres originarios en los Estados de origen en que esto es permitido<sup>188</sup>. De no serlo, esto puede lograrse en el Estado de recepción de darse los consentimientos necesarios<sup>189</sup>.

Debe mencionarse que en el artículo 24<sup>190</sup> del Convenio se establece que la única excepción para el reconocimiento de las adopciones puede ser en caso esta adopción atente contra el orden público del Estado en que se busca el reconocimiento.

Éste puede ser el caso de que se busque el reconocimiento en el Perú de la adopción de un menor por una pareja homosexual casada en un ordenamiento que así lo permite. Por razones de orden público nacional podría denegarse tal pedido siendo que nuestras normas son explícitas al negar la posibilidad de que parejas homosexuales puedan adoptar. Este tema y el análisis del procedimiento de adopción contemplado en este Convenio serán abordados de forma más amplia en el capítulo III de esta tesis.

---

<sup>185</sup> Artículo 23: “1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quien han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c)”.

<sup>186</sup> RYAN, Chantel. Óp. Cit. p. 152.

<sup>187</sup> Artículo 26: El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento: a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.

<sup>188</sup> Artículo 26: El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento (c): de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.

<sup>189</sup> Artículo 27: 1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en un adopción que produzca tal efecto, si a) la ley del Estado de recepción lo permite; y b) los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción;

<sup>190</sup> Artículo 24: “Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.

## VI. Tendencias actuales de la adopción internacional

Como se vio en un apartado anterior de este capítulo, las adopciones internacionales históricamente pueden dividirse en olas de acuerdo a las tendencias que siguieron. 25 años luego de la Guerra de Corea, más de la mitad de los niños adoptados internacionalmente en Estados Unidos procedieron de este país<sup>191</sup>. Luego, la adopción internacional cobró importancia en América del Sur para luego revertirse. En un periodo muy corto Rumanía tuvo importancia en los primeros años de la década del 90<sup>192</sup>. A mediados de esta década países como China, Rusia, los países que antes formaron parte de la Unión Soviética y países del Asia Central<sup>193</sup>. Hoy en día se habla del incremento de las adopciones procedentes de África, siendo Etiopía uno de los países con mayor oferta de niños adoptables.

Después del incremento en las adopciones internacionales procedentes de Corea desde el año 1953, el número de adopciones internacionales se incrementó hasta un estimado de 45 000 en el año 2004<sup>194</sup>. Sin embargo, entre el año 2004 y 2007 las adopciones internacionales han sufrido un descenso de 17%<sup>195</sup>.

Peter Selman en su estudio sobre el alza y la caída de las adopciones internacionales en el siglo 21 (hasta el año 2007) menciona que el número de adopciones también ha caído en los países nórdicos, Holanda y Australia<sup>196</sup>. En contraste, éstas se han incrementado en Italia en un 16% en el 2008, al igual que en Francia y Bélgica<sup>197</sup>.

El número de adopciones internacionales se incrementaron en un 42% entre 1998 y el 2004<sup>198</sup>. España, como país de receptor, sufrió un incremento de 273% e Irlanda 171%. En el Cuadro No. 1<sup>199</sup> puede verse el cambio en los porcentajes en el número de adopciones en el periodo de 2001-4. Países como Finlandia, Francia, Australia, los Estados Unidos y Suecia también tuvieron un incremento en el número de adopciones<sup>200</sup>.

---

<sup>191</sup> SELMAN, Peter. 2001. Óp. Cit. p. 42.

<sup>192</sup> *Ibíd.* Al respecto, también ver: NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Óp. Cit. p. 82.

<sup>193</sup> *Ibíd.*

<sup>194</sup> SELMAN, Peter. 2009. Óp. Cit. p. 575.

<sup>195</sup> *Ibíd.*

<sup>196</sup> *Ibíd.*

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> SELMAN, Peter. 2001. Óp. Cit. p. 32.

<sup>199</sup> SELMAN, Peter. 2009. Óp. Cit. p. 578.

<sup>200</sup> SELMAN, Peter. Loc. Cit.

**Cuadro No. 1**  
**Porcentaje de cambio en el número de adopciones 2001 – 4. Años pico resaltados.**

	Adoptions 2001	Adoptions 2002	Adoptions 2003	Adoptions 2004	Change 2001–4 %
Ireland	179	357	358	<b>398</b>	+122.4
Italy	1797	2225	2772	<b>3402</b>	+89.3
Spain	3428	3625	3951	<b>5541</b>	+61.6
Finland	218	246	238	<b>289</b>	+32.6
France	3094	3551	3995	<b>4079</b>	+31.8
Australia	289	294	278	<b>370</b>	+28.0
USA	19,237	20,099	21,616	<b>22,884</b>	+19.0
Netherlands	1122	1130	1154	<b>1307</b>	+16.5
Sweden	1044	1107	1046	<b>1109</b>	+6.2
Canada	1874	1926	<b>2180</b>	1955	+4.3
Norway	713	<b>747</b>	714	706	-5.5
Israel	<b>269</b>	165	256	226	-16.0
Denmark	<b>631</b>	609	523	528	-16.3
<b>Total<sup>a</sup></b>	<b>36,379</b>	<b>38,524</b>	<b>41,530</b>	<b>45,288</b>	<b>+24.5</b>

Sin embargo, en el periodo del 2004 al 2007 se ha podido comprobar que las adopciones internacionales van en descenso. El descenso general se ha estimado que es de 17%<sup>201</sup>. Sólo Malta e Italia muestran un incremento en este periodo. Las más caídas más grandes estuvieron en los países nórdicos y España como puede verse en el Cuadro 2<sup>202</sup>.

**Cuadro No. 2**  
**Cambios en el número de adopciones 2004 – 7, ordenados por porcentaje de cambio – año pico resaltado.**

	2004	2005	2006	2007	% change 2004/5–7
Finland	289	<b>308</b>	218	176	-42.9
Netherlands	<b>1307</b>	1185	816	778	-40.5
Norway	<b>706</b>	582	448	426	-39.7
Spain	<b>5541</b>	5423	4472	3648	-34.2
Sweden	<b>1109</b>	1083	879	800	-27.9
Denmark	528	<b>585</b>	450	426	-26.8
Belgium	470	<b>471</b>	383	358	-24.0
France	4079	<b>4136</b>	3977	3162	-23.5
USA <sup>a</sup>	<b>22,884</b>	22,728	20,679	19,613 <sup>a</sup>	-14.3
Australia	370	<b>434</b>	421	405	-7.3
Israel	<b>226</b>	191	176	218	-3.5
Canada	<b>1955</b>	1871	1525	1713	-1.5
Italy <sup>b</sup>	3402	2840	3188	<b>3420<sup>b</sup></b>	<b>+0.5</b>
Malta	46	39	60	<b>64</b>	<b>+39</b>
<b>Total<sup>c</sup></b>	<b>45,288</b>	<b>43,857</b>	<b>39,742</b>	<b>37,526</b>	<b>-17.1</b>

En lo concerniente a los Estados de origen, en el 2007 los países de los cuales un mayor número de niños fueron adoptados fueron China, Rusia, Guatemala y Etiopía. Estos países alcanzaron su pico en distintos años<sup>203</sup>. Por ejemplo, Corea en el 2003, Rusia en el 2004 y

<sup>201</sup> *Ibidem.*

<sup>202</sup> *Ibidem.*

<sup>203</sup> *Ibidem.*

China en el 2005 (Cuadro No 3<sup>204</sup>). Cabe mencionar que como se vio antes en este capítulo las adopciones procedentes de Guatemala han caído sustancialmente hoy en día debido a que los Estados Unidos han suspendido las mismas debido al riesgo que la corrupción en estos países representó. Así, los Estados Unidos procesaron 4 728 visas procedentes de Guatemala en 2007 y en el 2010 sólo 46 (Anexos 1 y 2).

Selman menciona que se espera que el número de adopciones internacionales siga decreciendo a menos que nuevos países emerjan para contrarrestar estas caídas sustanciales<sup>205</sup>. Esto parece verse comprobado en las estadísticas de Estados Unidos, en donde las adopciones vienen reduciéndose cada año.

**Cuadro No. 3**  
**Estados de origen selectos 2003 – 7. Año pico resaltado.**

	2003	2004	2005	2006	2007	Ratio <sup>a</sup> in peak year
China	11,228	13,404	<b>14,493</b>	10,740	8753	0.83
Russia	7745	<b>9425</b>	7471	6783	4873	7.7
Guatemala	2677	3424	3857	4227	<b>4844</b>	10.9
Korea	<b>2287</b>	2258	2101	1899	1265	4.8
Ukraine	<b>2052</b>	2021	1982	1053	1619	5.0
Colombia	<b>1750</b>	1741	1470	1629	1626	1.8
India	<b>1172</b>	1062	857	798	941	0.03
Haiti	1055	<b>1159</b>	914	1063	736	5.4
Bulgaria	<b>962</b>	378	125	96	95	15.5
Vietnam	935	483	1190	1364	<b>1692</b>	1.02
Kazakhstan	861	<b>903</b>	823	699	753	6.0
Ethiopia	854	1527	1778	2172	<b>3031</b>	0.93
Belarus	<b>656</b>	627	23	34	14	7.5
<b>Total<sup>b</sup></b>	<b>41,530</b>	<b>45,288</b>	<b>43,857</b>	<b>39,742</b>	<b>37,526</b>	

Como ya se comentó anteriormente, Estados Unidos es el Estado de recepción con mayor número de niños adoptados internacionalmente<sup>206</sup>. De ahí que sus estadísticas sean muy valiosas para determinar las fluctuaciones en el número de adopciones internacionales en el mundo. Así, según la información ofrecida por la Oficina de Asuntos del Menor, parte del Departamento de Estado de los Estados Unidos, entre el año 1992 y el 2004 hubo un

<sup>204</sup> SELMAN, Peter. Ídem. p. 580

<sup>205</sup> Ídem. p. 581

<sup>206</sup> NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Óp. Cit. p. 74.



constante incremento en las adopciones<sup>207</sup>. En 1992 se otorgaron 6472 y estas aumentaron progresivamente hasta alcanzar el pico de 22 884 en el 2004<sup>208</sup>

Es a partir del año 2005 que viene dándose un descenso en el número de adopciones. En el 2005 se dieron 22 739 adopciones, en el 2009 12728 y en el 2010, último año del que se tiene información oficial, se otorgaron 11,047 visas para niños adoptados, evidenciándose la tendencia al descenso de las mismas<sup>209</sup>

El alza vista hasta el 2004 en el número de niños adoptados respondió a una demanda creciente de niños abastecidos por el incremento en el número de niños adoptables en China, Rusia y Guatemala<sup>210</sup>. Así también, la flexibilización de los requisitos para adoptar contribuyó notablemente<sup>211</sup>.

El actual panorama de descenso se atribuye a la disminución en la oferta proveniente de los países de origen importantes muchas veces como respuesta a los escándalos mediáticos producidos por las noticias de abusos, corrupción y tráfico infantil en algunos países de origen. Lamentablemente esto no necesariamente significa que existan menos niños en estado de desamparo que pueden beneficiarse con la adopción internacional.

---

<sup>207</sup> Las adopciones son calculadas de acuerdo al número de “visas para huérfanos” otorgadas por el Departamento de Estado.

<sup>208</sup> DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Oficina de Asuntos Consulares. “Estadísticas sobre Adopciones Internacionales”. En: [http://adoption.state.gov/about\\_us/statistics.php](http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php)

<sup>209</sup> *Ibídem*

<sup>210</sup> SELMAN, Peter. Óp. Cit. 2009. p. 589.

<sup>211</sup> *Ibídem*

## CAPÍTULO II

### “La adopción internacional desde el ámbito tutelar”

#### Sumario

Este capítulo sitúa a la adopción internacional dentro de las medidas de protección propias del ámbito tutelar. Se comenzará revisando el derecho a vivir en familia y el deber de asistencia que tiene el Estado con el fin de agotar esfuerzos para que los niños y adolescentes crezcan y se críen dentro de su familia. Luego, se pasará a analizar la situación de los niños sin cuidado parental, el deber del Estado de ofrecerles protección para luego centrar la atención en el desarrollo del estado de abandono. También se analiza la respuesta del Estado Peruano ante esta situación de indefensión, estudiándose la investigación tutelar y las medidas de protección en general contenidas en nuestro ordenamiento para luego analizar la adopción y sus tipos, logrando ubicar a la adopción internacional dentro de esta medida.

#### I. La familia como derecho y objeto de protección y asistencia.

La convicción de que los niños y adolescentes requieren un cuidado especial que responde a la vulnerabilidad propia de su edad cobró importancia durante el siglo XX. Durante este siglo se desarrollaron importantes instrumentos jurídicos en los que se reconocía que los niños y adolescentes eran objeto de protección. De esta forma, en la Declaración de Ginebra (1924)<sup>212</sup> y la Declaración sobre los Derechos del Niño (1959)<sup>213</sup> se establece que los niños son los valores más preciados de la humanidad y que, por tanto, requieren protección especial.

Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por la vulnerabilidad propia de su edad

---

<sup>212</sup> El preámbulo reza: “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.

<sup>213</sup> Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado<sup>214</sup>. En esta misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>215</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>216</sup>, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969)<sup>217</sup> y su Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)<sup>218</sup> reconocen la especial situación de los niños y adolescentes e instan a los Estados partes a su protección.

Los instrumentos internacionales que antecedieron a la Convención de los Derechos del Niño (1989) a lo largo del tiempo estipularon la necesidad de una protección especial del niño y adolescente. Sin embargo, es recién con ésta que los niños y adolescentes logran obtener el estatus de sujetos de Derecho y como tales dejaron de ser sólo receptores de medidas en su favor y pasaron a ser capaces de ser detentores de derechos pudiendo oponerlos ante el Estado.

Esta Convención contiene normas en las que específicamente se insta a los Estados a proteger a los niños y adolescentes. Como es el caso del artículo 3 incisos 2 y 3 en el que se estipula que los Estados Partes deben asegurar la protección y cuidado de los niños y adolescentes y que para tal fin se tomarán las medidas administrativas y legislativas necesarias para tal fin<sup>219</sup>. El artículo 19 incide en la obligación del Estado de tomar de

<sup>214</sup> Artículo 25: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

<sup>215</sup> Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (...)

<sup>216</sup> Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

<sup>217</sup> Art. 19- Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>218</sup> Art- 16- “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

<sup>219</sup> Artículo 3 (2-3): 2- Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3 - Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

medidas de todo tipo para prevenir todo tipo de abuso o perjuicio del niño o adolescente<sup>220</sup>. Asimismo, el artículo 20 otorga a los niños privados de su medio familiar el derecho a la protección y asistencia de especiales del Estado, garantizando así la existencia de cuidados alternativos para ellos<sup>221</sup>.

El reconocimiento del niño y adolescente como sujeto de Derechos en la Convención viene a representar lo que se denomina la Doctrina de la Protección Integral. Hasta antes de la Convención, la llamada Doctrina de la Situación Irregular era la que imperaba en lo relacionado a la protección de los niños y adolescentes. Esta doctrina entendía que aquellos niños y adolescentes en desamparo, abandono o que habían cometido alguna infracción penal estaban automáticamente en riesgo, es decir, en una situación irregular y, por tanto, requerían una acción directa del Estado que le otorgaba una protección jurídica diferenciada destinada mayormente a la prevención de futuras infracciones.

Tal necesidad de prevención justificaba medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares para evitar el surgimiento de posibles infractores<sup>222</sup>. Es decir, las medidas eran vistas como necesarias para la defensa de la sociedad frente a estos niños que por sus circunstancias eran considerados peligrosas o destinadas a ser infractores penales. Siendo así, la medida privilegiada de protección era la institucionalización.

Los niños eran sólo objetos de tutela, incapaces, menores, y, por tanto, no tenían derechos reconocidos a diferencia de los adultos por lo que cualquier medida tomada no tenía mayores límites que lo discrecionalmente se entendía como necesario para ellos. Eran los niños y adolescentes los que estaban en situación irregular, y no sus circunstancias.

---

<sup>220</sup> Artículo 19: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

<sup>221</sup> Artículo 20 - 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

<sup>222</sup> BELOFF, Mary. "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar". Justicia y Derechos del Niño. UNICEF- Chile y Ministerio de Justicia de Chile. 1999. p. 18.

La Doctrina de la Protección Integral cambia esta perspectiva al tener como fundamento que los niños y adolescentes, al igual que los adultos, son sujetos derechos y de estar en una situación de desamparo, es el Estado llamado a restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado mediante los mecanismos y procesos correspondientes<sup>223</sup>.

Si existe algún tipo de irregularidad se encuentra en la familia, comunidad o Estado, no en los niños y adolescentes<sup>224</sup>. La protección es de todos los niños y adolescentes y no sólo de aquellos que se consideraban “en riesgo”. Las intervenciones estatales no son discrecionales, sino que deben darse en pleno respeto de los derechos de los niños y adolescentes. Este cambio de paradigma hace evidente que no privilegia a la institucionalización como medida de protección ya que vivir en un ambiente familiar es lo que se considera más favorable para los intereses de los niños y adolescentes.

### 1. Derecho a vivir en familia.

El derecho a vivir en una familia es un derecho humano contenido en el Preámbulo<sup>225</sup> y el primer párrafo del artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>226</sup>. Nuestra Constitución no lo llega a llamar propiamente “derecho” en el artículo 4<sup>227</sup> pero sí establece que la familia es una institución constitucionalmente protegida. El artículo 3<sup>228</sup> del mismo cuerpo normativo-cláusula de los derechos no enumerados- el derecho a vivir en familia entra dentro del bloque constitucional y forma parte de nuestro ordenamiento según lo ordenado por el artículo 55<sup>229</sup> del mismo cuerpo legal.

---

<sup>223</sup> Ídem. p. 19

<sup>224</sup> Ibídem

<sup>225</sup> “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

<sup>226</sup> Artículo 9 (1): Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

<sup>227</sup> 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. (...) (Resaltado propio).

<sup>228</sup> Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

<sup>229</sup> Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Además, de acuerdo a lo exigido por la Cuarta Disposición Transitoria<sup>230</sup> al ser la Convención de los Derechos del Niño un Tratado de Derechos Humanos ha de ser usado para interpretar los derechos de los niños dentro de nuestro ordenamiento. Así, no cabe duda que el derecho a vivir en familia es un derecho fundamental y, por tanto, tiene la protección especial con la que cuenta todo derecho constitucional.

De la misma forma lo ha interpretado el Tribunal Constitucional al sostener en numerosas sentencias<sup>231</sup> que el derecho a vivir en familia tiene como fin que los niños y adolescentes lleguen a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas por ser la familia el instituto básico de la sociedad. A su vez, este derecho va de la mano con el derecho del niño y adolescente a no ser separado de su familia a menos que una autoridad competente juzgue que responde a su interés superior (artículo 9 - Convención de los Derechos del Niño).

Siguiendo esta línea, el Código de los Niños y adolescentes estipula en el artículo 8<sup>232</sup> que el niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. Además, menciona el deber de los padres de velar por que sus hijos puedan desarrollarse integralmente.

El Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004 – 2011<sup>233</sup> reafirma la necesidad de respetar este derecho y puntualiza que cuando el niño y adolescente no pueda vivir con su familia nuclear o extendida, debe buscarse la reinserción familiar mediante la colocación familiar y la adopción, evitando la institucionalización.

El Tribunal Constitucional estableció en la sentencia del Exp. N° 01817-2009-PHC/TC que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia y es manifestación del derecho del niño y adolescente a tener una familia y no ser separado de ella<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup>Cuarta Disposición Transitoria. 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.

<sup>231</sup> Exp. N.º 2165-2002-HC/TC. Lima. (14 de octubre de 2002); Exp. N.º 2868-2004-AA/TC (24 de noviembre del 2004); Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC. Lima. (7 de octubre del 2009); Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC. Lima. (7 de octubre del 2009). Exp. N.º 02892-2010-PHC/TC. Lima (6 de diciembre de 2010), entre otras.

<sup>232</sup> Artículo 8.- El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

<sup>233</sup> Decreto Supremo N° 005-2004-MIMDES.

<sup>234</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. p. 15.

Coincidimos con UNICEF al considerar que este derecho obliga al Estado a garantizar que todo niño y adolescente viva en familia, en un entorno adecuado y armónico para su desarrollo integral<sup>235</sup>. Implica también una adecuada atención en sus derechos básicos a la salud, nutrición y educación y generar lazos afectivos con la familia que favorezcan el desarrollo de su personalidad, su identidad, autoestima, seguridad y autonomía, posibilitando la construcción de habilidades sociales para la vida<sup>236</sup>.

Vinculado a esto está el artículo 27 de la Convención que reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y señala la responsabilidad primordial de los padres u otras personas encargadas del niño de proporcionar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo.

En el plano infraconstitucional, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337) en el artículo 8<sup>237</sup> consagra el derecho a vivir, crecer y a desarrollarse en el seno de una familia y a no ser separado sino por circunstancias excepcionales y como medida de protección.

Por otro lado, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP establece en su principio No. 6<sup>238</sup> que la familia es la institución fundamental para el desarrollo de las personas y, por tanto, ha de ser respetada. Así también lo estableció el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004 – 2011 (aún no renovado) aprobado por el Decreto Supremo 005-2004-MIMDES en el que se reconocía a la familia como un derecho esencial y espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros<sup>239</sup>.

Como lo señala el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo antes mencionado, los niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y crecer dentro de su familia pero ante la imposibilidad de hacerlo, tienen derecho a vivir en un ambiente familiar adecuado. Por tanto, el Estado tiene el deber de desarrollar alternativas que favorezcan la reinserción

---

8. UNICEF e INEI. “Estado de la Niñez en el Perú”. 2011. p. 124

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> Artículo 8: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.

<sup>238</sup> PLAN NACIONAL DE APOYO A LA FAMILIA 2012-2021. Principios Rectores. p. 16.

<sup>239</sup> *Ídem*. pp. 16- 17.

familiar en primer lugar y, de no ser posible, opciones que ofrezcan al niño y adolescente la posibilidad de vivir en familia.

## 2. Deber de asistencia estatal a los padres.

Siendo que familia es considerada la institución fundamental de la sociedad, su protección es esencial y los esfuerzos estatales deben ir en la dirección de promover y asistir la crianza responsable de sus hijos.

Así lo reconocen diversos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 10 establece la necesidad de brindarle a la familia la “más amplia protección y asistencias posibles especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”. De esta misma forma se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se pronuncia al respecto<sup>240</sup> y el Comité de Derechos Humanos ahonda esto en su Observación General No. 17<sup>241</sup> al señalar que la obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia (entendida en un sentido amplio, de acuerdo a lo entendido por cada sociedad en particular y, sobre todo, en los padres,) la sociedad y el Estado.

De manera más específica, el artículo 3, párrafo 2 de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados deben asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres y con este fin ha de tomar las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

De la mano con esta obligación, el artículo 18<sup>242</sup> reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en cuanto a la crianza y desarrollo del niño o adolescente y,

---

<sup>240</sup> Artículo 23: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...).

<sup>241</sup> Observación General No. 17. Comentarios Generales por el Comité de los Derechos Humanos, art. 24 – derechos del niño. 35º período de sesiones. 1989.

<sup>242</sup> 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.



además, son responsables de la crianza y el desarrollo del niño, debiendo ser su preocupación principal el interés superior del niño.

A su vez, este artículo coloca al Estado en condición de garante y promotor de los derechos contenidos en la Convención y le impone la obligación de asistir a los padres o representantes legales, según sea el caso, para el desempeño de sus funciones en lo referido a la crianza del niño y adolescente. Para este fin deberá crear instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

En el Manual de Implementación de la Convención se menciona que la asistencia del Estado debe realizarse cuando los padres no pueden llevar a cabo sus responsabilidades, sin importar si esto culpa suya. El Estado está llamado a asistir a las familias identificadas como en riesgo de disolverse a través de medidas prácticas como los beneficios financieros, alojamiento, hogares de guarda, asesoramiento, etc.<sup>243</sup> Sin embargo, el Estado tiene el deber de apoyar no sólo a las familias “en riesgo” sino a todas. De ahí que se aconseje la prestación de servicios de asistencia universales, es decir, para todo aquel que lo requiera<sup>244</sup>.

El tercer párrafo del artículo 27 de la Convención señala que el Estado, de acuerdo a sus posibilidades, debe adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres, y a otras personas responsables, a poder dar un estándar adecuado de vida a los niños y adolescentes bajo su cuidado. Así, cuando sea necesario, los asistirá materialmente o mediante programas de apoyo, particularmente en cuanto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Sobre el particular, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su artículo 11 que toda persona (incluyendo evidentemente a los niños y adolescentes) tiene derecho a un adecuado estándar de vida, que incluye alimentación, vestido y alojamiento y que el Estado debe tomar las medidas apropiadas para asegurar la realización de este derecho.

El Comité de Derechos Económicos y Sociales en una Observación General ha ahondado en este tema y si bien acepta que no todos los países están en las mismas condiciones de hacer cumplir estos derechos completamente, sí existe la obligación de dirigirse lo más rápido y

---

<sup>243</sup> UNICEF. “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”. 2007. p. 237.

<sup>244</sup> Ídem. p. 238.

efectivamente posible hacia tal fin. Por tanto, no se pueden admitir medidas que retrocedan en cuanto a estándares de protección<sup>245</sup>.

Así también ha dejado sentado que sí existe un núcleo de protección para asegurar la satisfacción de estos siquiera en una mínima medida a pesar de la característica progresiva de los derechos sociales. Es por esto que un Estado en el que un número significativo de individuos se vean privados de los tres puntos mencionados también en el artículo 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño: *alimentos, cuidados de salud o alojamiento básicos*, así como de las formas más elementales de educación no está cumpliendo con las obligaciones existentes a partir de este Pacto<sup>246</sup>. Para demostrar que no se contravienen estos derechos el Estado deberá poder probar que utiliza sus recursos de la mejor forma posible para cumplir con los mismos.

Si bien la Convención es bastante particular al mencionar que la obligación de asistencia de los Estados está dada dentro de sus posibilidades y medios, no puede dejarse de lado lo señalado por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales al establecer el mínimo de cumplimiento requerido por cada Estado. La obligación no desaparece simplemente porque no se delimite el tipo de asistencia a la que está obligada el Estado.

De lo visto hasta ahora se hace evidente entonces que el Estado debe prever y ejecutar medidas de protección en pro de que los niños y adolescentes sean criados dentro de su familia y, de no ser posible, ha de favorecer medidas que ofrezcan al niño y adolescente un ambiente familiar.

Las actuales condiciones en las que viven muchos niños y adolescentes privados de cuidado parental o en riesgo de perderlo en la actualidad evidencian que en nuestro país no se está

---

<sup>245</sup> Observación General No 3. La naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte (Artículo 2, párrafo 1). Quinta sesión. 1990. Párrafo 10. El texto original, que no cuenta con traducción oficial, es el siguiente: “10. *On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps "to the maximum of its available resources". In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations*”.

<sup>246</sup> *Ibidem*

cumpliendo adecuadamente los mandatos que a los que las normas internacionales nos obligan.

## **II. Niños y adolescentes privados de cuidado parental y familiar o en riesgo de perderlo.**

La vulnerabilidad propia de la falta de maduración de los niños y adolescentes se ve acrecentada cuando por diversos motivos estos no cuentan con el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderlo. Esta situación los expone a la pobreza, discriminación y exclusión, y los hace presa fácil del abuso, explotación y el abandono<sup>247</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 7<sup>248</sup> señala las consecuencias adversas que la pobreza y privación tiene en los niños y adolescentes. Crecer en medio de la pobreza socava el bienestar de los niños y adolescentes, la inclusión social y la autoestima, así como también reduce sus oportunidades para aprender y desarrollarse.

En el informe realizado por Aldeas Infantiles SOS al respecto en América Latina, se señaló la existencia de una profunda desigualdad económica y social en la región. Tal desigualdad viene a ser la principal causa de que muchos niños y adolescentes pierdan el cuidado de sus padres<sup>249</sup>. La existencia de índices de pobreza altos entre la población global de los países y más aún entre los niños y adolescentes se evidencia en nuestro país al tener que más del 60% de nuestros niños y adolescentes viven en condición de pobreza<sup>250</sup>. Los sectores pobres, además, ven recrudescida su situación debido a que el acceso a los servicios públicos como la educación, salud y vivienda que el Estado debe garantizar es de por sí limitado.

Entre las condiciones que padecen los niños y adolescentes en condición de pobreza y en riesgo de perder el cuidado parental se menciona la concentración de demográfica en zonas suburbanas, la orfandad, la vida en familias monoparentales, el embarazo adolescente, la dificultad en el acceso a la salud y educación, el trabajo infantil y/o la explotación sexual y comercial, el consumo de drogas, la violencia intrafamiliar, el conflicto con la ley, la indigencia, entre otras<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> ALDEAS INFANTILES y RELAF. “Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América Latina”. 2011. P.5

<sup>248</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General No. 7. 2005. CRC/C/gc/7/Rev.1. Párrafo 26.

<sup>249</sup> Ídem. p. 8

<sup>250</sup> INEI. Loc. Cit.

<sup>251</sup> ALDEAS INFANTILES y RELAF. Óp. Cit. pp. 8-13

Si bien hoy en día existen muchos niños y adolescentes que se encuentran separados de sus padres y que cuentan con cuidados de formales (a través de programas estatales) o informales (cuando los mismos padres buscan una alternativa de cuidado de sus hijos sin recurrir al Estado), la realidad es que también existen niños en las calles carentes de todo tipo de protección.

Ante esta situación de carencia de cuidado parental, los Estados responden teniendo previstas una serie de medidas de protección, siendo la más comúnmente usada la institucionalización del niño o adolescente. Sin embargo, como lo enfatizó en su momento el Comité de los Derechos del Niño en su Discusión General sobre los Niños sin Cuidado Parental, los Estados deben desarrollar, adoptar e implementar, en colaboración con la sociedad civil (es decir, organizaciones no gubernamentales, comunidades, familias y niños) una política nacional comprehensiva que apoye y afiance a la familia<sup>252</sup>.

Este apoyo no debe limitarse a subsidios y asistencia material para las familias que pasan necesidades sino que deben crearse planes que engloben medidas sobre educación y alojamiento adecuado<sup>253</sup>. Así, los recursos deben ir hacia la asignación de recursos para el apoyo de los padres antes que elegir la separación<sup>254</sup>.

## 1. Obligación de protección a niños y adolescentes en situación de abandono

Los obligados a otorgar protección a los niños y adolescentes son el Estado, la familia y la comunidad. Así lo establece el artículo 24 inciso 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles<sup>255</sup>, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador<sup>256</sup> y los artículos 3, 4 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien las responsabilidades son diferentes de acuerdo al sujeto obligado, se puede afirmar que la Convención defiende el concepto de la corresponsabilidad entre la familia, la comunidad y el Estado.

<sup>252</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Sesión No. 40. CRC/C/153. Marzo de 2006. Párrafo 645

<sup>253</sup> *Ibidem*

<sup>254</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Sesión No. 40. Óp. Cit. Párrafo 646

<sup>255</sup> Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (...).

<sup>256</sup> Artículo 16. Derecho de la Niñez: Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

En el plano nacional, Nuestra Constitución en el artículo 4 reconoce que tiene una obligación especial de protección a los niños y adolescentes que se encuentran en situación de abandono<sup>257</sup>.

El Estado tiene una función general de dirigir las políticas públicas de protección de los menores y de protección subsidiaria cuando los padres o representantes legales no llegan a cumplir con su rol de principales protectores del niño o adolescente. Así, debe intervenir a través de diversas medidas (legislativas, administrativas, presupuestarias, de promoción, etc.<sup>258</sup>) que hagan que los derechos de los niños y adolescentes sean efectivizados.

Anteriormente se mencionó que los padres tienen el derecho y la obligación de ocuparse de la crianza y el desarrollo adecuado de sus hijos. Por tanto, el Estado debe respetar la autonomía familiar al no invadir esta esfera ilegítimamente y debe incluso asistir y proteger a la familia con el fin de que los niños y adolescentes se críen dentro de ésta.

Sólo en casos excepcionales en los cuales los derechos de los niños y adolescentes estén siendo vulnerados, como es el caso del abuso infantil, el desamparo o el abandono de los niños podrá el Estado intervenir en la esfera familiar mediante medidas que busquen la protección del niño o adolescente garantizando su interés superior al hacer efectivo el respeto de sus derechos humanos.

## **2. Situación de abandono.**

### **A. Definición.**

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

El Código de los Niños y Adolescentes también lo regula en el Capítulo IX, cuyo nombre es “Medidas de protección al niño y adolescente en presunto estado de abandono”. De la misma

---

<sup>257</sup> Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio: 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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

<sup>258</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo”. Informe Defensorial No. 50. 2010. p. 137.

forma lo hace el Decreto Supremo 0011-2005-MIMDES, norma que reglamenta este capítulo y el X del código en mención.

En el Informe No. 153 de la Defensoría del Pueblo se define al abandono como:

“El descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de las personas responsable de su cuidado que tiene como presupuesto indispensable la consiguiente carencia de soporte familiar sumada a la existencia de situaciones que afectan gravemente, en cada caso concreto, al desarrollo integral de un niño, niña y adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales”<sup>259</sup>.

A partir del análisis de las causales de abandono que permiten a un juez declarar a un niño o adolescente en estado de abandono puede entenderse que en nuestro ordenamiento el abandono está relacionado con dos presupuestos: la carencia de soporte familiar y la existencia de situaciones que afectan el desarrollo integral de un niño que le impide el goce y ejercicios de sus derechos<sup>260</sup>.

Debido a la vulnerabilidad acrecentada que el niño y adolescente vive al sufrir este descuido o desamparo, el Estado está en la obligación de tomar una serie de medidas de protección para lograr que el niño o adolescente pueda eventualmente reinsertarse en su familia o vivir en un ambiente familiar adecuado.

Como se comentó al comenzar este capítulo, la Doctrina de la Situación Irregular justificaba intervenciones estatales que buscaba controlar a niños y adolescentes que por su condición de abandono eran considerados candidatos a cometer conductas delictivas. Así, los niños y adolescente eran comúnmente enviados a vivir en una institución pública y los padres eran sancionados con la pérdida de la patria potestad<sup>261</sup>. Bajo esta perspectiva, las causas detrás del abandono no eran debidamente investigadas y abordadas lo que hacía casi imposible que los vínculos familiares pudieran retomarse con el tiempo.

La Doctrina de la Protección Integral exige que las causas del abandono sean identificadas y se reconozca la irregularidad de las circunstancias que atentan contra los derechos del niño y adolescente, en contraposición a la errada concepción de la irregularidad del niño o adolescente, y sean afrontadas de forma que los derechos de estos sean restituidos. Esto no significa más que si un niño se ve privado de su derecho de vivir en familia los esfuerzos

---

<sup>259</sup> Ídem. p. 151.

<sup>260</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención”. Informe Defensorial No. 153. 2011. p. 39.

<sup>261</sup> Ídem. p. 43.

deben ir hacia hacer posible que pueda volver a vivir con su familia y, de ser imposible, viva en un ambiente familiar adecuado.

A partir de esto puede hacerse una diferenciación clara entre lo que es una situación de riesgo y la situación de abandono ya que por su naturaleza distinta requieren una respuesta estatal distinta. El riesgo implica la posibilidad de la existencia de un daño y se aplica a los casos en que, por ejemplo, los niños viven en circunstancias que hacen pensar que podrían perder el cuidado parental. Esto lleva a pensar que la acción estatal debe estar destinada a prevenir esta posible pérdida mediante medidas de apoyo directo a los padres con el fin de que puedan cumplir adecuadamente con sus responsabilidades de crianza.

Los niños que se encuentran en estado de abandono, entonces, son niños que ya viven la privación de sus derechos y, por tanto, requieren medidas destinadas a su protección<sup>262</sup>.

## B. Causales de abandono

El artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes regula las causales por las que un juez puede declarar a un niño o adolescente en estado de abandono. Estas son: Que:

- a) Sea expósito;
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre en total desamparo.

El artículo también resalta que la pobreza o carencia de recursos no es razón para declarar a un niño en estado de abandono. Se entiende que esto responde a que las carencias

---

<sup>262</sup> Ídem. p. 46

económicas deben ser paliadas por el Estado mediante programas de asistencia antes que medidas que pudieran implicar la separación del niño o adolescente de sus padres.

En este sentido se pronuncia también las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños en su párrafo 15 al establecer que la pobreza económica o material no puede ser la única justificación para separar a un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en un cuidado alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar sino que debe considerarse un indicio de la necesidad de proporcionar el apoyo necesario a la familia.

Estas causales son taxativas y responden al comportamiento inadecuado de los padres o de aquellos responsables del cuidado de los niños y adolescentes. Si bien las causales son taxativas, el inciso f) que incluye el “total desamparo” es lo suficientemente vaga como para resultar ser un cajón de sastre para aquellas circunstancias que no implican dolo de parte de los responsables de los niños y adolescentes en concordancia con el párrafo 14 de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

### **C. El estado de desprotección en el proyecto de ley del nuevo código de los niños, niñas y adolescentes.**

El 12 de marzo del año en curso la Comisión Especial Revisora del Código del Niño, Niña y Adolescente, presentó en Audiencia Pública el anteproyecto de este código, fruto de 48 sesiones y 22 exposiciones de expertos en el tema.

Este proyecto propone un cambio de terminología en cuanto al hasta ahora estado de abandono. Se habla del “estado de desprotección” y el artículo 221 de este proyecto define este estado como:

Artículo 221°.- Estado de Desprotección Familiar

Es la situación producida por la carencia o incumplimiento de los deberes de los padres, responsables, familia ampliada o referente familiar, en perjuicio de un niño, niña o adolescente, exponiéndoseles a una situación de riesgo y vulnerabilidad.

Se considera que éste es un avance pues como se comentó anteriormente el Código de los Niños y Adolescentes vigente no define la situación de abandono. En este proyecto se ha decidido recalcar que un niño se encuentra en estado de desprotección cuando sus padres, los responsables, la familia ampliada o un referente familiar no cumplen con sus deberes de cuidado exponiendo a los niños a una situación de riesgo y vulnerabilidad.



### III. Respuesta tutelar del Estado Peruano.

#### 1. Investigación Tutelar.

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

De acuerdo al artículo 2 del Decreto Supremo 011-2005-MIMDES el procedimiento de investigación tutelar es el conjunto de actos y diligencias tramitadas administrativamente que tienen como fin la *verificación* de la situación de estado de abandono de acuerdo a las causales ya vistas anteriormente y, de comprobarse tal situación, se dictarán las medidas de protección pertinentes.

Según el Código de los Niños y Adolescentes<sup>263</sup>, la investigación tutelar es de tipo administrativa. Está a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables<sup>264</sup>, a través de la Dirección de Investigación Tutelar adscrita a la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes. Estas funciones previamente las desempeñó la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar del INABIF<sup>265</sup>.

No obstante, la Ley 28330<sup>266</sup> del año 2004 dispuso que la instancia administrativa iría asumiendo progresivamente esta competencia y que hasta lograrlo en su totalidad el Poder Judicial seguiría teniendo la competencia de las investigaciones tutelares de los procesos que no hayan sido transferidos a la vía administrativa.

---

<sup>263</sup> Artículo 29.- El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) como ente rector del Sistema: (...)  
c) Abre investigaciones tutelares a niños y adolescentes en situación de abandono y aplica las medidas correspondientes (...).

<sup>264</sup> Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. DECRETO SUPREMO 003-2012-MIMP.

<sup>265</sup> DECRETO SUPREMO 011-2005-MIMDES. Artículo 3: De la Instancia Administrativa: Es competente para conocer el Procedimiento de Investigación Tutelar, el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, que en adelante se denomina INABIF, el cual dirige la investigación tutelar de acuerdo a las funciones que le asignan el Código y el presente Reglamento. El Procedimiento de Investigación Tutelar a cargo del INABIF, se rige por el Principio de Protección Integral del Niño o Adolescente y el Principio de Interés Superior del Niño, a quien se reconoce como sujeto de derechos.

<sup>266</sup> Quinta Disposición Transitoria y Final: El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES asumirá competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva a partir de los noventa (90) días hábiles de entrada en vigencia del reglamento de la presente Ley y de acuerdo con sus disposiciones. El Poder Judicial continuará asumiendo la competencia de las investigaciones tutelares, respecto de los procesos que no sean transferidos, de acuerdo a lo que establezca el reglamento de la presente Ley.

De acuerdo a la Resolución Administrativa N° 344-2011-SJ-PJ de la Corte Suprema, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en conformidad con la acción estratégica mencionada en el Plan Nacional de Apoyo a la Familia, Decreto Supremo N° 005-2004-Mimdes, debía asumir la totalidad de las investigaciones tutelares en el año 2011<sup>267</sup>. Sin embargo, esta meta no se ha logrado a la fecha y que la instancia administrativa sólo ha asumido la materia tutelar en los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao<sup>268</sup>.

Los casos de materia tutelar iniciados antes de lo dispuesto por la ley 28330 son llevados desde el año 2008 por los Juzgados Transitorios de Familia Tutelar. Las investigaciones realizadas en estos procesos suelen demorar varios años<sup>269</sup> pues se hace uso de los asistentes sociales y psicólogos que forman parte del equipo multidisciplinario que trabaja para toda la Corte Superior de Lima. Por otro lado, si bien el objetivo de hacer que la Investigación Tutelar fuera realizada en vía administrativa era que se realizase más expeditivamente (se tuvo un objetivo inicial de 6 meses) en la realidad esto no se comprobó. Téngase en cuenta que en el primer semestre de funcionamiento de la UGIT en el 2006 debió realizar 500 investigaciones tutelares, en la práctica sólo llevó a cabo 8<sup>270</sup>.

Luego de terminada la investigación la misma es enviada al Fiscal de Familia para su evaluación y, de ser aprobada, el Juez pasa a declarar el estado de abandono del niño o adolescente.

El procedimiento de investigación tutelar realizado por la Dirección de Investigación Tutelar se inicia mediante un informe policial o una denuncia de parte, o también cuando los responsables de establecimientos de asistencia social o de salud informan a la autoridad competente en un plazo de 72 horas desde que tuvieron conocimiento del presunto estado de abandono de un niño o adolescente<sup>271</sup>. Además, cualquier persona puede hacer de

<sup>267</sup> DIARIO OFICIAL EL PERUANO. "Judicatura seguirá a cargo de la investigación tutelar". Publicación del 2/10/2011. En:

<http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia.aspx?key=ELYSiAV/Itw=>

<sup>268</sup> DEFENSORÍA DE PUEBLO. Informe Defensorial No. 153. Óp. Cit. p. 98.

<sup>269</sup> OYARZU, Bennett. "L'adoption entre La France et le Perou dans Le cadre de la Convention de la Haye du 29 Mai 1993". Tesis para la obtención del doctorado por la Universidad de Lyon, Francia. 2012.

<sup>270</sup> Ídem. p. 305.

<sup>271</sup> CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. Artículo 244.- Obligación de informar: Los responsables de los establecimientos de asistencia social y/o de salud, públicos o privados, están obligados a informar al órgano competente de las investigaciones tutelares del MIMDES sobre los niños y/o adolescentes que se encuentran en presunto estado de abandono en un plazo máximo de setenta y dos (72) horas de tener conocimiento del hecho".

Artículo 245.- Investigación tutelar.- El PROMUDEH, al tomar conocimiento, mediante informe policial o denuncia de parte, que un niño o adolescente se encuentra en algunas de las causales de abandono, abrirá investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia y dispondrá en forma provisional las medidas de

conocimiento de la autoridad que existe tal situación pues es el deber de protección de los niños adolescentes le corresponde a la comunidad y al Estado<sup>272</sup>.

Luego de recibida la denuncia de parte o el informe policial, la Dirección de Investigación Tutelar tiene un día para expedir una resolución en la que se decide abrir la investigación o deniega la misma, motivando debidamente su decisión<sup>273</sup>. Debe, a su vez, notificarse la resolución de inicio al Fiscal Provincial de Familia o Mixto, se haya abierto la investigación en sede administrativa o judicial.

La Resolución Administrativa que dispone abrir la Investigación Tutelar debe contener<sup>274</sup>:

- a. El resumen de la forma y circunstancia en que se originó el presunto estado de abandono, así como los datos de identificación del niño o adolescente.
- b. Las causales de abandono que dan lugar a la investigación
- c. Las medidas provisionales de protección
- d. Las diligencias que deberán actuarse para determinar el estado de abandono
- e. Las diligencias para obtener la Constancia de Nacimiento.

Las medidas provisionales de protección están enumeradas en el artículo 22 del Decreto Supremo 011-2002-MIMDES y son<sup>275</sup>:

- a. El cuidado en el propio hogar;
- b. La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y,
- d. Atención integral en un Establecimiento de Protección Especial.

Estas medidas son de tipo *numerus clausus* y suponen el diseño e implementación de planes y/o estrategias de intervención socio-familiar, previo diagnóstico preliminar con el fin de brindar protección y cuidado urgente, buscando siempre la recomposición de los vínculos familiares<sup>276</sup>.

La norma no incluye guía alguna para la elección de una medida sobre otra, dejándose a criterio del ente administrativo o el juez elegir la que considera satisface el interés superior del niño o adolescente en cuestión. No obstante, el mismo artículo menciona que se ha de tener como prioridad del fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios así como el tratamiento de los casos como problemas humanos.

---

protección pertinentes. El PROMUDEH podrá autorizar a instituciones públicas o privadas especializadas a realizar investigaciones tutelares.

<sup>272</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No. 153. p. 95.

<sup>273</sup> Decreto Supremo 011-2005-MIMDES. Artículo 6.

<sup>274</sup> INABIF. Instructivo Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar. 2011. p. 9.

<sup>276</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No. 153. Óp. Cit. p. 104.

Como se verá en el próximo apartado, estas medidas son casi las mismas que las medidas especiales de protección contenidas en el artículo 243 a excepción de la adopción que por su carácter permanente es entendible no deba ser una medida transitoria.

En cuanto a lo que implica la investigación tutelar, durante ésta se realizan una serie de diligencias que buscan evaluar la salud, integridad física y psicológica y la situación socio-familiar, etc. del niño o adolescente.

Las distintas diligencias están incluidas en el capítulo II del Decreto Supremo 011-2005-MIMDES y de acuerdo al mismo informe de la Defensoría del Pueblo puede ser agrupado en dos tipos: aquellas diligencias cuyo fin es la identificación del niño o adolescente, los exámenes y/o evaluaciones médico-legales que deben llevarse a cabo para evaluar la situación del niño y adolescente, las diligencias relativas a antecedentes patológicos y de riesgo, otras dirigidas a la evaluar la realidad socio-familiar del niño o adolescente, las diligencias orientadas a la búsqueda, ubicación e identificación de los familiares del niño o adolescente y las declaraciones de los niños y adolescentes y sus familiares<sup>277</sup>.

En los casos que el ente administrativo es el encargado de la investigación tutelar está conminado por el artículo 30 del Decreto Supremo 011-2005-MIMDES y el artículo 249 del Código del Niño y Adolescente a realizar un informe final con las conclusiones de la investigación tutelar una vez terminadas las diligencias, debiendo remitir el expediente al juez competente en un plazo no mayor de 1 día hábil.

En los lugares en los que el procedimiento de investigación tutelar es realizado por los Jueces de Familia o Mixtos, son ellos los que deciden cuál es la medida de protección a tomarse sin la participación de la Dirección de Investigación Tutelar y, por tanto, el informe final antes mencionado no se lleva a cabo.

Si bien existen plazos para los informes, la remisión de documentos y la realización de diligencias, no existe un plazo establecido o máximo para llevar a cabo la investigación tutelar. Esta falta de plazos y las dilaciones propias de la carga procesal hacen que muchos niños y adolescentes tengan una estadía indefinida en un CAR. Al respecto surgen las alternativas de otorgar preferencia a los procesos de abandono en relación con otros vistos en los juzgados o incluso la necesidad de crear tribunales especiales para estos casos. Sin embargo, estas ideas no han tenido acogida aún en nuestro país.

---

<sup>277</sup> Ídem. pp. 104-109.

Una vez que el juez ha comprobado que las diligencias ordenadas por ley fueron realizadas por la Dirección de Investigación Tutelar, el juez remitirá el expediente al Fiscal competente con el fin de que emita su dictamen en plazo no mayor de 5 días<sup>278</sup>. Una vez emitido el dictamen favorable, el juez se pronunciará sobre el estado de abandono del niño o adolescente en un plazo no mayor de 15 días.

La declaración judicial de abandono tiene el efecto inmediato de la pérdida de la patria potestad de los padres<sup>279</sup> y, por tanto, el niño o adolescentes es pasible de ser adoptado. Lo que automáticamente nos preguntamos es quién tiene la patria potestad o tutela de un niño judicialmente declarado en abandono aún no adoptado.

Sorprendentemente nuestro ordenamiento no contempla esta situación. Es claro que el Estado tiene la obligación de proteger y asistir al niño o adolescente en situación de abandono pero no se señala si la patria potestad recaerá en la institución o las personas que lo tienen acogido.

## 2. Medidas especiales de protección.

Las medidas de protección son las acciones estatales que el Estado realiza con el fin de compensar carencias materiales y afectivas que sufren los niños y adolescentes que tienen como finalidad el cese de su desprotección o vulneración de derechos generada por la inexistencia de familia o por la desestructuración familiar<sup>280</sup>. De manera general puede decirse que las medidas de protección se guían por los principios de mínima intervención, subsidiariedad y temporalidad<sup>281</sup>, los mismos que garantizan que el niño o adolescente debe permanecer dentro de su familia y que el Estado no pueda intervenir salvo circunstancias graves que vayan en contra de su interés superior y que ameriten la separación. Tal separación necesariamente ha de tener límites temporales pues la tendencia es a afianzar los vínculos familiares.

En nuestro país, las medidas de protección se dan en el marco de la Investigación Tutelar llevada a cabo por la Dirección de Investigación Tutelar.

---

<sup>278</sup> Ídem. Artículo 33.

<sup>279</sup> Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 77: La Patria Potestad se extingue o pierde: (...) c) Por declaración judicial de abandono (...).

<sup>280</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No. 150. Óp. Cit. p. 153.

<sup>281</sup> Ídem. p. 163.

El artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes contiene los tipos de medidas de protección que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables puede aplicar al niño y adolescente cuando estos lo requieran. Así el artículo contiene las siguientes medidas:

- a. El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;
- b. La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;
- d. Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y,
- e. Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

Como se puede ver, las tres últimas medidas de protección implican la separación del niño y adolescente de sus padres. Siendo la adopción la medida que implica una separación de carácter definitiva.

De la lectura del artículo puede concluirse que las medidas no sólo conciernen a los niños o adolescentes sino a su familia, lo cual es concordante con el artículo VI<sup>282</sup> del Título Preliminar del código y el artículo 252<sup>283</sup>. Esto no hace más responder al principio de que las medidas de protección tienen como fin primordial la reinserción del niño o adolescente en su familia o en un ambiente familiar.

Al respecto, es pertinente mencionar al artículo 9 numeral 1 de la Convención de Derechos del Niño estipula que:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Este artículo contiene obligaciones primordiales para el Estado: los niños no deben ser separados de sus padres a menos que eso responda a su interés superior y, toda decisión de separarlos como medida de protección deberá ser tomada por autoridades competentes, a

---

<sup>282</sup> Título Preliminar. Artículo VI.- Extensión del ámbito de aplicación.- El presente Código reconoce que la obligación de atención al niño y al adolescente se extiende a la madre y a la familia del mismo.

<sup>283</sup> Artículo 252.- Familia.- En la aplicación de las medidas de protección señaladas se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

reserva de revisión judicial, a través de un procedimiento con todas las garantías de sus derechos.

El Manual de Implementación de la Convención<sup>284</sup> desarrolla que el Estado debe estar en condiciones de demostrar que las autoridades competentes son genuinamente capaces de considerar el interés superior del niño o adolescentes, lo cual presupone cierto grado de flexibilidad a la hora de decidir. Se entiende entonces que cualquier dogma inflexible que defina qué es lo que responde al interés superior de los niños en todos los casos (por ejemplo, que la edad de los niños determine siempre con cuál de los padres ha de vivir el niño) resulta potencialmente discriminatoria y abiertamente contrario a la Convención.

La frase “a reserva de revisión judicial” implica que los Estados parte de este tratado no deben separar a los niños y adolescentes de sus padres sin un proceso o revisión judicial por no ser compatible con los derechos del niño o adolescente. En este sentido el Comité de los Derechos del Niño ha señalado a países como Nicaragua y Líbano que deben establecer cortes especializadas de familia con jueces y demás funcionarios entrenados<sup>285</sup>.

En el Perú contamos con una figura híbrida. Una entidad administrativa como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través de INABIF, es la llamada a aplicar estas medidas en el marco de una investigación tutelar. Sin embargo, es el juez el encargado de declarar al niño en estado de abandono, de ser necesario. Esto puede estar justificado pues se considera que los entes administrativos trabajan con mayor rapidez que el Poder Judicial. No obstante, estamos frente a una abierta contravención a la Convención.

Por otro lado, la rapidez en los procesos es asumida un componente necesario de la revisión judicial<sup>286</sup>. De esta manera, las demoras en los procesos devienen en contrarias al interés superior de los niños y adolescentes.

A su vez, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños señalan que los Estados deben apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, debe encontrarse una solución apropiada y **permanente** como puede ser la adopción.

Por tanto, es claro que se establece que el niño y adolescente se ve beneficiado por la pertenencia a un ambiente familiar permanente antes que el hacinamiento dentro de instituciones.

---

<sup>284</sup> UNICEF. 2007. Óp. Cit. p. 128.

<sup>285</sup> Ídem. p. 129.

<sup>286</sup> Ibídem

El artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño también está relacionado a las medidas de protección. Nos dice:

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

En este artículo se establece el derecho de los niños y adolescentes que temporal o permanentemente no viven con su familia a la protección y asistencia especial del Estado. El Comité de Derechos Humanos en la Discusión General sobre los niños y adolescentes sin cuidado parental<sup>287</sup> destaca el rol del Estado en la prevención de la institucionalización y la separación innecesaria de los niños y padres.

Los niños y adolescentes que no pueden ser criados por sus padres muchas veces tienen necesidades que van más allá de encontrar un lugar donde vivir. La pérdida de los vínculos familiares, la inestabilidad y la discontinuidad pueden impedir su desarrollo físico, intelectual y emocional. Son precisamente estos niños los que están expuestos al abuso y a la explotación. De ahí que el Estado tenga la obligación de protegerlos de manera integral.

Las alternativas presentadas por el artículo 20 de la Convención son algunas de las posibilidades que el Estado puede adoptar. Como se ha venido viendo hasta ahora, existe la idea de que deben priorizarse las posibilidades de que el niño o adolescente se desarrolle con familiares dentro de su comunidad. De no ser posible, alternativas como la familia sustituta (*foster care*) o las instituciones que no tienen o no deberían tener vocación de permanencia no deben ser preferidas a otras permanentes como la posibilidad de regresar con sus padres o la adopción<sup>288</sup>.

El Comité<sup>289</sup> puntualiza la importancia de recordar que si bien los niños están expuestos a más descuido y violencia en las instituciones, no debe dejarse de lado la realidad de las familias sustitutas (*Foster care*) que muchas veces debido a la falta de monitoreo y

<sup>287</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Sesión No. 40. Óp. Cit. 17.

<sup>288</sup> UNICEF. Manual de Implementación de la Convención de los Derechos del Niño. Óp. Cit. p. 281

<sup>289</sup> Recomendaciones hechas a Mali (CRC/c/y Lesoto/Add. 113) y Lesoto (CRC/15/Add. 147). Citadas en: UNICEF. Ibídem. p. 281.



evaluación se manejan de acuerdo a sus propias políticas exponiendo a los niños a situaciones no siempre favorables.

Teniendo en cuenta lo que se ha desarrollado de manera introductoria, procederemos a analizar las medidas de protección contempladas en nuestro ordenamiento. Vale la pena recordar que el Código no ha establecido prelación entre estas medidas.

### **A. Cuidado en el Propio Hogar**

El artículo 252 del Código estipula que cuando se apliquen las medidas de protección se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios. De la mano con lo que ordena la Convención de Derechos del Niño, el Estado tiene la obligación de agotar esfuerzos por que el niño o adolescente permanezca dentro de su familia y comunidad y ha de brindarle el apoyo necesario para que así sea.

El cuidado en el propio hogar es la medida que se toma cuando los hechos que configuran la situación de abandono no significan mayor gravedad y no ponen en riesgo la integridad física y psicológica del niño y adolescente<sup>290</sup>.

Esta medida supone también la evaluación previa de los padres, familiares u otros responsables. Los encargados del monitoreo y seguimiento temporal de esta medida son el INABIF y las Defensorías del Niño y del Adolescente.

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

El artículo 24 del D.S. 001-2005-MIMDES establece que con el fin de lograr la eficacia de las otras medidas de protección contenidas en el artículo 243, el INABIF coordinará la participación del niño o adolescente tutelado en los programas de educación, salud y sociales a cargo de los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades públicas o privadas que trabajan en apoyo del niño y adolescente.

---

<sup>290</sup> Decreto Supremo 011-2005-MIMDES. Artículo 23.

### C. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar

El artículo 104 del Código de los Niños y Adolescentes define a la colocación familiar como la medida por la que el niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hace responsable de él transitoriamente.

La colocación familiar o familia sustituta busca mantener al niño en un ambiente familiar considerándose primariamente el grado de parentesco de la familia que vaya a asumir su cuidado, prefiriéndose a quienes permanecen en el entorno local del niño<sup>291</sup>.

También existe la posibilidad de que puedan ser cuidados por familias previamente calificadas y registradas<sup>292</sup>. A este fin, el INABIF tiene un programa de incentivo del acogimiento familiar realizado por un convenio con la Fundación Buckner, una ONG con experiencia de más de 50 años en Estados Unidos<sup>293</sup>. Junto con la ayuda de las redes sociales, se prepara a las familias que quieren acoger a un niño o adolescente temporalmente, se prepara emocionalmente a los niños y adolescentes que van a ser acogidos y se trabaja en el fortalecimiento de las funciones parentales de las familias de origen que por el momento no se encuentran en condiciones de cuidarlos para que en un período mínimo de dos años, los niños y adolescentes puedan reunirse con ellas.

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

Además, para evitar que el niño o adolescente sea institucionalizado, INABIF está facultado a disponer de forma inmediata esta medida a los familiares del niño o adolescente<sup>294</sup>, luego de una constatación domiciliaria y evaluación psicológica, facultando que los familiares puedan presentar los documentos requeridos en el plazo de 10 días.

---

<sup>291</sup> Artículo 105 del Código de los Niños y Adolescentes y Decreto Supremo 011-2005-MIMDES. Artículo 25.

<sup>292</sup> INABIF. “Instructivos Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar”. 2011. p. 11

<sup>293</sup> INABIF. “Acogimiento Familiar”. 2012.

<sup>294</sup> DECRETO SUPREMO 011-2005-MIMDES. Artículo 28. Los documentos requeridos son: a) Copia del Documento Nacional de Identidad; b) Partida de Nacimiento; c) Certificado de Antecedentes Penales; d) Certificado Domiciliario; e) Certificado Médico de Salud, con antigüedad no mayor de tres (3) meses, expedido por un Centro de Salud o Institución autorizada adjuntando los resultados de los exámenes VIH, VDRL y rayos X de Pulmones; y, f) Documentación que sustente sus ingresos económicos. 2011. p. 11.

Las normas no mencionan si la familia biológica mantiene la patria potestad sobre el niño o adolescente colocado o acogido, o si es la familia que lo acoge la que la tiene.

Las Defensorías del Niño y Adolescente tienen competencia para conocer la situación de los niños y adolescentes que están en colocación familiar, según lo estipulado por el artículo 45 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>295</sup>.

#### **D. Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.**

Esta medida de protección no es otra que la institucionalización mediante la cual se ofrece al niño o adolescente separado de sus padres un lugar para ser acogido, asistido y protegido, a la vez que se trabaja por recuperar las condiciones familiares con el fin de que el niño pueda reinsertarse en su familia.

La Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y adolescentes (Ley 29174) estipula que todo tipo acogimiento en estas instituciones se realizará tras una orden formal y legal proveniente de la autoridad administrativa competente y como medida provisional dentro de la investigación tutelar. En el artículo III.4 también menciona que deben agotarse todos los medios posibles que permitan el retorno a la familia de origen o la ubicación en su familia extensa del niño o adolescente puesto que la institucionalización tiene carácter subsidiario y, por tanto, es la última opción.

En este mismo sentido las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones Unidas remarca que deben apoyarse los esfuerzos por que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o familiares cercanos o que se reintegre a ella y, de no ser así, debe encontrarse otra solución apropiada y permanente como la adopción (párrafo 2.a).

Cuando esto es imposible entonces el Estado tiene la obligación de procurarle un acogimiento alternativo adecuado y velar por la supervisión de la seguridad, bienestar y desarrollo del niño y adolescente (párrafo 5). Así también, indica que debe considerarse como medida de último recurso, que en lo posible ha de ser temporal y por el menor tiempo posible (párrafo 14).

---

<sup>295</sup> Artículo 45.- Funciones específicas.- Son funciones de la Defensoría: (...) d) Conocer de la colocación familiar (...).

### a. Efectos de la institucionalización

El informe de UNICEF *Children on the Brink* (2004) en el que se realizaron estimados sobre el número de niños y adolescentes huérfanos en el mundo, se concluyó que a simple vista la respuesta lógica al crecimiento de la población de niños huérfanos parecería ser trasladar a estos niños y adolescentes a orfanatos o centros residenciales con el fin de recibir recibirán apoyo estatal<sup>296</sup>. Sin embargo, como veremos a lo largo de este acápite, hacinar a los niños y adolescentes privados de cuidado parental no es la solución más adecuada.

Los niños que proceden de una institución de guarda sufren de carencias diversas que devienen en serios trastornos que afectarán tremendamente sus vidas futuras. Numerosos estudios<sup>297</sup> convienen en que los niños institucionalizados suelen carecer de una adecuada estimulación debido a la ausencia de personas que brinden cuidados constantes y permanentes. Suelen presentar retrasos en el desarrollo de las destrezas motoras finas y gruesas, en la adquisición del habla y en la obtención de habilidades sociales necesarias<sup>298</sup>.

El cuidado institucional tiende a segregar a los niños y adolescentes de su comunidad, teniéndolos en una situación de encierro que muchas veces se asemeja a una prisión. Esto alienta la dependencia de estructuras rígidas y normas pre establecidas. Así, los niños y adolescentes que viven y crecen en instituciones sufren de carencia de redes y lazos afectivos así como la falta de preparación para la vida autónoma. De ahí que la integración al mundo adulto suele ser más problemática para estos niños y adolescentes pues no cuentan con las destrezas sociales esenciales, así como las conexiones necesarias dentro de la comunidad.

Otra consecuencia esencial es la relacionada con los desórdenes de apego que los niños y adolescentes institucionalizados llegan a sufrir, sobre todo los niños menores de tres años. La

---

<sup>296</sup> UNAIDS, UNICEF y USAID. "Children on the Brink: A Joint Report of New Orphan Estimates and a Framework for Action". 2004. p. 19.

<sup>297</sup> FEMMIE, Juffer y Marinus H. van Ijzendoorn. Loc. Cit; JOHNSON, Dana. "Adopting an institutionalized child: what are the risks?" En: <http://www.adoption-research.org/risks.html>.; FEDERICI, Ronald. "Raising the Post- Institutionalized Child Risks, Challenges and Innovative Treatment". En: [http://www.drfederici.com/raising\\_child.htm](http://www.drfederici.com/raising_child.htm) (al 13 de marzo de 2012); GINDIS, Boris. "Navigating uncharted waters: school psychologists working with internationally adopted post- institutionalized children". En: <http://www.bgcenter.com/communique-article.htm> (al 13 de marzo de 2012); MILLER, Laurie C. "Initial Assessment of Growth, Development, and the Effects of Institutionalization in Internationally adopted Children". *Pediatric Annals*. Abril, 2000. P. 224-231; ZEANAH, Charles, Smyke, Anna T, Koga, Sebastian T. y Elizabeth CARLSON. "The Bucharest Early Intervention Project Core Group". *Child Development*. Vol. 76. No. 75. Setiembre/ Octubre 2005. Pp. 1015 -1028.; ZEANAH, Charles, NELSON, Charles A., FOX, Nathan A., SMYKE Anna T., MARSHALL, Peter y PARKER, Susan W. y Sebastian KOGA. "Designing research to study the effects of institutionalization on brain and behavioral development: The Bucharest Early Intervention Project". *Development and Psychopathology*, 15. Cambridge University Press. 2003 Pp. 885-907.

<sup>298</sup> *Ibidem*

escuela iniciada por Bowlby define al apego como la forma de conducta que tiene como resultado el logro o la conservación de la proximidad con otro individuo claramente identificado que se considera mejor capacitado para enfrentar el mundo<sup>299</sup>. La falta de apego en una edad temprana, como sucede en la institucionalización, llega a impedir la formación de relaciones duraderas<sup>300</sup>. En esta línea, si un niño es institucionalizado por un periodo lo suficiente largo puede volverse incapaz de llegar a formar relaciones humanas profundas necesarias para sobrevivir y desarrollarse<sup>301</sup>.

Sobre el efecto en el intelecto y el lenguaje, los niños institucionalizados estudiados han presentados cocientes de inteligencia pobres, en comparación con niños criados en ambientes familiares. La disrupción del desarrollo de la mente asociada con niños estimulados muy pobremente está expresada por el retraso en la adquisición del lenguaje traducido en déficits en las habilidades lingüísticas y de lectura, así como vocabulario pobre y un lenguaje menos espontáneo<sup>302</sup>.

Otro de los aspectos controversiales de la institucionalización es la existencia de malos tratos y abuso de tipo sexual que de cuando en cuando salen a la luz<sup>303</sup>. Aldeas Infantiles<sup>304</sup> manifiesta que las víctimas suelen callar las vejaciones pues la relación de poder entre los cuidadores y los niños y adolescentes los deja sin escapatoria.

Por otro lado, los cuidadores de las instituciones muchas veces suelen asumir el rol sustitutivo de la familia de origen, contrario a lo que el párrafo 71<sup>305</sup> de las Directrices recomienda. Esta distorsión genera que exista una percepción de permanencia de esta medida y evita que se busquen soluciones de fondo para los niños como es la reinserción familiar o la

<sup>299</sup> GONZÁLEZ BRAVO Luis y Lorena MÉNDEZ TAPIA. “Descripción de patrones de apego en menores institucionalizados con problemas conductuales”. Revista de Psicología, Vol. XI, No. 002. Universidad de Chile. 2002. pp. 75-92.

<sup>300</sup> GROZA, Victor, ILEANA, Daniela F. e Ivor IRWIN. “A Peacock or a Crow: Stories, Interviews, and Commentaries on Romanian Adoptions”. p. 3.

En: <http://www.comeunity.com/adoption/institutionalism.html#Child%20Development>

<sup>301</sup> Ibídem

<sup>302</sup> BROWNE, Kevin. “The risk of harm to young children in institutional care”. Save the Children UK. 2009.

<sup>303</sup> Ejemplos de abusos recientes en albergues del INABIF fueron reportados en diversos medios. Aquí dos ejemplos: [http://www.rpp.com.pe/2012-01-26-denuncian-abuso-sexual-contra-menor-en-albergue-de-inabif-noticia\\_444624.html](http://www.rpp.com.pe/2012-01-26-denuncian-abuso-sexual-contra-menor-en-albergue-de-inabif-noticia_444624.html) y <http://peru21.pe/2012/01/26/actualidad/denuncian-violacion-sexual-contra-menor-albergue-inabif-2009142>

<sup>304</sup> ALDEAS INFANTILES y RELAF. “Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH”. Óp. Cit. p. 32.

<sup>305</sup> 71. En cada país, las autoridades competentes deberían redactar un documento en el que se enunciaran los derechos de los niños en acogimiento alternativo de conformidad con las presentes Directrices. Los niños en acogimiento alternativo deberían poder comprender plenamente las normas, reglamentos y objetivos del entorno de acogida y los derechos y obligaciones que les incumben en este.

adopción. De ahí que los periodos largos de permanencia en las instituciones sean perjudiciales.

A partir de lo mencionado no es difícil concluir que la institucionalización en los niños es altamente nociva. Es, por tanto, necesario hacer de la institucionalización el último recurso dentro del sistema de protección del menor y tratar de hallar alternativas que desaparezcan o minimicen los daños que los niños y adolescentes en estado de abandono sufren en nuestro país actualmente.

### **b. Los Centros de Atención Residencial (CAR) en el Perú.**

El artículo II de la Ley 29174 define a los CAR como los espacios físicos administrados por una institución pública, privada, mixta o comunal donde viven niñas, niños y adolescentes en situación de abandono o riesgo, los que reciben protección y atención integral. Al 2009 existían 19 873 niños y adolescentes residentes de instituciones administradas por entidades públicas o privadas<sup>306</sup>. Las entidades públicas encargadas de la administración y gestión de los CAR son: El INABIF<sup>307</sup>, las Sociedades de Beneficencia Pública<sup>308</sup> y los gobiernos regionales, siendo el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables el ente rector<sup>309</sup>.

La Defensoría del Pueblo llevó a cabo un estudio de la realidad vivida en 80 CAR bajo administración estatal y a partir de los testimonios otorgados por los niños y adolescentes, así como el análisis de su manejo se halló que el funcionamiento y organización de estos tiene un enfoque benéfico-asistencial<sup>310</sup>, el cual no implica un ambiente familiar y apunta a la satisfacción de sus necesidades inmediatas pero es laxo en cuanto a los esfuerzos de reinserción familiar.

<sup>306</sup> OYARZU, Bennet. Óp. Cit. p. 305.

<sup>307</sup> En el caso de INABIF, actualmente se brinda atención dentro de los CAR a un promedio de 2200 niños y adolescentes en situación de abandono físico, moral y material. Los CAR están a cargo de la Unidad Gerencial de Protección Integral (UGPI) del INABIF y son 38 en todo el país (13 en Lima, 2 en el Callao, y 23 en provincias). En:

<http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebugpi/index.php>

<sup>308</sup> Las Sociedades de Beneficencia Pública son personas jurídicas de derecho público interno que realizan funciones de bienestar y promoción social de manera complementaria de los fines sociales y tutelares del Estado y tienen como misión brindar apoyo social a niños, adolescentes y otros que estén en estado de desamparo familiar y social. Conforman además el Sistema Nacional para la Población en Riesgo junto con otras entidades como las Juntas de Participación y demás entidades públicas de apoyo social. Este sistema está dirigido, supervisado, evaluado y coordinado en cuanto a su gestión por la Gerencia para el desarrollo de la Población en riesgo del INABIF.

<sup>309</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No. 150. Óp. Cit. p. 197

<sup>310</sup> Ídem. p. 434.

El tiempo promedio de permanencia en los CAR es de tres años. El 38.4% de los niños que permanecen en estos ambientes tienen entre uno y cinco años<sup>311</sup>. El 66.3% de niños y adolescentes mantenían algún vínculo con sus padres, de ahí que el trabajo de reinserción familiar debe ser prioritario.

El estudio comprobó además que la situación de los CAR en cuanto a infraestructura, número de personas que trabajan en los CAR, el equipo técnico necesario y los niveles remunerativos del personal no es la mejor. También se evidenciaron la existencia de castigos físicos y humillantes como medidas disciplinarias así como la prohibición de realizar actividades recreativas.

UNICEF<sup>312</sup> afirma que el costo de mantener un niño en un centro residencial es más alto que el de ofrecer ayuda a la familia para que puedan criar al niño y adolescente. Por tanto, el cuidado institucional se convierte en una forma muy cara además de desventajosa de cuidar a los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad.

Se recomienda que para aquellos niños y adolescentes que no pueden ser mantenidos dentro de su familia extendida o su comunidad, deben existir opciones como los hogares de guarda (*foster care*), adopción local, familias sustitutas dentro de la misma comunidad y un cuidado residencial que sea dedicado a grupos pequeños con el fin de que cuenten con un cuidado lo más personalizado posible.

La tendencia actual es la desinstitucionalización. Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños recomiendan que en caso existan instituciones, estas deben funcionar con grupos pequeños. Según Aldeas Infantiles<sup>313</sup>, en algunos países según los estándares de cuidado residencial de Latinoamérica el número de niños y adolescentes que como máximo deben tenerse en una institución es 20. Sin embargo en el Perú contamos con macroinstituciones como el Hogar Sagrada Familia que alberga en la actualidad 520 niños<sup>314</sup> y el Puericultorio Pérez Aranibar que a marzo del 2012 albergaba a 209 niños y adolescentes<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> Ídem. p. 438.

<sup>312</sup> UNAIDS, UNICEF y USAID. Óp. Cit. p.20

<sup>313</sup> ALDEAS INFANTILES y RELAF. “Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH”. Óp. Cit. p. 7.

<sup>314</sup> Sagrada Familia – Portal Web. En: [http://www.sagradafamilia.org.pe/qsomo\\_1.html](http://www.sagradafamilia.org.pe/qsomo_1.html) (Última visita: 26/06/2012).

<sup>315</sup> DIARIO LA REPÚBLICA. Publicación electrónica de 26 de abril de 2012. En: <http://www.larepublica.pe/26-04-2012/diez-mil-metros-del-perez-aranibar-no-se-usan-por-mala-infraestructura>. (Última visita: 26/06/2012).

## E. Adopción

La adopción es la última medida especial de protección mencionada en el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes y está destinada para los niños declarados judicialmente en abandono. Sin embargo, la adopción incluida en este artículo no es el único tipo de adopción existente en nuestro ordenamiento.

En nuestro ordenamiento se pueden diferenciar tres tipos de adopciones: la adopción de personas mayores de edad, la adopción administrativa de niños o adolescentes y la adopción por excepción de niños o adolescentes realizada en el marco de un proceso judicial no contencioso. La adopción que nos concierne en específico es la segunda. No obstante, se realizará un somero recuento de las principales características de la figura de la adopción en general y los otros tipos de adopción para terminar analizando la adopción que nos concierne.

La adopción es una figura jurídica mediante la que se produce el cese de la filiación natural de una persona, la misma que comenzará a tener un vínculo de filiación con los adoptantes.

Dentro de la doctrina existe la discusión sobre la naturaleza jurídica de la adopción. Una parte de la doctrina considera que la adopción es un contrato. Esta teoría se encuentra descartada ya que el consentimiento de las partes se limita a la decisión de adoptar y ser adoptado (en el caso de la adopción de mayores de edad) pero no determina los efectos de la adopción que están determinados por ley. Tanto es así que la resolución administrativa o decisión judicial, según sea el caso, es constitutiva de derechos y no declarativa.

Al exceder los límites de lo que se entiende por contrato, hay un sector de la doctrina que ubica a la adopción dentro de lo que se denomina “institución”. Una institución es una figura o complejo de relaciones que consta, por un lado, de una regulación jurídica por el Estado a través de normas de orden público con una finalidad jurídica y social específica; y, por otro, de un espacio que permite la autonomía privada<sup>316</sup>. En el caso de la adopción se entiende que la manifestación de voluntad de las partes es el presupuesto pero que el procedimiento mismo, los requisitos y efectos están regulados por el Estado.

---

<sup>316</sup> HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. “Procesos judiciales derivados del derecho de familia”. Lima: Gaceta Jurídica. 2008. pp. 361-362.



Por estas mismas características la adopción es denominada por otros autores<sup>317</sup> como un acto jurídico mixto, un acto jurídico de derecho público, acto jurídico de Derecho familiar, y, de ser el caso, un acto administrativo constitutivo de relaciones jurídico –privadas.

El Código Civil vigente incluye las normas de orden público que se aplican de forma general a esta institución, sentando sus principales características. De esta forma, la adopción en nuestro ordenamiento es irrevocable pues que no puede realizarse bajo modalidad alguna (condición o plazo). Así también, nadie puede ser adoptado por más de una sociedad conyugal o persona.

El código incluye la posibilidad de que la persona adoptada durante su minoría de edad o durante alguna etapa de incapacidad pueda impugnar tal adopción una vez obtenida la mayoría de edad, recuperando así su partida de nacimiento y filiación natural.

El código Civil estipula los requisitos para realizar la adopción en el artículo 378:

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

Siendo que existen diversos tipos de adopción, el artículo 379 del Código Civil establece que el procedimiento de la adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto por el Código de Niños y Adolescentes, la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 26981, o la Ley de Competencia Notarial, Ley 26662, según corresponda.

Una vez que el procedimiento termina, el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción.

---

<sup>317</sup> *Ibidem.*

Toda vez que los padres aparecen como declarantes, está prohibida toda mención respecto de la adopción. La partida original sólo tiene vigencia en cuanto a los impedimentos matrimoniales.

### **a. Tipos de adopción**

#### **- Adopción de mayores de edad**

La adopción de los mayores de edad con capacidad de goce y ejercicio se realiza ante el Notario o el Juez de Paz. Se lleva a cabo mediante un documento que debe contener los requerimientos generales exigidos por ley a los otorgantes: la nacionalidad, el estado civil (de ser casado han de indicarse los nombres y apellidos del cónyuge) el número de DNI, Libreta Militar, la ocupación y la dirección domiciliaria.

La Ley de Competencia Notarial, Ley 26662, establece en su artículo 21 que los notarios sólo tramitan ante notario la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio. La solicitud consta de una minuta que presenta el adoptante que debe ir acompañada de una serie de documentos<sup>318</sup> así como la expresión de voluntad del adoptante y del adoptado y el asentimiento de sus respectivos cónyuges (en concordancia con el numeral 3 del artículo 378 del Código Civil), en caso de ser casados y también la declaración jurada del adoptante en el sentido que goza de solvencia moral (según lo exigido por el artículo 378 inciso 1 del Código Civil).

El notario se encarga de dar conformidad a la minuta y la documentación requerida. Una vez hecho esto, eleva la minuta a escritura pública y oficia al Registro respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado.

La adopción de mayores de edad también puede llevarse a cabo en vía judicial en el marco de un proceso no contencioso<sup>319</sup>. A diferencia de la adopción realizada notarialmente, en vía judicial también puede realizarse la adopción de incapaces, siempre que intervenga su

---

<sup>318</sup> Artículo 22: (...) 1. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptante y de matrimonio, si es casado. 2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de matrimonio, si es casado. 3. Documento que acredite que las cuentas de la administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante del adoptado. 4. Testimonio del inventario de los bienes que tuviere el adoptado (...).

<sup>319</sup> Artículo 781.- En este proceso se tramita la adopción de personas mayores de edad. Si el presunto adoptado es incapaz, se requiere la intervención de su representante. Si es este el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.

representante. Si el adoptante es el representante entonces la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.

El artículo 782 requiere que se acompañen ciertos documentos, que son los mismos exigidos en la adopción realizada notarialmente salvo la exigencia de que el adoptante otorgue garantía que el juez estime suficiente, cuando el adoptado es incapaz.

Así, de no existir oposición el solicitante, y su cónyuge si es casado, ratificarán su voluntad de adoptar y hará lo propio el adoptado y su cónyuge<sup>320</sup>. Luego, el juez dará la resolución que declara la adopción y oficiará al Registro del Estado Civil respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado<sup>321</sup>.

El artículo 785 agrega que dentro del año que siga al cese de la incapacidad del adoptado, éste puede pedir que se deje sin efecto la adopción siguiendo el mismo trámite.

#### - **Adopción por excepción**

Este tipo de adopción es una medida de protección del niño y adolescente excepcional pues es tomada por el juez de familia en el marco de un proceso y no requiere que el niño o adolescente sea declarado judicialmente en abandono como paso previo para ser adoptado.

Este tipo de adopción está contenida en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes:

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

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

Como se ve, según el inciso a, el padrastro o la madrastra de un niño o adolescente podría adoptarlo mediante un proceso judicial a su hijastro o hijastra, aunque estos mantendrían el vínculo de filiación con los padres biológicos.

<sup>320</sup> Código Procesal Civil. Artículo 783.

<sup>321</sup> Código Procesal Civil. Artículo 784.

El inciso b, considera a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente a adoptarse.

El inciso c incluye a aquellas personas que han prohijado o convivido con el niño o adolescente por al menos dos años. Valiéndose de este inciso, puede pedirse la adopción de niños declarados en abandono judicialmente, y que estén en colocación familiar por más de 2 años por parte de las personas que los tienen bajo su cuidado.

Como se comentó, los requisitos contenidos en el artículo 378 del Código Civil se aplican a este tipo de adopción también, además de otros requeridos por el Poder Judicial<sup>322</sup>.

El procedimiento consiste en que los solicitantes interponen una demanda que podrá ser contestada por la madre o padre biológico. En caso que los padres biológicos o familiares no contesten la demanda, se hacen publicaciones por edictos. Y, de no ser ubicados, se nombramiento a un curador, quien deberá contestar la demanda.

#### - **Adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono**

Este es el tipo de adopción que el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes considera como la última medida de protección al menor que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables puede tomar a través de la Dirección General de Adopciones, órgano desconcentrado que depende del Viceministerio de Poblaciones Vulnerables. Este tipo de adopción puede ser realizada por residentes en el Perú o aquellos residentes en el extranjero. Esta última viene a configurar lo que se conoce por adopción internacional.

La Dirección General de Adopciones es la encargada de desarrollar el llamado Programa de Adopción<sup>323</sup>, que es el conjunto de actividades tendentes a brindar hogar definitivo a un niño

---

<sup>322</sup> Según el Listado de Trámites Judiciales del Poder Judicial, los requisitos son: 1. Que el adoptante goce de solvencia moral. 2 Certificado Médico- Salud Mental/ Física. 3 Certificado de Antecedentes Penales y Policiales. 4 Fotos (Que acrediten vivencias familiares con el menor). 5 Certificado de estudios u otros documentos que acrediten que el adoptante vela por el bienestar del menor cuando el peticionario sea familiar o haya prohijado al niño o adolescente. 6 Que la edad del adoptante sea, por lo menos, igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar. 7 Que cuando el adoptante sea casado, su cónyuge preste su asentimiento. 8 Que el adoptado, dé su consentimiento, si es mayor de 10 años. 9 Que consientan los padres del adoptado, si estuviere bajo su patria potestad. 10 Si el adoptado es incapaz, debe oírse al Tutor o Curador. 11 Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel debe ratificar, personalmente, ante el Juez su voluntad de adoptar. 12 Partida de Nacimiento del menor. 13 Partida de Matrimonio de los adoptantes.

<sup>323</sup> Artículo 121, Código de los Niños y Adolescentes, artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 26981 y artículo 5 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 010-2005-MIMDES .

o adolescente, entre ellas el trámite el procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes judicialmente declarados en abandono, entre las muchas otras funciones que cumple<sup>324</sup>.

La Dirección General de Adopciones selecciona los eventuales adoptantes y una vez que un niño o adolescente es declarado judicialmente en abandono, tras una evaluación previa, el Equipo de la Dirección General de Adopciones propone al Consejo Nacional de Adopciones ternas o duplas de adoptantes a favor del niño o adolescente pasible de adopción. El Consejo Nacional de Adopciones el que designa al adoptante más idóneo o compatible de acuerdo a las características de los adoptantes.

El artículo 115 del Código de los Niños y adolescentes define esta adopción del niño o adolescente de la siguiente forma:

Concepto.- 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.

El acento está puesto en el carácter proteccionista de la adopción del niño o adolescente y en el papel de vigilancia del Estado de este proceso. Asimismo, el artículo 117 establece que es

<sup>324</sup> Según el Portal Web de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES, en concordancia con el artículo 3 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Memores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 010-2005-MIMDES, sus funciones son: a. Proponer al Despacho Vice Ministerial de la Mujer la política nacional, planes y programas en materia de adopciones y fiscalizar su cumplimiento; b. Proponer las normas para el desarrollo del programa de adopciones; c. Impulsar y desarrollar el programa de adopción de niñas, niños y adolescentes judicialmente declarados en abandono; d. Proponer la suscripción de convenios en materia de adopciones internacionales con los gobiernos extranjeros. e. Acreditar a las entidades colaboradoras de adopción internacional en el Perú, previamente autorizadas por su Autoridad Central; así como determinar el número de instituciones, el número de expedientes en lista de espera y la rotación de cada una de ellas para la designación; f. Dictar las políticas administrativas y operativas que deben observarse a nivel nacional e internacional respecto al desarrollo del programa de adopciones; g. Realizar la evaluación y selección de los adoptantes, emitir los informes técnicos y las propuestas de designación de los niños, niñas y adolescentes, judicialmente declarados en abandono; h. Tramitar el procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes judicialmente declarados en abandono, emitiendo las respectivas resoluciones administrativas.; i. Recibir información sobre los procesos de investigación tutelar que realiza la instancia administrativa del MIMDES competente en la materia, j. Realizar el seguimiento post adoptivo de las niñas, niños y adolescentes adoptados por un período de tres años tratándose de adopciones nacionales y cuatro de adopciones internacionales; k. Llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono; l. Llevar y mantener el Registro Nacional de Adoptantes; m. Coordinar con los Juzgados, Fiscalías, Oficinas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y demás instituciones públicas o privadas, para el cumplimiento de sus fines, n. Informar, difundir y sensibilizar sobre el procedimiento y alcances del programa de adopción; o. Velar por el cumplimiento de la normatividad en materia de adopciones, p. Coordinar con el INABIF la investigación tutelar de los niños, niñas y adolescentes hasta la declaración de abandono; q. Las que sean propias para el cumplimiento de sus fines.

En: [http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1576&Itemid=400](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1576&Itemid=400)

requisito para la adopción que los niños o adolescentes hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378° del Código Civil<sup>325</sup>.

Es claro entonces que en nuestro país no se permiten las llamadas adopciones directas, que son aquellas en las cuales los padres biológicos dan en adopción directamente a su hijo o hija menor de 18 años a los padres adoptivos prospectivos. Según lo ya revisado, en nuestro ordenamiento debe probarse judicialmente el estado abandono del niño o adolescente, previa investigación tutelar realizada por la Dirección de Investigación Tutelar, para que la Dirección General de Adopciones, pueda iniciar el proceso de adopción de tal niño o adolescente.

En este Código se ha incluido la prohibición de que el pedido de alguna remuneración por el trámite de adopción o ejercer presión alguna para que el trámite resulte favorable<sup>326</sup>. Con esto se busca evitar que se convierta en una institución mercantilista que vaya en contra del interés superior de los menores.

## **b. Procedimiento administrativo de adopción**

Según lo estipulado en el Reglamento de la Ley 26981, el procedimiento de adopción tiene tres etapas: evaluativa, adoptiva y post adoptiva.

Los trámites comienzan con la asistencia opcional de las personas que expresan interés en adoptar un niño o adolescente a las charlas y talleres informativos. Luego, deben acercarse a la Dirección General de Adopciones en la que deberán llenar una ficha de inscripción

325 Artículo 378°.- Requisitos de la adopción:

Para la adopción se requiere:

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

326 Artículo 123°.- Trámites.- La Oficina de Adopciones y las instituciones autorizadas para participar en Programas de Adopción están prohibidos de otorgar recompensa alguna a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en Adopción y de ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. El incumplimiento de esta disposición, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, acarrea la destitución del funcionario infractor o la cancelación de la licencia de funcionamiento si el hecho se hubiere cometido por una institución autorizada para llevar a cabo Programas de Adopción.

adjuntando fotos de su vivienda. Así, se inicia la preparación para las entrevistas personales y las pruebas psicológicas a las que se someterán. Finalizada esta etapa se podrá presentar la Solicitud de Adopción.

La etapa evaluativa empieza propiamente con la presentación de la Solicitud de Adopción, después de la cual los padres prospectivos serán evaluados en diversos ámbitos como el psicológico, moral, social y legal. Dentro de esta evaluación integral se busca que los postulantes cumplan con el perfil<sup>327</sup> requerido que garantice al niño o adolescente a adoptarse una crianza adecuada. Esta etapa tiene una duración de 15 días. Esta solicitud además contendrá la documentación legal necesaria<sup>328</sup>. Una vez que la Evaluación culmina satisfactoriamente se declara la Aptitud de las personas que buscan adoptar y se los inscribe en el Registro Nacional de Adoptantes.

<sup>327</sup> Artículo 11.- Del Perfil del Adoptante

Para ser aceptados como adoptantes los solicitantes deberán reunir las siguientes aptitudes:

- a. Madurez.
- b. Antecedentes educativos que permitan apoyar en su normal desarrollo a la niña, niño o adolescente.
- c. Estabilidad emocional, capacidad afectiva y de aceptación hacia los demás.
- d. Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal.
- e. Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia las niñas, niños y adolescentes.
- f. Expectativas y metas realistas respecto a la niña, niño o adolescente por adoptar.
- g. La edad debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción.
- h. Acreditar ingresos estables y suficientes para cubrir las necesidades de crianza, educación, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente de la niña, niño o adolescente adoptado.
- i. Capacidad para cubrir las necesidades de crianza, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente de la niña, niño o adolescente adoptado.

<sup>328</sup> Artículo 14.- De los Requisitos para Adoptantes Residentes en el País

La Dirección General de Adopciones efectuará la evaluación legal teniendo en cuenta la siguiente documentación:

- a. Solicitud dirigida a la Dirección General de Adopciones en la que se presenta el o los solicitantes exponiendo los motivos que tienen para adoptar una niña, niño o adolescente, de acuerdo al formato anexo.
- b. Copia fedateada del documento de identidad de los adoptantes.
- c. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento de los adoptantes.
- d. Los cónyuges presentarán copia fedateada de la Partida de Matrimonio Civil.
- e. En caso de ser divorciado o divorciada, presentarán copia certificada de la Sentencia de Divorcio debidamente inscrita en el Registro de Personas Naturales de los Registros Públicos.
- f. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento del hijo o hijos biológicos, de ser el caso.
- g. En caso de viudez, copia fedateada de la Partida de Defunción correspondiente.
- h. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento del hijo o hijos adoptados y copia del o los reportes de seguimiento post - adoptivo, en aquellas adopciones que no hayan sido tramitadas en la Dirección General de Adopciones, de ser el caso.
- i. Certificados de Antecedentes Policiales y Penales.
- j. Certificado Domiciliario.
- k. Certificados Médicos de salud física y mental, con una antigüedad no mayor de tres meses, expedidos por un centro de salud o institución autorizada, exámenes de VIH, Hepatitis B, otras enfermedades infecto-contagiosas y rayos X de pulmones, incluyendo a las personas que conviven con los adoptantes.
- l. Certificados de Trabajo, Constancia de Ingresos, Declaración Jurada del Impuesto a la Renta y demás documentos que acrediten ingresos estables y capacidad económica.
- m. Fotografías de los adoptantes y de su hogar, cuya antigüedad no deberá ser mayor de cuatro (4) meses.

Los adoptantes entonces han de esperar a que el Consejo Nacional de Adopciones les designe un niño o adolescente. Como se mencionó, la Dirección General de Adopciones es la encargada de presentar las propuestas por niño o adolescente considerado para ser adoptado.

La presentación de las propuestas deberá tener en consideración criterios como el tiempo de presentación y aprobación del expediente de los adoptantes (el tiempo de espera) y las expectativas de los adoptantes en cuanto a la edad, sexo y demás características del niño o adolescente.

A su vez, los adoptantes que aceptan adoptar niños mayores de 5 años, adolescentes, con problemas de salud o grupos de hermanos entran dentro de lo que se llama las adopciones prioritarias, parte del programa “Ángeles que Aguardan”<sup>329</sup>. De esta manera, de ser declarada apta una familia en la evaluación integral nacional o internacional, es propuesta ante el Consejo de Adopciones con el niño, niña o adolescente solicitado, mediante una designación directa, y no en duplas o ternas como en los procesos regulares.

Luego de que la Dirección General de Adopciones designa a un niño a los padres adoptantes, y ellos la aceptan, se realiza la Presentación del niño o adolescente a los mismos, realizándola en la institución donde se encuentre albergado. A partir de esto se realiza un informe de empatía que, de ser favorable y los adoptantes manifiesten su aceptación, dentro de un día hábil la Dirección General de Adopciones comunicará la designación al Poder Judicial o al INABIF, dependiendo del caso, así como a la fiscalía que hayan conocido la investigación tutelar.

Luego se realiza el externamiento del niño o adolescente de la institución en la que se encuentra. Una vez realizado éste, los adoptantes se presentarán ante la Dirección General de Adopciones, quien emitirá una Resolución Administrativa que dispone la Colocación Familiar a favor de los adoptantes.

La colocación tiene un plazo de 7 días durante los que se realizan visitas de evaluación a la casa de los adoptantes y adoptado para analizar su adaptación. Se realiza un informe que, de ser aprobatorio, en el transcurso de 24 horas la Dirección General de Adopciones expide la Resolución Administrativa declarando la adopción. Ésta ha de ser motivada y firmada por el

---

<sup>329</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. “Adopciones Prioritarias – Ángeles que Aguardan”. En: [http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1631&Itemid=252](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1631&Itemid=252) (Última visita: 3/07/2012)



Secretario Nacional de Adopciones. Se comunicará la misma a quienes se encargaron de la Investigación Tutelar. Así también, se comunicará a la RENIEC para que otorgue una nueva partida.

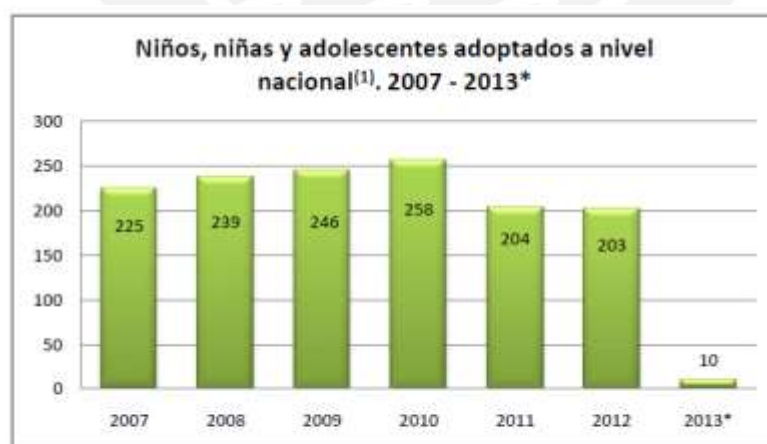
Esta resolución puede ser impugnada por persona que acredite vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, dentro del día hábil de notificación. Será resuelta por el Despacho Viceministerial en un plazo de 5 días. Ante esta última resolución, sólo cabe la acción contencioso-administrativa.

El control post adoptivo está dirigido a todas las familias adoptantes y es realizado cada seis meses durante 3 años, en el caso de adopciones nacionales y 4 años en las adopciones internacionales.

### c. Datos Estadísticos

Según la información presentada por la Dirección General de Adopciones al 31 de enero de 2013, las adopciones nacionales desde el año 2007 no han sobrepasado las 258 por año, siendo el 2010 el año pico llegándose a 258 adopciones. En el año 2011 se experimentó un decrecimiento importante respecto del año 2010 y en el 2012 el decrecimiento fue de una adopción.

**Cuadro No. 1**



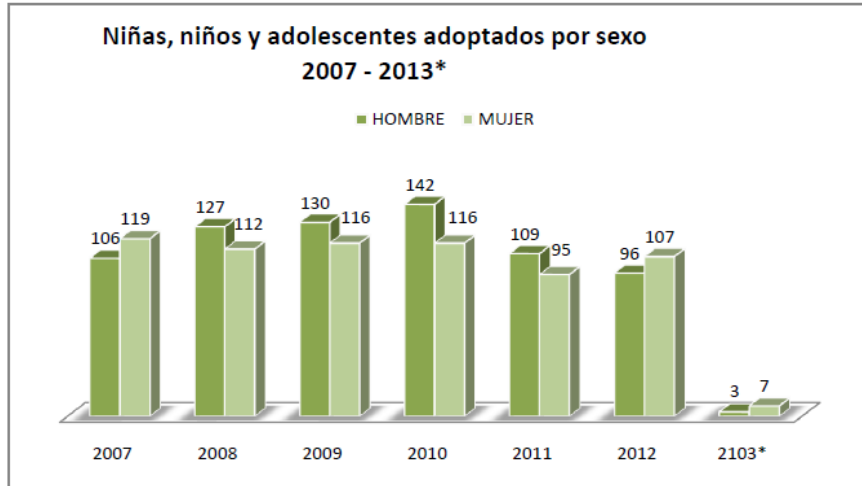
\* Información al 31 de enero.

Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

(1) Este resultado incluye las Adopciones Prioritarias

En lo que respecta al sexo de los niños y adolescentes adoptados puede verse que las cifras son cercanas, no viéndose una preferencia realmente marcada por algún sexo en particular.

**Cuadro No. 2**



\* Información al 31 de enero.

Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

Puede verse además que un mayor número de niños de 1 a 5 años fueron adoptados, marcándose tal preferencia de adopción. El segundo grupo etario con mayor cantidad de niños adoptados es el de 6 a 12 años.

**Cuadro No. 3**

**NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS SEGÚN GRUPO ETARIO 2007 - 2013\***

GRUPO ETARIO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013*
De 0 a 11 meses	22	22	13	16	7	5	0
De 1 a 5 años	158	168	162	178	138	115	10
De 6 a 12 años	41	45	65	59	55	77	0
De 13 a 17 años	4	4	5	5	4	6	0
<b>TOTAL</b>	<b>225</b>	<b>239</b>	<b>246</b>	<b>258</b>	<b>204</b>	<b>203</b>	<b>10</b>

\* Información al 31 de enero.

Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

Así también, puede verse que de 203 adopciones realizadas en el 2012, 49 de ellas cuentan con antecedentes familiares como la drogadicción, las enfermedades psiquiátricas y el incesto o la violación, entre otros.

## Cuadro No. 4

 NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS SEGÚN ANTECEDENTES FAMILIARES  
2007 - 2013\*

ANTECEDENTES	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013*
Padre/Madre biológico/a con problema de drogación y/o alcoholismo	7	24	12	17	19	5	0
Padre/Madre biológico/a con enfermedades psiquiátricas/mentales	26	25	21	30	26	23	2
Nacido/a por incesto o violación sexual	0	9	4	17	4	13	1
Otros	0	0	0	2	21	8	0
<b>TOTAL</b>	<b>33</b>	<b>58</b>	<b>37</b>	<b>66</b>	<b>70</b>	<b>49</b>	<b>3</b>

\* Información al 31 de enero.

Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

### 3. El proyecto de ley del nuevo código de los niños, niñas y adolescentes

En el proyecto de ley del nuevo código se proponen cambios esenciales respecto de la regulación vigente. En este proyecto se ha preferido el término “estado de desprotección” para denominar a la situación de vulnerabilidad y riesgo a la que se ve expuesta un niño o adolescentes que no recibe el cuidado y protección de quienes tienen el deber de otorgarlo.

#### A. Investigación especial

Como en el código vigente, la situación de desprotección será verificada a través de la investigación especial (hoy en día “tutelar”) con el fin de dictarse las medidas de protección para garantizar el ejercicio de sus derechos a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia. Esto es plenamente concordante con lo exigido por la Convención de los Derechos del Niño.

Como lo exige el código actual, la investigación especial será realizada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Hemos visto que a la fecha esto no se da en su totalidad así que de aprobarse este proyecto habría que evaluarse si este Ministerio llevará todos los casos inmediatamente o se vivirá la dualidad existente en la actualidad que contribuye a las demoras que resultan tan contrarias a los intereses de los niños y adolescentes.

En el artículo 224 de este proyecto se mencionan plazos máximos aplicables a la investigación tutelar. 15 días para la apertura de la investigación y el dictado de las medidas de protección pertinentes. 90 días para la actuación de diligencias necesarias para la

verificación del estado de desprotección y 10 días más para que se resuelva si existe esta situación y se reinserte al niño en su hogar o, de lo contrario, derivar el expediente al Poder Judicial. El juez tiene 3 días para remitirlo al Fiscal, quien tiene también 3 días para emitir su dictamen y devolver el expediente al juez.

Se menciona también la posibilidad de prorrogar estos plazos hasta por la mitad de los días señalados cuando los niños y adolescentes procedan de otras circunscripciones territoriales o se desconozca su origen.

Los plazos incluidos en el proyecto parecerían garantizar una investigación con la debida celeridad del caso. Sin embargo, debe recordarse que el actual Código y el DS 011-2005-MIMDES actualmente establecen plazos de actuación que también parecen ser razonables pero la situación actual hace evidente las demoras debido a la carga procesal del Poder Judicial y a que la Dirección de Investigación Tutelar no ha terminado de asumir la dirección de las investigaciones tutelares. De esta forma, si es que no se realizan los cambios necesarios que garanticen la agilidad de los procesos los plazos contenidos en las leyes terminarán siendo vacíos.

La investigación especial puede iniciarse en los siguientes casos:

Artículo 225°.- Inicio de la investigación especial

Procede iniciar la Investigación Especial a favor de niños, niñas o adolescentes por presunto estado de desprotección familiar en los siguientes casos:

- a) Haya sido dejado en total desprotección;
- b) Carezca, en forma definitiva, del cuidado personal de su crianza, educación o salud.
- c) Sea objeto de maltratos graves o reiterados.
- d) Permanezca en instituciones hospitalarias u otras instituciones de cuidado por un periodo mayor al requerido para su atención.
- e) Cuando los padres o tutores soliciten a la autoridad competente que sea entregado con fines de adopción.
- f) Cuando sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres; o sea entregado para tales fines.

No procede iniciar la investigación especial por carencia de recursos materiales ni por mala conducta de niños, niñas o adolescentes.

El niño, niña o adolescente tiene derecho a ser asistido por un abogado.

Comparando este artículo con el artículo 248 del Código vigente podemos rescatar que en el artículo b se ha evitado mencionar el caso de personas que carecen de calidades morales y mentales necesarias para asegurar su formación.

Tampoco se hace mención de cuánto tiempo ha de permanecer desatendido un niño o adolescente en una institución hospitalaria como es el caso de los 6 meses que el artículo 248

establece. El proyecto sólo menciona que ha de ser un periodo mayor al requerido para su atención.

El proyecto hace bien al extender el número de personas legitimadas para pedir la investigación especial. En el artículo 245 código vigente se establece que mediante informe policial o denuncia de parte se pone en conocimiento del Ministerio la presunta situación de abandono. El artículo 244 también incluye la obligación de las instituciones de asistencia social y salud de informar de la situación de abandono de los niños y adolescentes a su cargo.

Al igual que el código vigente, la situación de pobreza no es causal de institucionalización.

En el Proyecto los sujetos legitimados para promover la investigación especial son los padres o responsables para el caso de la entrega de un niño en adopción, el Ministerio Público, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, los establecimientos de salud y educación, los programas de servicios especializados en niñez y adolescencia, la Policía Nacional del Perú y toda persona que conozca de la situación de violación de los derechos de los niños.

## **B. Medidas especiales de protección**

En cualquier momento de la investigación especial, de existir indicios de amenaza o vulneración de derechos del niño o adolescente y bajo los criterios de necesidad, racionalidad y oportunidad se pueden aplicar medidas de protección.

Las medidas de protección son las siguientes:

Artículo 228°.- Medidas Temporales de Protección: (...)

- a) Permanencia del niño, niña o adolescente, con sus padres o responsables, bajo orientación, apoyo y seguimiento del equipo multidisciplinario (...)
- b) Acogimiento en familia ampliada (...)
- c) Acogimiento en familia no consanguínea (...)
- d) Atención integral en un Centro de Atención Residencial (CAR).

En aquellos casos en que no sea posible dictar cualquier otra medida de protección, se dispondrá como última opción el ingreso del niño, niña o adolescente en un Centro de Atención Residencial debidamente acreditado.

El MIMDES regula el desarrollo y aplicación de estas medidas.

A diferencia del artículo 243 del código vigente, las medidas de protección responden a lo instruido por el Código de los Niños y Adolescentes, sobre todo al puntualizar que la institucionalización es el último recurso. Así también, se hace una diferencia entre el acogimiento dentro de la familia ampliada y la no consanguínea dejándose claro por el orden

de las mismas que se priorizará intentar priorizar los vínculos familiares y, de no ser posible, se buscará un entorno familiar antes que la institucionalización.

Esto resulta un buen avance que sólo tendrá resultados prácticos si los programas de acogimiento son debidamente potenciados con el fin de evitar la institucionalización.

Otra gran diferencia es que se tiene cuidado en diferenciar las medidas de protección temporales, como las ya mencionadas, y las definitivas como es el caso de la adopción.

Las medidas pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas de oficio cuando lo solicite el niño o adolescente, su abogado defensor o cualquier sujeto legitimado para pedir el inicio de la investigación especial cuando las circunstancias varíen o cesen. Es importante que los niños y adolescentes tengan la posibilidad de hacer oír sus necesidades, siendo indispensable que se haya estipulado que cuenten con un abogado defensor.

Una vez concluida la investigación especial, existen dos escenarios: que se declare concluida la investigación al comprobarse que no existe tal situación de desprotección, reinsertándose el niño dentro de su familia de ser necesario. El otro escenario es que se concluya que sí existe tal desprotección y se derive el expediente al Poder Judicial junto con un informe final que proponga al juez la declaración del estado de desprotección.

### **C. Declaración Judicial de Desprotección Familiar**

De manera análoga a lo que sucede en el código vigente, el juez recibe el expediente administrativo y evalúa lo actuado pudiendo pedir que se amplíe la investigación, denegar el estado de desprotección familiar, es decir, contradecir lo concluido por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con el fin de que el niño se reinserte a su familia o, por último, declarar el estado de desprotección familiar.

Una vez declarada la desprotección familiar ordena que se ponga en conocimiento de la Dirección General de Adopciones<sup>330</sup>.

### **D. Adopción de niños o adolescentes declarados judicialmente en estado de desprotección**

Los cambios más importantes que propone este proyecto se dan en cuanto a la adopción. Como se mencionó, la adopción es la única medida de protección definitiva contenida en este

---

<sup>330</sup> Artículo 235.

proyecto y a diferencia del código vigente, se propone que la adopción ya no sea sólo administrativa sino que se realice en dos etapas: una administrativa y otra judicial<sup>331</sup>.

Esto responde a lo exigido por la Convención de los Niños y Adolescentes que ordena expresamente que ningún Estado deba tomar medidas que separen permanentemente a los niños y adolescentes de sus padres sin que medie revisión judicial, como ya fue desarrollado anteriormente.

En lo referente a la etapa administrativa, el titular del procedimiento de adopción es, como hasta ahora, la Dirección General de Adopciones. Se mantiene también que es el Consejo de Adopciones presidido por el Secretario Nacional de Adopciones será quien designe a los adoptantes a partir de las ternas propuestas por la Dirección General de Adopciones<sup>332</sup>.

También se incluye el Programa de Adopción, entendido como el conjunto de actividades que busquen brindar un hogar definitivo al niño o adolescente declarado en estado de desprotección familiar. El proyecto recalca que este programa se inicia con el registro de la declaración judicial de estado de desprotección familiar del niño y adolescente hasta su adopción.

Concordamos con esta provisión pues no hace más que reconocer que el Estado asume como deber que el niño o adolescente, desde que es declarado en estado de desprotección, pueda ser promovido en adopción, de darse las condiciones necesarias y siempre que responda a su interés superior.

Esto es también concordante con la Convención de los Derechos del Niño en la que se puntualiza la importancia de un entorno familiar adecuado para el correcto desarrollo del niño y adolescente. Es en este sentido que la Dirección General de Adopciones es la encargada de otorgar información a los padres que deseen dar a su hijo en adopción<sup>333</sup>, con el fin de que aquellos que no se vean en condiciones de criar a sus hijos puedan ofrecerles una alternativa que les garantice un desarrollo adecuado.

El proyecto menciona también que los CAR deben garantizar los derechos de los niños o adolescentes susceptibles de ser adoptados y que está prohibida la entrega de niños o

---

<sup>331</sup> Artículo 153.

<sup>332</sup> Artículo 155.

<sup>333</sup> Artículo 157.

adolescentes a cualquier persona o institución sin que haya sido decidida previamente como medida de protección<sup>334</sup>.

Las etapas del procedimiento son tres: evaluación integral, integración familiar y seguimiento post adoptivo. Durante la evaluación integral se busca evaluar a los adoptantes y establecer su idoneidad así como las condiciones de adoptabilidad del niño o adolescente<sup>335</sup>.

La diferencia más saltante con el código vigente es la existencia de la etapa judicial, la misma que comienza con la etapa de la integración familiar. La Dirección General de Adopciones presenta ante el juez de Familia o Mixto que conoció la investigación especial que declaró el estado de desprotección familiar o el del domicilio del niño y adolescente la petición de adopción junto con la copia certificada de la declaración judicial de estado de desprotección familiar, el informe técnico evaluando la idoneidad de los pre-adoptantes, y el informe de adoptabilidad del niño, niña o adolescentes<sup>336</sup>.

Recibida tal solicitud, el juez dispone la guarda provisional a cargo de los adoptantes del niño o adolescente y ordena su externamiento. Durante el tiempo que dure la guarda el servicio social adscrito al juzgado hará el estudio de empatía. De ser favorable, el juez señala día y hora para la diligencia de ratificación de los preadoptantes dentro de los 3 días de recibido el informe. Concluida la diligencia de ratificación, el juez remite lo actuado al Fiscal junto con el acta de nacimiento actualizada quien realiza su dictamen en 3 días como máximo. Devueltos los autos, el juez expide sentencia que declara la adopción. Con esto se acaba la etapa de integración familiar<sup>337</sup>.

El plazo de apelación es de tres días. Una vez consentida y ejecutoriada la sentencia se oficia al Registro Civil.

La etapa post adoptiva se inicia a partir de la resolución judicial de adopción y dura tres años para las adopciones nacionales y cuatro de las internacionales, al igual que el código vigente. Durante este tiempo los adoptantes deben informar semestralmente a la Dirección General de Adopciones sobre el desarrollo del niño o adolescente<sup>338</sup>.

El proyecto también incluye en su artículo 168 la adopción judicial por excepción sin necesidad de que se declare el estado de desprotección familiar del niño. Este artículo incluye

---

<sup>334</sup> Artículo 158.

<sup>335</sup> Artículo 161.

<sup>336</sup> Artículo 167.

<sup>337</sup> Artículo 169.

<sup>338</sup> Artículos 164 y 165.



los mismos casos que se incluyen en el artículo 128 del código vigente ya comentado en el acápite anterior. No obstante, en el literal c se limita la posibilidad de adoptar de aquellos que han prohiado o convivido con el niño, niña o adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de un año a los nacionales. De esta manera, los extranjeros no pueden adoptar a un niño o adolescente por este medio. Y se enfatiza que esta adopción podrá proceder siempre y cuando se acredite que el origen de esta relación no haya vulnerado los derechos del niño.

#### IV. La adopción internacional como medida de protección estatal

Como ya fue mencionado, la adopción internacional está contenida dentro de la medida de protección del último inciso del artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes pero cuenta con una regulación especial en nuestro ordenamiento. El artículo 129 del Código de Niños y Adolescentes dice:

Entiéndase por Adopción Internacional la solicitada por residentes en el exterior. Éstos no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos en el presente Código.

Para que proceda este tipo de adopción es indispensable la existencia de convenios entre el Estado Peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por éstos.

Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años se rigen por las disposiciones sobre Adopción internacional. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor se sujetan a las disposiciones que rigen la Adopción para los peruanos.

Esto quiere decir que para que sea internacional, la adopción debe ser solicitada por residentes en el extranjero<sup>339</sup>.

El artículo 17 del Reglamento de la Ley 26981 ordena que los peruanos residentes en el extranjero puedan tramitar las adopciones directamente mediante la Dirección General de Adopciones, y no mediante instituciones que tramiten adopciones internacionales. Por otro lado, el artículo 129 del Código estipula que los extranjeros que residan en el país por 2 años o más también podrán tramitar la adopción ante la Dirección General de Adopciones.

De todo esto se deduce que la regulación de la adopción internacional es aplicable a los extranjeros residentes en el exterior y a los extranjeros residentes en el Perú por un periodo menor a 2 años.

---

<sup>339</sup> Así también lo estipula el artículo 4 de la Ley 26981.

Existe una limitación a la adopción internacional: sólo pueden adoptar en el Perú aquellas personas cuyo país de residencia haya suscrito Tratado o Convenio en la materia con el Perú o con la Dirección General de Adopciones. El Tratado o Convenio debe encontrarse vigente.

A esto debe agregarse que como se verá con más detalle en el Capítulo 3, el Perú ha suscrito el Convenio de la Haya de 1993 y su regulación es aplicable a las adopciones internacionales realizadas entre los Estados ratificantes. En este sentido, los adoptantes residentes en el extranjero deberán presentar su solicitud de adopción a los centros o instituciones autorizados por su país de residencia para tramitar adopciones internacionales.

A diferencia del proceso de adopción doméstico, en la adopción internacional no se requiere que los solicitantes estén presentes sino hasta que la Dirección General de Adopciones les designe un niño o adolescente y se los comunique.

### 1. Principio de Subsidiariedad

La Convención de los Derechos del Niño en el artículo 21 literal b ordena:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: (...)

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

(...)

La Convención establece claramente que la adopción internacional debe ser entendida como el último recurso, luego de otras medidas como los hogares de guarda o la adopción doméstica. Los Estados están en la obligación de agotar esfuerzos para proveer a los niños y adolescentes de un cuidado adecuado dentro de su territorio. Esto de la mano con el artículo 20.3 del mismo Convenio que estipula que al considerar soluciones alternas, se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

No obstante, el mismo Manual de Implementación de la Convención recalca que la institucionalización prolongada no constituye un cuidado “adecuado”, según lo exigido por la Convención<sup>340</sup>. Esto puede ser evidenciado en lo desarrollado en el acápite sobre la

---

340 UNICEF. Óp. Cit. p. 298

institucionalización de este capítulo. Por tanto, si bien la adopción internacional no debe anteponerse a la adopción doméstica, sí está por encima de la institucionalización.

La Convención de la Haya en su preámbulo también contiene este principio al estipular que cada Estado deberá tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen y que la adopción internacional puede ser una opción ventajosa ya que ofrece una familia permanente a un niño que no pueda encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.

Además, el artículo 4 *b*) señala que:

“Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen [...] han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño”.

De no ser viable que un niño sea criado por su familia de origen o su familia amplia siempre que sea posible, deberán ser consideradas otras formas de cuidado familiar *permanente* dentro del país de origen y solamente después de que haya sido dada la debida consideración a las soluciones nacionales debe considerarse la adopción internacional, siempre y cuando responda al interés superior del niño<sup>341</sup>.

En la Guía de Buenas Prácticas No. 1<sup>342</sup> de este Convenio se desarrolla que los Estados deben garantizar que los esfuerzos por lograr mantener al niño o adolescente dentro del país no dañen involuntariamente al niño, retrasando indebidamente una solución permanente por medio de la adopción internacional.

Así, los Estados deben garantizar la elaboración del proyecto de vida permanente en el menor tiempo posible para todo niño privado de sus padres. Naturalmente debe promoverse la preservación de la familia y las soluciones de carácter nacional pero ante la ausencia de familias adoptivas adecuadas o personas que ejercerían el cuidado permanente del niño en el país, no es aconsejable mantener al niño esperando en una institución cuando existe la posibilidad de colocación en una familia adecuada y permanente en el extranjero.

---

341 CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional. Guía de Buenas Prácticas No. 1”. 2008. p. 32

342 *Ibidem*.

En nuestro ordenamiento, el artículo 116 del Código de los Niños y Adolescentes establece que la adopción por extranjeros es subsidiaria a la adopción por nacionales y que de concurrir solicitudes de nacionales y extranjeros se debe preferir la solicitud de los nacionales.

## **2. La adopción internacional en el proyecto de ley del nuevo Código de los Niños y Adolescentes.**

Al igual que en el código vigente, el proyecto de ley define a la adopción internacional como aquella realizada por toda persona con residencia habitual en el extranjero y exige como requisitos indispensable la existencia de convenios entre el Estado Peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o las instituciones autorizadas por éstos.

No obstante, se agrega que también se considera internacional la adopción de residentes en el Perú que buscan adoptar a un niño o adolescentes en el extranjero (artículo 151).

El proyecto menciona también la subsidiariedad de las adopciones internacionales pero es más específico al señalar que la preferencia en las solicitudes de los nacionales es en una proporción de 2 adopciones nacionales a 1 extranjera. Y que en casos concurren solicitudes de extranjeros, se preferirá a aquellas que provengan de parejas formadas por un nacional y un extranjero.

Esta mayor especificidad coadyuva a que las adopciones internacionales no sean postergadas indefinidamente sin ningún criterio. Esto es importante pues como se ha visto ya, las adopciones internacionales suelen ser más numerosas que las nacionales.

El proyecto incluye en el artículo 163 una de las preocupaciones más grandes que rodean a la adopción internacional: el consentimiento informado. Así, se ordena que las personas, instituciones y autoridades que intervengan en el proceso debe ser informadas de las consecuencias de la adopción y deberán expresar su consentimiento libremente, sin presión, amenaza o pago y por escrito.

En el caso de las instituciones extranjeras que incumplan esto pues serán sancionadas con la cancelación de la inscripción, acreditación o autorización quedando impedida de participar en otros procesos.

En cuanto al seguimiento post-adoptivo, la Autoridad Central extranjera acreditada y autorizada que patrocinó a los adoptantes y también de la legalización de la adopción en el país de los adoptantes será quien realice el seguimiento del desarrollo del niño o adolescente

adoptado y remitirá por 4 años cada 6 meses los informes de seguimiento post-adoptivo a la Dirección General de Adopciones<sup>343</sup>.

Por último, el artículo 166 estipula que los gastos provenientes del procedimiento de adopción son de cargo de los adoptantes y la Dirección General de Adopciones deberá publicar las tasas aprobadas respectivas. Esto es muy importante pues De este modo se buscará evitar los visos de corrupción que pueden existir durante estos procesos.

### **3. Organismos Internacionales acreditados autorizados para colaborar en materia de adopción internacional.**

Según la información proporcionada por la Dirección General de Adopciones a la fecha, existen siete organismos acreditados<sup>344</sup> para las adopciones prioritarias del programa Ángeles que Aguardan, como puede verse en el siguiente cuadro:

En cuanto a las adopciones no prioritarias, existen diecinueve agencias<sup>345</sup> autorizadas para colaborar como también lo muestra la información ofrecida por la Dirección General de Adopciones.

### **4. Datos Estadísticos**

Las adopciones internacionales en nuestro país son claramente mayores en número a las adopciones nacionales, aun cuando debe aplicarse el principio de subsidiariedad. En el cuadro No. 5 puede verse también que luego de alcanzar el pico de adopciones internacionales en el año 2010 con 163, en el año 2011 se redujeron a 130, y en el 2012 a 122.

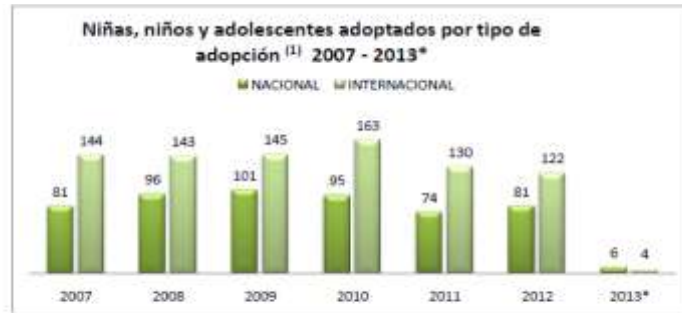
---

<sup>343</sup> Artículos 164 y 165.

<sup>344</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. Portal web institucional. En: Información 2013. En: [http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/Dirección General de Adopciones/acreditacion\\_Organismos\\_marzo2013.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/Dirección%20General%20de%20Adopciones/acreditacion_Organismos_marzo2013.pdf)

<sup>345</sup> *Ibíd.*

Cuadro No. 5



\* Información al 31 de enero.  
Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP.  
(1) El tipo de adopción está relacionado al lugar de residencia de los/as solicitantes.

En el cuadro No. 6 se hace visible que existe una demanda superior de adopción de niños y adolescentes de personas provenientes del extranjero.

Cuadro No. 6

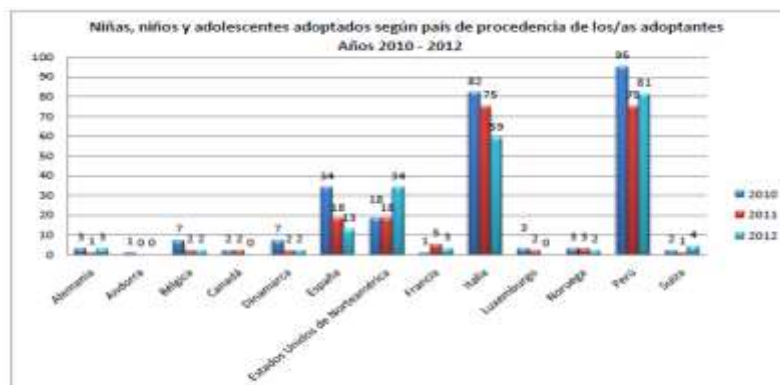
NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS POR FAMILIAS NACIONALES Y EXTRANJERAS (1)  
2007 - 2013\*

AÑO	FAMILIAS NACIONALES					FAMILIAS EXTRANJERAS			TOTAL
	Familias peruanas residentes en Perú	Familias mixtas residentes en Perú	Familias peruanas residentes en el extranjero	Familias mixtas residentes en el extranjero	Sub Total	Familias extranjeras residentes en Perú	Familias extranjeras residentes en el extranjero	Sub Total	
2007	81	—	6	14	101	—	124	124	225
2008	96	—	1	21	118	—	121	121	239
2009	101	—	4	6	111	—	135	135	246
2010	95	—	0	7	102	—	156	156	258
2011	74	—	2	15	91	—	113	113	204
2012	79	2	2	17	100	0	103	103	203
2013*	6	0	0	0	6	0	4	4	10

\* Información al 31 de enero.  
Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP.  
(1) Para efectos del presente cuadro, se entiende por familia nacional aquella en la que por lo menos un integrante de la pareja es peruano/a.

Los países de recepción con mayor número de adopciones internacionales son Estados Unidos, Italia y España, como bien puede verse en el Cuadro No. 7.

Cuadro No. 7



Elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

## CAPÍTULO III

### La adopción internacional y el Derecho Internacional Privado

#### Sumario

Este capítulo versa sobre la institución de la adopción internacional como relación privada de Derecho Internacional Privado y su imprescindible relación con el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional o, como se le viene denominando a lo largo de esta tesis, el Convenio de la Haya de 1993. Además, se realiza un análisis y comentario de otros Tratados relacionados así como los acuerdos bilaterales actualmente vigentes sin obviar la legislación nacional sobre la materia.

#### I. La adopción internacional como relación privada de Derecho Internacional

Para que una relación jurídica encaje dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado debe ser una relación de carácter privado y ha de contar con elementos extranjeros, es decir, una relación que involucre elementos que lo vinculan con otros ordenamientos jurídicos<sup>346</sup>.

El carácter privado de la relación jurídica internacional viene proporcionado por los sujetos que intervienen en la relación. De esta forma, estos pueden ser sujetos de Derecho Privado o de Derecho Público que actúan con carácter privado. En el caso de la adopción es una relación jurídica privada pues los sujetos de la misma son personas de Derecho privado.

Cabe hacer la aclaración de que la concepción de la adopción ha cambiado con el pasar del tiempo pues de ser una relación jurídica eminentemente privada, en el que el interés de los adoptantes prevalecía y en las que se recurría a conexiones de carácter personal de los adoptantes, ha llegado a ser una institución cuyo fin máximo es la protección del adoptado y, por tanto, se ha visto “publicada”<sup>347</sup>. Tanto así que, como se vio en el Capítulo 2, nuestro

<sup>346</sup> DELGADO BARRETO, César y otros. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. p. 29.

<sup>347</sup> IRIARTE ÁNGEL, José Luis. En: CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J.L. “Estatuto personal y multiculturalidad de la familia”. Madrid: Editorial COLEX. 2000. p. 106.

ordenamiento la considera una medida de protección más del niño y adolescentes. Esta protección se ve reflejada en la necesidad de la intervención de autoridades del Estado, sean judiciales o administrativas, con el fin de controlar el proceso de constitución de las adopciones.

Fernández Rozas afirma que para que la internacionalidad de una situación privada puede ser dada de dos forma: la primera es cuando los elementos personales referidos a las partes de la relación jurídica: nacionalidad, residencia o domicilio en el extranjero; y la segunda es cuando los elementos objetivos de la relación (situación del bien o celebración del negocio jurídico en el extranjero, entre otros)<sup>348</sup>.

El elemento extranjero en la adopción viene dado por la nacionalidad extranjera o la residencia habitual en el extranjero de una de las partes de esta relación jurídica. Es decir, las personas que buscan adoptar a un niño o niña en un país distinto o de residencia distinta al suyo o por la nacionalidad extranjera de niño a adoptarse. No obstante, es innegable que debido a los condicionamientos sociales y demográficos nuestro país es principalmente un país de origen, lo que significa que los casos de adopción internacional que proliferan en el Perú son aquellos en los que los adoptantes son nacionales de un Estado extranjero y el niño o adolescente en adopción es peruano.

Así, al existir distintas nacionalidades y lugares de residencia habitual diferentes entre los futuros padres y el hijo o hija, surge la posibilidad de que se apliquen las normas materiales de otros Estados además del país de constitución de la adopción.

Como bien lo apunta Rodríguez Benot, en lo referente a la adopción internacional, esta rama regula temas como la fijación de la competencia de las autoridades judiciales o administrativas que intervienen en la adopción, la determinación del o de los ordenamientos aplicables a su constitución, y el reconocimiento de los efectos de las resoluciones sobre adopción de unos países en otros<sup>349</sup>.

Además, las áreas vinculadas a los derechos de la persona y el Derecho de familia, tienen mucha vinculación con el sector de la cooperación y la asistencia entre autoridades tiene

---

<sup>348</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. “Derecho Internacional Privado”. Madrid: Editorial Civitas. Cuarta Edición. 2004. p. 22.

<sup>349</sup> RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. “La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero”. Ídem. p. 182.



creciente importancia<sup>350</sup>. Esto se ve reflejado sobre todo el Convenio de la Haya de 1993 que analizaremos en este capítulo.

### 1. El estatuto personal y la adopción internacional

Según Fernández Rozas, la noción de estatuto personal procede de la época medieval cuando se entendía que las leyes que regulaban los derechos relacionados con la persona perseguían a la persona donde fuere, es decir, tenían eficacia extraterritorial<sup>351</sup>. Esto cambió en la modernidad cuando las relaciones jurídicas pasaron a ser las vinculadas con las personas (y no las leyes) y que debido a su naturaleza eran reguladas por la llamada “ley personal” del individuo<sup>352</sup>.

Benítez Lugo<sup>353</sup> desarrolla que el estatuto personal como se lo conoce hoy en día es influido por dos textos legales: el artículo 3.3 del Código Civil francés de 1804, el que manifestaba que “las leyes relativas al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses aun cuando residan en país extranjero” y el artículo 6 del Código Piamontés de 1865 que reza “las leyes relativas al estado y capacidad de las personas y las relaciones de familia se regulan por la ley de la Nación a la que pertenecen”.

Así, la unión de ambos textos deviene la descripción clásica del estatuto personal: la ley aplicada es una ley personal y las materias abarcadas incluyen el estado de la persona, su capacidad y las relaciones familiares<sup>354</sup>. Dentro de la noción de relaciones familiares podemos ubicar a la filiación y, dentro de ésta, a la adopción internacional.

Sin embargo, debe hacerse notar que el estatuto personal hoy en día está influido por principios y valores que orientan materialmente las soluciones de Derecho internacional privado, haciendo mella en la tradicional autonomía de un concepto que usualmente se regía por criterios formales incluidos en los sistemas conflictuales de cada país. Esto se ve reflejado en el surgimiento del Derecho Internacional Privado de los “menores”, el mismo que se separa del “estatuto personal” tradicional por tener una reglamentación internacional especial, fruto de la cooperación con el fin de proteger el interés superior del niño y adolescente.

<sup>350</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. Ídem. p. 27.

<sup>351</sup> Ídem. p. 287.

<sup>352</sup> Ibídem

<sup>353</sup> BENITEZ LUGO, Mariano Aguilar et al. “Lecciones de Derecho Civil Internacional”. Madrid: Tecnos. 2006. p. 25.

<sup>354</sup> Ibídem

Si bien puede argumentarse que esta reglamentación específica genera el surgimiento de una nueva categoría, clásicamente las relaciones familiares están contenidas clásicamente dentro del estatuto personal. Como ya se mencionó, la ley que vendrá a regir estas relaciones es la ley personal, es decir, la que tiene un vínculo directo con la persona. No obstante, no existe un criterio unitario de ley personal en todos los ordenamientos. Generalmente las conexiones elegidas varían entre la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual.

El domicilio como conexión es anterior al de nacionalidad, que surge en el siglo XIX junto con el concepto de nación<sup>355</sup>. El domicilio puede definirse como la residencia calificada que comprende la residencia de la persona en un lugar determinado con intención de permanecer allí y establecer su domicilio<sup>356</sup>. La ley del domicilio ofrece ventajas frente a terceros pues es más fácil que se conozca el domicilio de la persona con la cual contratan, que su nacionalidad. Por otro lado, esta ley implica la asimilación de los inmigrantes al no diferenciarse en la aplicación de la ley entre nacionales y extranjeros.

La nacionalidad fue introducida como punto de conexión por primera vez en el artículo 3, inciso 3 del Código Civil francés de 1804<sup>357</sup>. La nacionalidad trae como ventaja que los ciudadanos domiciliados en territorio nacional y aquellos que emigraron a otros Estados están sometidos a la misma ley del país que otorga la nacionalidad. Además, se evita más fácilmente el fraude a la ley por ser más difícil de cambiar que el domicilio.

La residencia habitual, por su parte, es una postura intermedia y es el punto de conexión elegido por las diversas Convenciones producidas en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional. Entre ellas la Convención de la Haya de 1993 sobre adopción internacional. La residencia habitual no es un concepto legal sino más bien uno fáctico. Deja de lado el elemento intencional del domicilio y se prefiere el hecho de que una persona resida en un lugar.

El artículo 2047 del Libro X de nuestro Código Civil es claro al establecer que el derecho aplicable a las relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos extranjeros será determinado de acuerdo con los tratados internacionales<sup>358</sup>. Según el artículo 129 del Código

---

<sup>355</sup> WEINBERG DE ROCA, Inés. "Derecho Internacional Privado". Buenos Aires: Editorial Depalma. p. 91.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> Artículo 3: "En savoir plus sur cet article... (...) Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger".

<sup>358</sup> Artículo 2047.- Normas aplicables: El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro. Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

de los niños y adolescente, es internacional la adopción solicitada por residentes en el exterior y sólo procederá esta adopción si es que existen convenios entre el Estado peruano y los Estados de la nacionalidad de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por éstos.

El Convenio de la Haya de 1993 es aplicable a niños o adolescentes que buscan ser adoptados por personas residentes de un Estado y cuya adopción implicará un traslado fuera del país de residencia del niño o adolescente. Para las adopciones con estas características, el Convenio de la Haya de 1993 establece el criterio de residencia habitual para las adopciones internacionales de niños y adolescentes.

Sin embargo, nada obsta a que cuando el tratado no sea pertinente, y exista el elemento de extranjería en la adopción, se apliquen las normas contenidas en el Libro X del Código Civil y, supletoriamente, los principios y criterios de Derecho Internacional Privado. Sobre esto nos referimos en el próximo acápite.

## **2. El Libro X del Código Civil y la adopción internacional**

Aquellos casos que no se entren en el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1993 o de algún otro tratado o convenio habrá de aplicarse las normas del Libro X del Código Civil. Ejemplos de esto son la adopción internacional de adultos o los casos en que los ciudadanos extranjeros procedan de Estados no contratantes del Convenio de la Haya de 1993.

### **A. Competencia o jurisdicción internacional**

El Libro X no establece la jurisdicción internacional de los Tribunales para los casos de adopción internacional debido a que en nuestro país la adopción no se constituye judicialmente sino en la vía administrativa.

Ante esto cabe preguntarnos entonces qué autoridad administrativa es la competente para constituir adopciones. De lo revisado en el Capítulo 2 se hace evidente que la Ley 26981, Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, establece claramente en su primer artículo que es la ahora Dirección General de Adopciones la encargada de tramitar las solicitudes de adopción de menores judicialmente declarados en abandono.

La misma ley desarrolla que sólo es susceptible de ser adoptado el niño o adolescente declarado en estado de abandono mediante resolución judicial y que según su madurez y edad el adoptado deberá consentir a la misma. Existen unos casos excepcionales contenidos en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes en los cuales no es necesaria la declaración de abandono, y estos son aquellos en los cuales los jueces de familia pueden constituir la adopción. Al respecto se ahondó en el capítulo anterior.

De este modo, las adopciones internacionales de niños y adolescentes sólo pueden constituirse a favor de aquellos que hayan sido declarados en estado de abandono previamente en sede judicial y para este procedimiento es competente la Dirección General de Adopciones.

Éste no es el único supuesto ya que también pueden realizarse adopciones internacionales de adultos. Estas pueden realizarse ante el Notario o el Juez de Paz. La Ley de Competencia Notarial, Ley 26662, establece en su artículo 21 que los notarios son competentes para tramitar la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio. De ser la persona que se busca adoptar un incapaz entonces el competente viene a ser el Juez de Paz, quien constituirá la adopción en el marco de un proceso no contencioso.

En la mayoría de países<sup>359</sup> son los tribunales los competentes para iniciar el expediente y constituir la adopción, no sólo cuando el adoptado sea nacional de su estado sino también en algunos casos cuando los adoptantes son nacionales o residentes suyos y la persona a adoptarse es extranjero. Es decir, en estos países pueden constituirse adopciones de nacionales de otros Estados. Esto ocurre mayormente en las legislaciones que requieren o en las que está permitido que la constitución de la adopción sea realizada en el país en que residirá la persona con sus padres adoptivos.

Nuestras normas no contemplan este caso y, por tanto, ninguna institución de nuestro estado es competente para constituir la adopción de una persona de nacionalidad extranjera.

## **B. Ley aplicable**

El factor de conexión aplicable al estatuto personal en nuestro país es la ley del domicilio. Debe tenerse en cuenta que se trata del domicilio internacional que implica la residencia física en un lugar (elemento objetivo) y el ánimo de permanencia (elemento subjetivo) en el mismo.

---

<sup>359</sup> VAN LOON, J.H.A. Óp. Cit. p. 263

En el marco de la CIDIP II se firmó la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, que en su artículo 2 establece el domicilio será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias;

1. El lugar de la residencia habitual;
2. El lugar del centro principal de sus negocios;
3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

Así, en los casos en que el domicilio sea el factor de conexión en nuestro sistema conflictual deberá tenerse en cuenta el orden propuesto por el mencionado Convenio a la hora de definir cuál es el domicilio internacional. Se puede deducir entonces que tanto nuestro Código Civil y la interpretación del domicilio ofrecida por la Convención de la Haya sobre Domicilio concurren en que la residencia habitual es el factor de conexión preferido.

De forma similar la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de 1984, de la que el Perú no es parte, establece en su artículo 3 que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.

Nuestras normas de conflicto sobre la adopción se encuentran contenidas en el artículo 2087 del Código Civil. Según este artículo, la adopción se norma por las siguientes reglas:

“1.- Para que la adopción sea posible se requiere que esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y la del domicilio del adoptado. (...)”.

De este modo, para que pueda darse la adopción ésta debe ser permitida tanto en las leyes del domicilio del adoptante como en las del adoptado. Esto tiene sentido pues de lo contrario se abriría el paso a las adopciones claudicantes cuya constitución es válida en el país de origen del niño o adolescente pero que no podrán ser reconocidas en su futuro país de residencia, generando la desprotección de los intereses de éste.

Por otro lado, nuestro código opta por la aplicación distributiva de la ley personal del adoptante y la del adoptado para distintos supuestos. El numeral 2 estipula:

- 2.- A la ley del domicilio del adoptante corresponde regular:
    - a.- La capacidad para adoptar.
    - b.- La edad y estado civil del adoptante.
    - c.- El consentimiento eventual del cónyuge del adoptante.
    - d.- Las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción.
- (...)

Las condiciones necesarias que ha de cumplir el adoptante serán reguladas según las leyes del domicilio del mismo. Así, ésta regulará la capacidad para adoptar, la edad y estado civil del adoptante, la necesidad de la aceptación del cónyuge (de ser necesaria) y otras condiciones que sean necesarias en su Estado para poder adoptar.

Puede verse entonces que para las condiciones o requerimientos relacionados con el adoptante no se tendrán en cuenta los requisitos estipulados en la ley del adoptado (de constituirse en el Perú, la ley material peruana)<sup>360</sup> sino la ley del o de los adoptantes. Esto evidentemente se ve temperado con la posibilidad de aludir la excepción de la aplicación de esta ley extranjera siempre que se atente contra el orden público internacional del Perú.

3.- A la ley del domicilio del adoptado corresponde regular:

a.- La capacidad para ser adoptado.

b.- La edad y estado civil del adoptado.

c.- El consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor.

d.- La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.

e.- La autorización al menor para salir del país.

Por su parte, la ley del domicilio del adoptado regulará la capacidad para poder ser adoptado. La ley del domicilio asimismo regulará la edad y el estado civil del adoptado, por tanto su capacidad o no; la necesidad del consentimiento de los progenitores, si es que se va a producir la ruptura de los vínculos de parentesco con la familia biológica que, como ya fue comentado en su oportunidad, sucede como regla general debido a que el Perú no admite la adopción simple. También regulará cómo se ha de proceder para obtener el permiso para que el menor salga del país.

Estas previsiones son razonables ya que buscan que sea la ley del domicilio del adoptado la que regule las condiciones necesarias para que el menor esté en capacidad de ser adoptado, es decir, las del medio en que se encuentra y que se le han venido aplicando a lo largo de su residencia. La ley del domicilio del niño o adolescentes a adoptarse en nuestro país es precisamente la ley material ya analizada en el Capítulo 2.

No debe soslayarse que el Código Civil no regula la ley aplicable a la revocación y la nulidad aunque se considera que deben estar sujetas a la ley de su constitución pues no tiene sentido que un acto jurídico constituido con una ley determinada pueda ser anulada o revocada con otra. Por tanto, de constituirse en el Perú la adopción entonces se aplicarían las normas peruanas sobre revocación y nulidad.

---

<sup>360</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). “Código Civil, exposición de motivos y comentarios”. Lima: Grafotécnica editores. Tomo VI. 1988. P. 992

La nulidad invalidaría la adopción desde su surgimiento y puede ser causada por haber existido fraude, una imposibilidad legal para adoptar, la ausencia del consentimiento, etc. De ser constituida la adopción en nuestro país y al no tener normas específicas sobre la nulidad de la adopción consideramos que sería razonable que se aplicara la misma ley aplicable a la constitución de la misma.

La revocación, por su parte, típicamente no tiene un efecto retroactivo y generalmente se genera por causas posteriores a la adopción<sup>361</sup>. En cuanto a su regulación en nuestro país, el artículo 380 del Código Civil es categórico al establecer que la adopción es irrevocable. No obstante, el artículo 385 contiene una norma que permite que el adoptado pueda pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente de su mayoría de edad y en tal caso recuperará su filiación consanguínea y la partida original. Esto nos lleva a la discusión de si acaso no es ésta una excepción a la irrevocabilidad consignada en el Código. En efecto, parece ser una prerrogativa con la que sólo el adoptado cuenta, y no a los adoptantes, en los casos en que aquel considere que no quiere seguir perteneciendo a la familia que lo adoptó.

Así también lo considera van Loon en su curso para la Academia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado<sup>362</sup> al mencionar al Perú como uno de los pocos países que cuentan con la figura de la revocación de la adopción plena, contrario a la tendencia mundial de la irrevocabilidad.

El problema que la revocabilidad puede acarrear es que una persona puede hacer valer ésta en un país en la que no está permitida o podría obtenerse en el Perú para luego buscar hacerla valer en el país de residencia del adoptado. Esto va a depender de si la revocabilidad es parte o no del orden público internacional. De ser así, la revocación sólo tendría efectos en el Perú.

Otro tema que no ha sido regulado en el Libro X es la ley aplicable a los efectos de la adopción salvo la mención de que la ley del domicilio del adoptado es la que regulará la eventual ruptura del parentesco. Ejemplos de estos efectos son la nacionalidad, el domicilio, el ejercicio de la patria potestad, el nombre, el derecho alimentario y los impedimentos matrimoniales.

El artículo 2087 contempla un solo efecto que es el relacionado con la ley aplicable a la ruptura de vínculos del adoptado con los padres biológicos de la persona adoptada. El legislador decidió que la ley del domicilio del adoptado es la encargada de determinar estos

---

<sup>361</sup> VAN LOON, J. H. A. Op Cit. p. 272

<sup>362</sup> *Ibidem*.

efectos. En las adopciones constituidas en el Perú, sería la ley material peruana la aplicable y al respecto tenemos que por el artículo 377 del Código Civil toda persona adoptada adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Es decir, nuestro ordenamiento sólo contempla la adopción plena, anulando la posibilidad de la existencia de una adopción simple.

Sobre los demás efectos, el legislador guardó silencio. Cabe preguntarnos entonces qué ley debería aplicarse a los efectos de una adopción internacional que no entre dentro de lo regulado por ningún Convenio vigente.

Tómese en cuenta que la igualdad entre todos los hijos, sea cual sea el tipo de filiación, es un derecho constitucional<sup>363</sup> y por tanto la regulación sobre los efectos de la filiación en general también incluiría a la filiación adoptiva. De tener una norma sobre la ley aplicable a la filiación en general el problema quedaría resuelto. Lamentablemente no es el caso ya que en nuestro país tampoco tenemos una norma que explicita la ley aplicable a los efectos de la filiación en general.

Nuestro código tan sólo cuenta, además del artículo que viene comentándose, con los artículos 2083 y 2084 referidos a la filiación matrimonial y extramatrimonial. El primero de los artículos está vinculado con la elección de la ley que sea más favorable a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio mientras que el segundo sí se ocupa de regular que los efectos de la filiación extramatrimonial serán determinados por la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo o, en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tiene la posesión de estado respecto del hijo. Sobre la filiación adoptiva y sus efectos no hay regulación.

Van Loon<sup>364</sup> comenta que la tendencia en los sistemas que siguen el sistema conflictual, como el Perú, es la de someter los efectos de la adopción a la misma ley de que gobernó las condiciones de la misma. Debe recordarse que en lo referente a la ley aplicable a las condiciones de la adopción en el Perú existe una aplicación distributiva de la ley del domicilio del adoptado y del adoptante. Por tanto, siguiendo las tendencias de regulación en el mundo habría que elegirse una de éstas. Según el mismo autor, la ley aplicable a los efectos en la mayoría de casos suele ser la ley personal de los adoptantes.

---

<sup>363</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 6: “(...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

<sup>364</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. 283.



La razón principal tras tal elección es que debido a que el adoptado vivirá con los adoptantes es deseable que la norma que gobierna el estatuto personal de los adoptantes también se aplique a sus relaciones con el adoptado<sup>365</sup>. En este sentido, la ley personal de los adoptantes también determinaría el tipo de adopción, si es que revocable o irrevocable, la autoridad parental de darse el caso, y el nombre o la sucesión, si no están regulados en una norma aparte.

Ante el vacío de nuestra regulación se considera que esta postura sería la más acertada.

### C. Reconocimiento y eficacia de adopciones realizadas en el exterior

#### a. Reconocimiento

Tampoco se tiene una norma específica en el libro X referente al reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero. En otros países la adopción es generalmente constituida en sede judicial y, por tanto, tal sentencia es la que constituye la adopción de la persona y su pertenencia legal a la familia adoptiva.

Si bien el Perú es principalmente un país de origen en lo referente a las adopciones internacionales, nada obsta a que peruanos residentes en nuestro país puedan adoptar en el extranjero para luego volver al Perú con la persona adoptada y buscar que sea reconocida y tenga efectos.

Se puede buscar el reconocimiento resoluciones judiciales o sentencias, laudos arbitrales y, como lo apunta el artículo 2111 del código civil<sup>366</sup>, toda resolución extranjera que ponga fin a un proceso. Así, en el caso en que se constituya una adopción en vía administrativa, al poner ésta fin al proceso de adopción entonces se entendería que esta resolución podría ser objeto de reconocimiento y ejecución en otro país.

El valor otorgado a una sentencia o resolución extranjera va a depender de lo que cada Estado regule y al tipo de sentencia. Guzmán Latorre<sup>367</sup> señala que existen distintos sistemas de cumplimiento de las sentencias extranjeras: sistema avalorativo y el valorativo. El sistema avalorativo niega toda eficacia a las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros. El

---

<sup>365</sup> *Ibidem*.

<sup>366</sup> Artículo 2111°.- Aplicación supletoria: Lo dispuesto en este título rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil. Tratándose de laudos arbitrales, serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje.

<sup>367</sup> GUZMÁN LATORRE, Diego. "Tratado de Derecho Internacional Privado". Santiago de Chile: Jurídica de Chile. 1989. p. 562.

sistema valorativo, por su parte, sí les da valor pero va a tener variaciones. En cuanto al contenido de las condiciones del reconocimiento menciona dos tendencias: la primera que somete a la sentencia a un examen de forma y fondo de la resolución y, por otro lado, el sistema de la reciprocidad que prevé que se otorgue la misma eficacia a las sentencias de determinado Estado que tienen las sentencias del Estado que va a reconocer en el Estado de la persona que busca reconocer y ejecutar la sentencia.

En lo referente a la autoridad que emana la autorización previa para que la resolución extranjera tenga eficacia se pueden advertir que ésta puede darse por vía judicial o vía administrativa.

En el Perú, según el artículo 2102<sup>368</sup> del Código Civil, aplicamos el principio de reciprocidad siempre que no existan Tratados sobre la materia con el país de procedencia de la sentencia que tengan una regulación distinta. El artículo 2103<sup>369</sup> es claro al señalar que si la sentencia proviene de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos o cuando requieren un análisis del fondo de los mismos entonces tampoco se dará el reconocimiento. El artículo 838<sup>370</sup> del Código Procesal Civil establece que la reciprocidad no requiere ser probada salvo por la parte que niegue la misma. Es decir, este código establece una presunción *iuris tantum* de la reciprocidad.

Carlos Vico sostiene que el exequátur es el acto que recae sobre la propia sentencia extranjera y que la inviste, tal como ha sido dictada, de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales, sin revisar el fondo del fallo<sup>371</sup>. Así, la sentencia extranjera sólo adquiere fuerza cuando una norma en el ordenamiento en que busca ser reconocida así lo permite.

El artículo 2104 del Código Civil establece que para que se realice el reconocimiento de la sentencia extranjera o exequátur, la sentencia ha de cumplir con una serie de requisitos que no incluyen una revisión de fondo del fallo. Los requisitos son:

---

<sup>368</sup> Artículo 2102°.- Principio de Reciprocidad: Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos. Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos.

<sup>369</sup> Artículo 2103°.- Reciprocidad negativa: Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República. Están comprendidas en la disposición precedente las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos.

<sup>370</sup> Presunción relativa.- Artículo 838.- Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.

<sup>371</sup> VICO, Carlos. Citado en: GUZMÁN LATORRE, Diego. p. 565.

(...)

- 1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.
- 2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
- 3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
- 4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
- 5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que origino la sentencia.
- 6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
- 7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.
- 8.- Que se pruebe la reciprocidad.

Ahora vale la pena preguntarse qué tipo de sentencias han de someterse al exequátur o reconocimiento de sentencia extranjera. El exequátur sólo procede respecto de las resoluciones que presentan caracteres de complejidad, es decir, están excluidas decisiones como decretos o autos por no ser definitivos y no tener efectos fuera del proceso<sup>372</sup>. Por otro lado, éste se debe realizar sobre todas aquellas sentencias que la ley de cada Estado regule que deben someterse a ese trámite.

Los tipos de resoluciones requieren exequátur pueden encajarse en dos tipos: El primero relativo a las implicancias civiles que pueden tener las sentencias condenatorias penales. El segundo está vinculado a las sentencias civiles, entre las cuales se tiene a las sentencias contenciosas y a las no contenciosas.

Es precisamente éste último el tipo de sentencia que nos concierne. La adopción internacional se constituye por una resolución no contenciosa. Existe cierta inclinación en las legislaciones hacia evitar el exequátur en este tipo de resoluciones debido a que estos actos suelen no tener fuerza ejecutiva ni poder de cosa juzgada ya que son actos principalmente administrativos, formalmente jurisdiccionales<sup>373</sup>.

Como se verá más adelante, en lo referente a la adopción internacional, el Convenio de la Haya de 1993 tiene un sistema de reconocimiento particular. Para todos aquellos casos que

---

<sup>372</sup> Ídem. p. 566

<sup>373</sup> Ídem. p. 567

escapen a su ámbito de aplicación hemos de dirigir la atención hacia lo regulado en los Tratados vigentes y, de no existir éstos, el Libro X.

Al respecto el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, vigente en nuestro país y competente para asuntos civiles y comerciales en su artículo 8<sup>374</sup> establece que este tipo de actos no requieren exequátur y tienen en los demás Estados partes el mismo valor que se hubiesen emitido en ellos, de reunirse los requisitos del artículo 5<sup>375</sup> de este Tratado, que coincidentemente son muy parecidos a aquellos contenidos en el artículo 2104 antes mencionado.

El Código Bustamante de 1928, vigente también en el Perú, y aplicable a las sentencias de naturaleza civil y actos de jurisdicción voluntaria de comercio, entre otras, en su artículo 423<sup>376</sup> estipula también unos requisitos que coinciden con los que el legislador peruano ha incluido en el Código Civil. Asimismo, el artículo 435 reza:

Las resoluciones en los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, procedentes de un Estado contratante, se aceptarán por los demás si reúnen las condiciones exigidas por este Código para la eficacia de los documentos otorgados en país extranjero y proceden de Juez o Tribunal competente, y tendrán en consecuencia eficacia extraterritorial.

El artículo 2108 de nuestro código civil menciona que:

(...)

<sup>374</sup> Los actos de jurisdicción voluntaria como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen realizado en su propio territorio, con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores.

<sup>375</sup> Artículo 5: Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales de uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los siguientes requisitos:

- a- Que la sentencia o falla haya sido expedido por el tribunal competente en la esfera internacional;
- b- Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido;
- c- Que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio; y
- d- Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución.

<sup>376</sup> Art. 423.- Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el Juez o Tribunal que la haya dictado;
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesario para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

Las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren de exequátur.

Por tanto, cabe concluir que para todas las resoluciones que constituyen adopciones internacionales que escapen a la Convención de la Haya y estén sometidas tanto a los Tratados mencionados o, en su defecto, al Libro X no se requiere el exequátur.

## b. Eficacia

Cuando se habla de eficacia de una sentencia extranjera, se hace inmediata referencia a los efectos que una sentencia extranjera llega a ejercer en un país distinto al que fue dictada. Existen unos efectos clásicos de las sentencias extranjeras: la fuerza de cosa juzgada, la fuerza ejecutiva, y la fuerza probatoria<sup>377</sup>. Sin embargo, existen también otros como el efecto de hecho jurídico vinculante y la trascendencia registral<sup>378</sup>.

En cuanto a la fuerza de cosa juzgada la doctrina distingue la cosa juzgada formal de la material. La primera tiene que ver cuando contra una resolución llega a ser inatacable en el mismo procedimiento<sup>379</sup> por no existir ningún recurso previsto contra ésta. La cosa juzgada material es un efecto propio de algunas resoluciones judiciales firmes y que hace que su contenido vincule a los órganos judiciales en cualquier otro proceso logrando excluir la posibilidad de una nueva resolución sobre el fondo<sup>380</sup>.

Las sentencias que versan sobre procesos contenciosos suelen ser las que típicamente cuentan con la fuerza de cosa juzgada material. Esto se debe a la existencia de una controversia sobre derechos entre las partes, la misma que será zanjada con una resolución que podrá ser opuesta a terceros y será vinculante en el fondo ante los tribunales con el fin mantener la seguridad jurídica.

El caso opuesto es el de las resoluciones o sentencias que versan sobre asuntos no contenciosos. La ausencia de controversia en procesos de adopción, tutela, curatela, declaración de incapacidad, entre otros, hace que se considere que el efecto de cosa juzgada material no tiene sentido y no le sea atribuido a este tipo de sentencias. Esta evidente

---

<sup>377</sup> Ídem. p. 569.

<sup>378</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. "Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria". Madrid: Eurolex. 1997. pp. 55-100.

<sup>379</sup> Ídem. p. 56.

<sup>380</sup> Ídem. p. 57

estabilidad limitada está vinculada también a que la mayoría de estas resoluciones no contenciosas pueden ser modificadas posteriormente. Casos como la declaración de ausencia, la tutela, curatela o la custodia de un niño o adolescente pueden ser revisadas cuando existan surjan situaciones o hechos, con el tiempo o cuando sea necesario para preservar los intereses de las personas protegidas<sup>381</sup>.

El caso de la adopción difiere en esta característica pues si bien es fruto de un proceso no contencioso requiere una estabilidad particular debido a que esta figura constituye un tipo de filiación. Que todos los hijos sean iguales ante la ley es un derecho, permitir la revisión de la adopción sería atentatorio de esta igualdad al crearse una inestabilidad que los otros tipos de filiación no implican.

Otro de los efectos típicos de las sentencias extranjeras sobre cuestiones contenciosas es el de la fuerza ejecutiva. Ésta implica la movilización de los recursos del estado para hacer que esta sentencia sea ejecutable y oponible como lo sería una sentencia nacional. En este sentido, luego del procedimiento de reconocimiento propio de cada país (exequátur) la sentencia internacional tiene la posibilidad de ser ejecutoriada como cualquier sentencia emitida en el ámbito interno. De la misma forma que sucede con la cosa juzgada material, al no existir una controversia en los casos de las sentencias sobre cuestiones no contenciosas, tampoco se les atribuye este efecto.

Otro efecto típico de las sentencias no contenciosas en general es el efecto constitutivo. Que una resolución tenga una eficacia constitutiva significa que puede producir por sí misma la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas<sup>382</sup>. Su eficacia deriva directamente de la resolución, no de un derecho subjetivo existente, como en el caso de las sentencias sobre materia contenciosa<sup>383</sup>. De esta manera, en nuestro país al declararse la declaración de incapacidad de una persona en vía judicial o la adopción de un niño o adolescente en la vía administrativa, sus respectivas decisiones que ponen fin al proceso o procedimiento constituyen la situación jurídica de tutela o adopción. La adopción existe como situación jurídica pues la resolución le da tal eficacia.

---

<sup>381</sup> Ídem. p. 61

<sup>382</sup> Ídem. p. 62

<sup>383</sup> Ídem. p. 64

La eficacia de estas sentencias está ligada a que en otro proceso o procedimiento la situación jurídica existente pueda ser vinculante. Es el caso, por ejemplo, de una hija adoptiva adoptada en el extranjero que busca hacer valer sus derechos sucesorios. Que el juez pueda dotar de efectos a esta resolución de adopción implica que tal sentencia tiene un efecto que va más allá del probatorio.

Si una sentencia de adopción extranjera tuviera sólo efectos probatorios entonces la acreditación de la relación de filiación adoptiva podría servir para inscribir la misma pero, en caso surgiera un caso en que se discutiera los derechos sucesorios de este hijo adoptivo el juez no se encontraría vinculado a reconocer la existencia de tal situación jurídica ya que es sólo un documento de prueba más a ser evaluado por él con el fin de llegar a una decisión<sup>384</sup>.

No parece ser coherente que la filiación adoptiva existente producto de tal resolución no vincule al juez en un caso en que se discutan derechos conexos. No parece suficiente que al decidir sólo esté obligado a tomarlo como un dato o prueba más a tener en cuenta.

El efecto de vinculación del juez nacional al reconocimiento de la existencia de una situación jurídica como resultado de una sentencia en materia no contenciosa extranjera y, naturalmente, le otorgue los efectos que ha de tener según la legislación aplicable se llama “efecto del hecho jurídico vinculante”<sup>385</sup>. De Miguel desarrolla que este efecto trae consigo que el estado o la condición que surge a partir de tal decisión extranjera han de ser respetados simplemente porque existe una resolución que así lo sostiene. Ahora bien, siguiendo con el ejemplo anterior, el juez ha de reconocer la relación adoptiva constituida por la sentencia extranjera y, por tanto, otorgar al hijo adoptivo los derechos sucesorios que la ley aplicable disponga.

El Libro X no se ha manifestado sobre los efectos específicos de las sentencias extranjeras en materia no contenciosa. No obstante, Revoredo, en su exposición de motivos,<sup>386</sup> afirma que el Código Civil le otorga a estas sentencias efectos probatorios.

---

<sup>384</sup> Ídem. p. 66.

<sup>385</sup> Ídem. p. 67.

<sup>386</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. “Código Civil”. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada, 1985. Tomo VI. p. 1035.

Sin embargo, al menos en el caso de la adopción, no vincular al juez peruano a aceptar la situación jurídica constituida por una resolución extranjera parecería limitar innecesariamente los derechos adquiridos en el extranjero. Por tanto, se considera que la sentencia de adopción extranjera, en su condición no contenciosa, más que un efecto probatorio tiene un efecto de hecho jurídico vinculante. El mismo que garantiza que se reconozca automáticamente la existencia del hecho o situación jurídica existente de hijo y se respete la misma.

Un último efecto a desarrollar es el de la trascendencia registral<sup>387</sup>. Esto cobra particular importancia en casos de las sentencias extranjeras de adopción ya que este efecto de hecho jurídicamente vinculante generalmente permite que los hijos adoptivos sean inscritos en el registro, logrando con esto la oponibilidad ante terceros de tal situación jurídica. Este efecto no se desprende de la resolución extranjera sino más bien de lo que cada ordenamiento interno considere inscribible<sup>388</sup>.

En el Perú, como se ha visto, las resoluciones internacionales sobre cuestiones no contenciosas como la adopción internacional no requieren pasar por el exequátur para ser reconocidas. Es decir, nuestro ordenamiento les otorga un reconocimiento automático, sin seguir procedimiento especial, pero se entiende que han de estar sometidos al control o valoración de la autoridad ante la cual se pretenda hacer valer<sup>389</sup>. Esto va de la mano con otras legislaciones que comparten la idea de que el exequátur es imprescindible sólo cuando se trate de invocar la eficacia de una sentencia extranjera, es decir, su fuerza ejecutiva o fuerza de cosa juzgada (caso de las sentencias de tipo contencioso), y no cuando la sentencia sirva para denotar la existencia de una situación jurídica vinculante.

En ese sentido, Aguilar<sup>390</sup> afirma que no se puede pretender que tales actos no contenciosos se ejecuten o alcancen el valor de cosa juzgada en el foro porque la eficacia extraterritorial de ese acto a nivel formal va a depender de la valoración que le asigne en el foro al documento extranjero que certifica que, amparados en las normas del ordenamiento extranjero, se ha constituido un estado jurídico particular<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. Óp. Cit. p. 72.

<sup>388</sup> *Ibidem*

<sup>389</sup> *Ídem*. p. 89.

<sup>390</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano et al. Óp. Cit. p. 189.

<sup>391</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Óp. Cit. p. 1035.



La forma en que se hace valer una resolución o un acto en materia no contenciosa dependerá de lo que los Convenios regulen o, en su defecto, el derecho interno. Siendo que en esta sección se está analizando el derecho interno solamente, podemos afirmar que en el Perú actualmente no existe el procedimiento para dotar de eficacia a las resoluciones extranjeras no contenciosas, incluida naturalmente las sentencias extranjeras de adopción. Vale la pena repetir que no se cuentan dentro de esto los casos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Haya de 1993.

Cabe preguntarnos entonces qué requerirían una pareja de peruanos para hacer dotar de eficacia a una resolución de adopción extranjera en nuestro país. Nuestras normas no resuelven este asunto, por tanto se virará la atención por un momento hacia el ordenamiento español, en el que tampoco existe un procedimiento para dotar de eficacia a tales sentencias sobre materia no contenciosa, las mismas que tampoco requieren exequátur en este país.

En España, las resoluciones extranjeras de adopción logran tener eficacia mediante la inscripción registral. Fernández Rozas<sup>392</sup> desarrolla que son los registradores los que aplican las normas del Código Civil español y las normas vinculadas y se encargan de realizar un control de competencia judicial internacional de la autoridad que constituyó la adopción, luego un control de la ley aplicable relacionada a la capacidad del adoptando y a los consentimientos requeridos según la ley aplicable según el ordenamiento de constitución de la adopción. Así como también ha de verificar que la autoridad española haya declarado idóneos a los adoptantes españoles.

Si se buscara realizar algo equivalente, entonces la pareja de peruanos deberían buscar la inscripción del hijo en nuestro Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Ahora bien, sobre la posibilidad de que un peruano o peruana puedan inscribir a un hijo adoptado en el extranjero como suyo la Ley del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, y el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Decreto Supremo N° 015-98-PCM, no se pronuncian.

Sin embargo, la lectura de la ley permite apreciar que el artículo 44 señala que “las adopciones” son inscribibles en el Registro, sin mencionar que sólo son inscribibles las constituidas en el Perú. Por otro lado, el artículo 55 estipula:

---

<sup>392</sup> FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Óp. Cit. pp. 398-399.

Artículo 55.- Las inscripciones de resoluciones judiciales se efectuarán únicamente en caso que éstas se encuentren ejecutoriadas, salvo disposición legal en contrario. (...).

Este artículo tampoco niega la posibilidad de que una resolución judicial extranjera de adopción pueda ser inscrita. Como se vio, este tipo de sentencias se ven exentas del exequátur por lo que en principio deberían poder ser llevadas directamente ante el RENIEC.

Otro artículo pertinente de la ley podría ser el 58<sup>393</sup> en el que se establece que las constancias de inscripción emitidos por el RENIEC son instrumentos públicos y prueban de forma fehaciente los hechos a menos que se declare su nulidad en vía judicial. En este sentido, de lograrse una eventual inscripción en el RENIEC de una adopción internacional extranjera esta inscripción tendría el efecto de probar fehacientemente la filiación adoptiva existente entre padres e hijo.

#### **D. El orden público internacional**

Antes de concluir el análisis sobre la legislación nacional relacionada a la adopción nacional, no puede dejarse de mencionar el tema del orden público internacional por representar una excepción a la aplicación extranjera y, como tal, es aplicable a también a la figura de la adopción internacional.

Si bien la aplicación de la ley extranjera en otro Estado se permite en aras de la armonía internacional, es claro que esta aplicación no es ilimitada. Cada Estado tiene una serie de instituciones fundamentales relacionadas con sus principios, costumbres o intereses jurídicos, morales o sociales que son tan importantes que no pueden ser contravenidos por la aplicación de una norma extranjera sin afectar gravemente los pilares que cimantan tal Estado<sup>394</sup>.

Para prevenir tal afectación las legislaciones la excepción del orden público pues se entiende que si esos principios no pueden ser transgredidos por ninguna norma nacional mal se haría al permitir que en las relaciones privadas con un elemento de extranjería se permita aplicar una ley que exima a las personas del cumplimiento de estos principios o lograr la aplicación de efectos contrarios a estos principios fundamentales dentro de su territorio.

---

<sup>393</sup> Artículo 58.- Las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente la nulidad de dicho documento.

<sup>394</sup> GUZMÁN LATORRE. Óp. Cit. p. 364.

El contenido del orden público es bastante relativo e impreciso pues va a diferir dependiendo de cada Estado. No obstante, se puede empezar por hacer un primer deslinde al mencionar que el orden público reconocido dentro del Derecho Internacional Privado, no es el mismo del que se habla en otras ramas, de ahí que sea calificado como “orden público internacional” en la doctrina para hacer notar la diferencia.

El orden público interno está contenido por aquellas normas que no pueden ser dejadas de lado por la autonomía de la voluntad y que son obligatorias para los nacionales de un país<sup>395</sup>. Así, encontramos que las normas relativas al estado y capacidad de las personas están dentro de esta categoría.

Por otro lado, el orden público internacional como lo define Mancini es aquel que comprende en todo país, en la amplia aceptación del término, el respeto de los principios superiores de la moral humana y social, como son comprendidos y observados en el país, los usos y hábitos, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las que las instituciones positivas, ni ningún gobierno ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas obligatorias para esos Estado<sup>396</sup>. Es decir, el orden público internacional tiene una función de defensa y protección ante posibles lesiones a la soberanía de un Estado mediante la aplicación de una norma extranjera.

Como puede deducirse, toda norma de orden público internacional es naturalmente una norma de público interno. Sin embargo, lo contrario no puede afirmarse ya que el orden público internacional es mucho más limitado en cuanto se centra sólo en aquellos principios fundamentales para un Estado. Un ejemplo común es el de la imposibilidad de que un extranjero, cuya ley personal permita la poligamia, pueda contraer un matrimonio polígamo en nuestro país debido a que es un principio fundamental de nuestra sociedad de que los matrimonios sólo pueden ser realizados por dos personas de distinto sexo. Asimismo, un matrimonio de tipo homosexual tampoco podría realizarse en nuestro país por esta misma razón.

Es un concepto variable porque lo que se considera fundamental para una sociedad puede no serlo en otra. También es variable en el tiempo pues con la evolución de las sociedades sus principios fundamentales pueden cambiar o adoptar nuevas características. Un ejemplo de esto es la tendencia casi universal del mundo occidental de permitir el divorcio, mientras que

---

<sup>395</sup> Ídem. p. 379.

<sup>396</sup> Ídem. p. 365.

años atrás esto hubiera sido impensable. Debido a esta variabilidad que los principios pertenecientes al orden público internacional no suelen estar listados, el juez debe realizar un ejercicio valorativo para analizar si debe usarse esta excepción o no.

La doctrina señala que existen diversos efectos de la aplicación de esta excepción. Existen aquellos casos en que se rechaza la aplicación de la ley extranjera (llamado “efecto negativo”) y se pasa a la aplicación de la ley del tribunal (efecto positivo), sustituyendo la ley extranjera aplicable. Un ejemplo podría ser el caso de un país en el que la obligación de proveer de alimentos a sus hijos no exista, de acuerdo al orden público internacional podría exigirse tal efecto, así sean aplicable las normas de ese país a la relación privada.

Existen otros casos en los que el orden público internacional sólo llega a tener un efecto de prohibición o negativo, como es en el caso de países que no permiten los divorcios o aquellos que no consienten los matrimonios homosexuales.

Nuestro ordenamiento no es la excepción al regular el orden público internacional de la siguiente forma:

Artículo 2049:

“Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano”.

De esta manera, nuestro ordenamiento pone un límite para la aplicación y el reconocimiento de la ley extranjera y este límite es la incompatibilidad con el orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, esta excepción de orden público internacional no sólo va a ser usada en los casos de aplicación de la ley extranjera o ejercicios de derechos sino también para los derechos adquiridos. Estamos hablando de los casos en que unas personas adquieren derechos dentro de un Estado y pretenden hacerlos valer en otro.

En esta materia existen diversos casos como es aquel en que la institución jurídica sobre la que se funda el derecho no existe en el país en que se lo pretende hacer valer<sup>397</sup>. Por ejemplo, el caso de una adopción que se pretende hacer valer en un país musulmán. Siendo que estos países no permiten la adopción, esta institución no podría ser reconocida.

---

<sup>397</sup> Ídem. p. 386

Otro caso es aquel en que el Estado en el que se busca el reconocimiento del derecho sí conoce de la institución pero tal reconocimiento sería contrario al orden público internacional. Por ejemplo, el caso de una pareja de homosexuales peruanos que se casaron en Nueva York, donde esto es legal, que buscan el reconocimiento de tal matrimonio en nuestro país.

El efecto del orden público en estos casos es siempre negativo pues no se llega a reconocer tal Derecho como existente.

Nuestro Código Civil sobre el tema regula:

Artículo 2050: “Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”.

- *El orden público internacional y las adopciones internacionales*

En el caso de las adopciones internacionales tenemos que el orden público puede ser aplicado tanto para lo relacionado con el ejercicio de derechos y a los derechos adquiridos.

Un caso famoso que vincula la adopción internacional y el orden público es el caso Wagner y JMWL c/. Luxemburgo 28/6/2007, No. 76240/01 llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el mismo que se pronunció el 28 de junio de 2007. El caso versó sobre una adopción de una niña peruana constituida en nuestro país en 1996 y que su madre, la Srta. Wagner, buscó sea reconocida y ejecutada en su país, Luxemburgo, con el fin de que la niña pueda ser inscrita en el Registro y pueda adquirir la nacionalidad de este país y obtuviera la residencia definitiva en Luxemburgo.

Tal petición le fue denegada en diversas instancias debido a que se comprendió que era un principio fundamental del orden público internacional de Luxemburgo que sólo pudieran adoptar de forma plena parejas casadas. La señorita Wagner era soltera y, por lo tanto, este país le negó el *exequátur* de la adopción internacional. Las diversas instancias a las que recurrió la señorita Wagner resolvieron lo mismo argumentando que la adopción plena corta

los lazos con los padres de origen y, por tanto, al ser adoptado debe ofrecerse al niño una protección similar y no menor a la que hubiera tenido con sus padres biológicos<sup>398</sup>.

La señorita Wagner llevó, así, su caso ante el Tribunal de Derechos Humanos, el cual le da la razón luego de hacer un análisis de lo regulado en los demás países de Europa así como el análisis de las ventajas que tendría el reconocimiento de la adopción de la niña y que el sentido de esa prohibición es que el niño no se desvincule de los lazos con su familia de origen y que en este caso esto no se daba pues la niña había sido adoptada luego de haber sido ubicada en un orfanato por no tener parientes a cargo de ella. De esta manera, el análisis del interés superior del niño en el caso concreto siempre responde a que se reconozca y ejecute la adopción internacional. Así, el Tribunal de Derechos Humanos deja en claro que el análisis del interés superior no puede ser abstracto sino que ha de ser evaluado caso por caso.

En el Perú, en todos aquellos casos en los que no medie Tratado, el Código Civil señala la aplicación distributiva de la ley del domicilio del adoptante y del adoptado. La ley del domicilio del adoptante se aplica, entre otras, a las condiciones para adoptar del adoptante. Así, se puede tener casos en que las condiciones que son consideradas aceptables en unos países pueden no serlo para nuestro país. Puede ser el caso de una pareja de adoptantes homosexuales domiciliados en Inglaterra, en donde la adopción realizada por parejas homosexuales es permitida, que buscan adoptar en el Perú. Ellos podrían cumplir con todas las condiciones que las normas inglesas estipulen pero en el Perú tal adopción no podría realizarse ya que las parejas homosexuales no pueden adoptar en nuestro país.

El caso de derechos adquiridos es similar. Una pareja de homosexuales peruanos puede haber logrado constituir la adopción de un niño en España, donde les está permitido adoptar. Luego, estas personas vuelven al Perú y buscan el reconocimiento de esta adopción. Esto no se lograría debido a las normas de orden público de nuestro país.

La posibilidad de que los homosexuales adopten o no es un excelente ejemplo de la variabilidad del contenido del orden público internacional. Existen países como Inglaterra y España en los cuales está permitida hoy en día. Otro ejemplo de este cambio de postura se ve reflejada en la conocida decisión del 22 de enero del 2008 del caso E.B. c. France (GC), No. 43546/02 también del Tribunal Europeo en la que este Tribunal sostuvo que la sola

---

<sup>398</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. "La familia en la jurisprudencia de la corte europea de derechos humanos en el último trienio". 2009. p. 52.

circunstancia de ser homosexual no constituye un impedimento para adoptar, lo cual cambió un precedente del año 2002 en el que se sostuvo que la negación de la adopción de un homosexual no violaba la Convención Europea<sup>399</sup>.

Hoy en día la lucha de este sector de la población por que se les permita casarse o adoptar viene teniendo distintos resultados en diferentes países del mundo. Y al margen de las consideraciones modernas pluralistas y de los nuevos acercamientos críticos a la problemática homosexual contemporánea dentro de nuestro mismo país, consideramos que al menos hasta el momento nuestro ordenamiento es claro al establecer que sólo pueden contraer matrimonio las parejas heterosexuales y que sólo este tipo de parejas pueden adoptar a un niño o adolescente como pareja (además de personas solteras) y que esto entra del orden público internacional peruano.

## **II. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional y su aplicación en el Perú**

Las condiciones de adoptabilidad, los requisitos y procedimiento para la constitución de la adopción y sus efectos tienen una regulación diversa en cada Estado debido a las diversas concepciones existentes sobre la adopción como institución y a su indubitable vinculación con el contexto social, cultural, económico y religioso de cada Estado.

El problema se hace uno más complejo cuando se agrega el elemento de extranjería y se pretende la adopción de un niño que será posteriormente trasladado fuera del país de constitución, donde se buscará el reconocimiento de tal adopción.

Sin embargo, no sólo existen diferencias en cuanto a lo que involucra el proceso de adopción sino también a las salvaguardas de distinta intensidad que las adopciones implican en los distintos ordenamientos. En los países en los que los requerimientos y el proceso en sí son menos complicados con frecuencia atraen la atención de las personas que buscan adoptar. Como se revisó en el primer capítulo, tal demanda ha generado en muchos casos el surgimiento de redes de tráfico infantil que involucraron incluso la participación de los funcionarios públicos.

La necesidad de la existencia de una Convención sobre adopción internacional se hizo evidente en los años 80<sup>400</sup>, época por la que el incremento de las adopciones fue tal que hasta

---

<sup>399</sup> Ídem. p. 55.

llego a ser caracterizada como un fenómeno migratorio mundial. Así también, durante esa época los constantes casos de abusos alrededor de esta institución generaron la necesidad de crear cierta uniformidad en las normas que regulan el proceso de la adopción internacional con el fin de instaurar salvaguardas mínimas que hagan que ésta responda al interés superior del niño o adolescente.

Es en este sentido que el Convenio apunta a la distribución de responsabilidades entre las autoridades centrales en cuanto a los requisitos para adoptar y de adoptabilidad del niño o adolescente, así como también norma los efectos del vínculo de filiación e instaura un sistema de reconocimiento privilegiada de las resoluciones de adopción entre los Estados partes.

El Informe Explicativo de la Convención elaborado por el otrora juez de la Corte Internacional de Justicia, Gonzalo Parra- Aranguren, se nombra como razones del surgimiento de esta Convención la insuficiencia de instrumentos legales internacionales sobre el tema. Esto generó que la Oficina Permanente de esta Conferencia preparara un Memorando en Noviembre de 1989 en el que se manifestó la necesidad de establecer estándares uniformes y vinculantes en la materia, de un sistema de supervisión del cumplimiento de tales estándares, de crear canales de comunicación entre los Estados y de cooperación entre los países de origen y de destino<sup>401</sup>.

En la Décimo Sexta sesión de la Conferencia de la Haya, en 1988, se decidió que en la sesión siguiente se trabajaría en una Convención sobre adopción internacional<sup>402</sup>. En mayo de 1993 comenzó tal sesión y el proyecto de la Convención fue aprobado unánimemente el 29 de mayo de 1993.

Sin embargo, como se verá a lo largo de este acápite, a pesar de ser el tratado multilateral más importante sobre la materia hasta el momento no significa que su contenido sea uno exhaustivo. Lo cierto es que debido a las muchas diferencias existentes en cuanto a la regulación de esta institución y con el fin de lograr la ratificación del mayor número de Estados, las normas encontradas en este convenio son unas de compromiso y, por tanto, caracterizadas por su mayoritaria generalidad y flexibilidad.

---

<sup>400</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. "The implementation and operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice". Guía No. 1. 2008. p. 21.

<sup>401</sup> PARRA – ARANGUREN, G. "Informe Explicativo del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional". Conferencia de la Haya de Derecho Internacional. Décimo séptima sesión. Párrafo 7. p. 7

<sup>402</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía No. 1. Óp. Cit. p. 22.



## I. Características Generales

Se empezará este análisis haciendo mención de que este convenio, según su propio nombre, establece ante todo un sistema de cooperación interestatal en materia de adopción internacional cuyo fin primordial es regular las actuaciones y responsabilidad de las autoridades con el fin cumplir con los objetivos trazados en el mismo. Se crea así un sistema de cooperación que invita incluso a que los Estados miembros se vinculen en otros Tratados que expandan lo regulado en este documento<sup>403</sup>.

En el último párrafo del preámbulo<sup>404</sup> se afirma que el Convenio tuvo en consideración lo estipulado por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los niños y la Convención de los Derechos del Niño de 1989. En efecto, este Convenio se apoya en normas propias de áreas diversas como los derechos humanos, la cooperación judicial y administrativa así como el Derecho Internacional Privado<sup>405</sup>. No obstante, vale la pena recalcar que si bien se sirve de las distintas normas de derechos humanos, particularmente la Convención de Derechos del Niño de 1989, este documento no es un Convenio de Derechos Humanos.

El Convenio de la Haya de 1993 es un acuerdo sobre los estándares a ser observados durante el proceso de instrucción previo a la constitución de la adopción internacional y además establece un sistema de reconocimiento de las adopciones bajo su ámbito de aplicación. Significa, sobre todo, un consenso metodológico<sup>406</sup> que busca preservar el interés superior del niño o adolescente a adoptarse y no establece en ningún momento un derecho a ser adoptado internacionalmente cuando esa opción no está disponible en dentro del país de origen.

Este Convenio es, ante todo, uno de cooperación administrativa y judicial interestatal que se centra en un fenómeno internacional y que tiene como fin la protección de los derechos de

---

<sup>403</sup> Artículo 39.2: “Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio”.

<sup>404</sup> “(...) Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de 3 de diciembre de 1986).

<sup>405</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice No. 1. Óp. Cit. p. 22.

<sup>406</sup> DILLON, Sara. “Making Legal Regimes for Inter-country Adoption Reflect Human Rights Principles: Transforming the United Nations Convention on the Rights of the Child with the Hague Convention on Inter-country Adoption”. Boston University International Law Journal. Vol. 21. 2003. p. 202.

los niños y adolescentes involucrados en la adopción internacional en al menos dos ordenamientos distintos. Responde entonces a un sistema de monitoreo horizontal ya que no existe una entidad que pueda revisar el proceder de los Estados en la aplicación del tratado<sup>407</sup>. La adopción internacional resulta siendo la responsabilidad conjunta de la cooperación entre las autoridades centrales de cada Estado y se entiende que existirá un monitoreo conjunto durante su interacción o en las reuniones que la Conferencia de la Haya convoque para estudiar la aplicación del Convenio<sup>408</sup>.

Otra característica esencial es que el Convenio de la Haya de 1993, al ser un instrumento que buscó ser lo suficientemente flexible para ser reconocido por la mayor cantidad de Estados, establece una regulación de mínimos. En otras palabras, las condiciones y obligaciones que se encuentren en este documento constituyen mínimos que han de respetarse, y los Estados son libres de exigir otros requisitos que consideren necesarios.

Además, el Convenio de la Haya de 1993 no entraña una regulación de normas materiales vinculantes. Por el contrario, el Convenio prefiere alejarse de las definiciones y dejar en manos de cada Estado el desarrollo de criterios como, por ejemplo, el interés público.

El Convenio tampoco incluye normas propias del contenido clásico del Derecho Internacional Privado: las normas de competencia internacional, y las normas de conflicto de leyes. En efecto, existe un reparto de funciones en vez de la determinación de la autoridad competente para constituir adopción así como la ley aplicable a tal constitución. Van Loon<sup>409</sup> comenta que muchas de las delegaciones diplomáticas consideraron que este documento no debía ser muy ambicioso y, más bien, debía limitarse a establecer un marco de cooperación administrativa y/o judicial.

El tratado distribuye entre las autoridades centrales de ambos Estados la verificación de los requisitos de la adopción y otorga una responsabilidad conjunta por la adopción a realizarse, sin mencionar en ningún momento la ley aplicable, dejándose esto a la aplicación del sistema conflictual de cada Estado involucrado. La inexistencia de regulación de este tipo en el Convenio hace que los sistemas de conflicto de cada país entren en funcionamiento y, por tanto, queda abierta la posibilidad de la aparición de conflicto de leyes y jurisdicciones<sup>410</sup>. El Convenio colabora indirectamente con evitar y reducir tales conflictos mediante los mecanismos incluidos en el mismo.

---

<sup>407</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 336

<sup>408</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. Párrafo 586. p. 136

<sup>409</sup> VAN LOON, J.H.A. Óp. Cit. p. 329

<sup>410</sup> Ídem. p. 337

Por último, este Convenio viene a regular sólo la etapa previa a la constitución de adopciones y el reconocimiento posterior de las mismas. La constitución se deja a lo dispuesto por las normas de cada Estado.

## 2. Principios recogidos en el Preámbulo

El preámbulo del Convenio contiene unos principios que son importantes y que guían al Convenio en su totalidad.

Comienza por reconocer que para que el niño o adolescente tenga un desarrollo armónico de su personalidad debe crecer en un medio familiar y, siguiendo esta línea, pasa a reconocerse que la adopción internacional puede llegar a ser una alternativa niño que no encuentre una familia adecuada dentro de su Estado de origen.

Este artículo difiere del artículo 20 del Convenio sobre los Derechos del Niño al colocar a la adopción internacional por sobre otras alternativas de cuidados estatales como la institucionalización o incluso programas de acogida temporales que no implican la permanencia dentro de una familia. Se considera que esto es correcto ya que si la familia es comprobadamente el medio más adecuado para que un niño o adolescente crezca y se desarrolle, todas las alternativas que le ofrezcan esta posibilidad (incluida la adopción internacional) son preferibles a los cuidados alternativos ofrecidos dentro de su estado de origen.

En el párrafo siguiente se menciona el convencimiento de que es necesario adoptar las medidas necesarias que garanticen que las adopciones internacionales se den de acuerdo al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales con el fin de prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Al respecto, es importante recalcar que en ninguna parte del Convenio se define el contenido del interés superior en cuanto a la adopción internacional.

En la Guía de Buenas Prácticas para la Implementación del Convenio menciona que para la consecución del interés superior del niño en este ámbito el Convenio reconoce tres puntos esenciales<sup>411</sup>: los niños deben crecer en un ambiente familiar para su correcto desarrollo, toda medida permanente (como lo es la adopción) es preferible a las medidas temporales de ayuda

---

<sup>411</sup> Ídem. p. 28

a los niños, y la adopción internacional puede ofrecer la ventaja de una familia permanente a los niños que no pueden encontrar una familia adoptiva en su propio país.

Sin embargo, el Convenio mismo sólo establece que el interés superior del niño ha de ser tomado en cuenta pero no establece siquiera criterios mínimos que guíen toda adopción que responda al interés superior del niño o adolescente. Esta es precisamente una de las principales críticas que se realiza a este Convenio ya que dejar esta evaluación totalmente en manos de las autoridades de cada Estado, sin siquiera mencionar qué actividades resultan contrarias al interés superior de los niños, puede dar pie a abusos.

Las Guía de Buenas Prácticas menciona que en la práctica los Estados deben evitar todo tipo de interpretación arbitraria de este principio que deje de lado los derechos fundamentales de los niños. Así también, establece que la forma en que el Convenio implementa tal principio es a través del principio de subsidiariedad, no discriminación y de diversas medidas incluidas en el Convenio.

La subsidiariedad está incluida también en el tercer párrafo del Preámbulo, en el que se establece que los Estados podrán recurrir a la adopción internacional siempre que no se haya encontrado una familia en el Estado de origen. Como vimos en el capítulo II en detalle, este principio también está contemplado en nuestro ordenamiento interno.

El principio de subsidiariedad implica que los Estados deban desarrollar una estrategia de promoción de la cultura de la adopción y asigne los recursos suficientes para hacer posible que las adopciones puedan llevarse cabo de manera eficiente y dentro de un sistema integral de protección al niño y adolescente, evitando retrasos indebidos que terminen dañando la posibilidad de una solución permanente otorgada por la adopción internacional<sup>412</sup>.

Este principio no significa entonces dejar como último recurso a las adopciones internacionales ni tampoco significa priorizar las opciones de tipo nacional en todos los casos. Debe ser analizado de la mano con el análisis del interés superior del niño. La Guía de Buenas Prácticas ejemplifica<sup>413</sup> esto al mencionar que si bien mantener a un niño dentro de su familia de origen es preferible, esta situación no responderá a su interés superior si el niño o adolescente es maltratado dentro de la misma. Asimismo, se entiende que es preferible que un niño sea adoptado internacionalmente a que permanezca por muchos años en una institución o en alguna modalidad no permanente de acogida.

---

<sup>412</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice No. 1. Óp. Cit. p. 29

<sup>413</sup> *Ibíd.*

El principio de no discriminación está también relacionado con el interés superior pues de acuerdo al artículo 21 literal c de la Convención de los Derechos del Niño, todo niño que es adoptado internacionalmente ha de contar con los mismos estándares de cuidado y salvaguardas con los que cuenta la adopción nacional.

El Convenio lo regula específicamente en el artículo 26, literal 2<sup>414</sup>, al establecerse que las adopciones internacionales permanentes realizadas bajo la Convención deberán tener los mismos efectos que las realizadas por los nacionales de los países de recepción.

En cuanto a las medidas específicas que derivan del interés superior del niño, según la Guía de Buenas Prácticas<sup>415</sup> se encuentran: la obligación del estado de origen de asegurarse que el niño es “adoptable” (aunque las normas de cuándo será considerado adoptable dependerá de cada Estado), la preservación de información de forma que el niño puede tener acceso a la misma y la obligatoriedad de que la colocación se realice con una familia “adecuada” (qué se entiende por “adecuado” será definido por cada Estado) luego de un examen realizado por profesionales.

El párrafo 4 del Preámbulo también establece que los Estados deben adoptar medidas para prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños. Así, según el artículo 8<sup>416</sup>, las Autoridades Centrales tomarán las medidas necesarias para prevenir beneficios indebidos relacionados con la adopción, así como para disuadir todo tipo de actividades contrarias al Convenio. Al respecto, nuestro ordenamiento interno establece en cuarta disposición complementaria y transitoria de la Ley 26981<sup>417</sup> la gratuidad del servicio durante el proceso de adopción y la interposición de recursos.

Esto va de la mano con el artículo 21, literal a, de la Convención de los Derechos del Niño que establece que las adopciones deben realizarse por autoridades competentes, a través de procedimientos adecuados en el cual se hayan otorgado los consentimientos necesarios y se haya aplicado las normas adecuadamente.

---

<sup>414</sup> Artículo 26, 2: 2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.

<sup>415</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice No. 1. Óp. Cit. p. 32

<sup>416</sup> Artículo 8: Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

<sup>417</sup> Cuarta.- El proceso de adopción y la interposición de recursos que se presenten durante el trámite, no requieren de asesoría legal externa. La Oficina de Adopciones brindará el referido servicio gratuitamente.

Una de las medidas que el Convenio de la Haya de 1993 considera es de la protección de las familias en cuanto a los formas de explotación y a la presión o coerción para otorgar el consentimiento a la adopción<sup>418</sup>.

Por otro lado, prevenir y combatir la abducción, venta y tráfico de niños y el establece es uno de los objetivos fundamentales de la Convención. Si bien no se mencionan explícitamente las medidas que deben tomarse al respecto sí entiende que mediante el establecimiento del sistema de cooperación se puede llegar indirectamente a la reducción de los abusos asociados a esta institución. La Guía de Buena Prácticas menciona que es imperioso que los Estados desarrollen y publiciten la existencia y aplicación de sanciones criminales para este tipo de delitos<sup>419</sup>.

Otro medio para prevenir estas prácticas funestas es mediante la obligación estipulada en el artículo 4 de que en los Estados de origen se obtengan los consentimientos debidos para la adopción, asegurando que la persona que otorga el consentimiento entienda el efecto o las consecuencias de tal decisión, que haya dado tal consentimiento libremente y que si es necesario el niño exprese su consentimiento también. De otro lado, los estados de recepción han de acreditar organismos o personas éticas y con la formación adecuada para llevar a cabo estas funciones, y deberán también controlarlos adecuadamente.

Otra medida que se encuentra en el artículo 8 de la Convención es la obligación de las Autoridades Centrales de prevenir todo tipo de beneficio indebido asociado a las adopciones internacionales.

En el último párrafo del Preámbulo se menciona que los Estados desean establecer medidas comunes teniendo en cuenta los principios y normas sobre la materia existentes. Implica entonces el establecimiento del sistema de cooperación al que apunta el Convenio, el mismo que se pasará a analizar en la siguiente sección.

### 3. Objeto del Convenio

El Convenio es muy claro al establecer en el primer artículo sus tres objetivos. En el Informe Explicativo del Convenio se menciona que se limitaron a estos tres debido a la imposibilidad

---

<sup>418</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice No. 1. Loc. Cit.

<sup>419</sup> Ídem. p. 34

de resolver todos los problemas propios de la adopción internacional de niños y adolescentes<sup>420</sup>.

Artículo 1

El presente Convenio tiene por objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;

El Convenio establece un marco de cooperación por el cual se permite garantizar que el interés superior del niño y sus derechos fundamentales serán respetados, como también fue mencionado en el Preámbulo. Como se comentó antes, si bien el interés superior es considerado primordial, es un concepto que no está definido o delimitado dentro del Convenio y está sujeto a la interpretación de las autoridades de cada Estado. Naturalmente, ésta puede ser guiada por el desarrollo de la doctrina pero lo cierto es que no existe obligación alguna de proceder de determinada forma al ser guiado por el interés superior.

Por otro lado, si bien este Convenio no es uno de Derechos Humanos sí cumple con reconocer y obligar a los Estados a tenerlos en cuenta cuando lleven a cabo las adopciones internacionales. Al respecto es muy importante tener en cuenta las normas reguladas en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la misma que fue comentada en el capítulo 1.

Artículo 1

El presente Convenio tiene por objeto: (...)

- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;

La creación de este sistema de cooperación trabaja sobre la base de la distribución de funciones y responsabilidades propias del procedimiento de instrucción previo a la constitución de la adopción internacional entre el Estado de origen y el Estado de recepción, así como el intercambio de documentos referidos a los sujetos de la adopción y otras informaciones recíprocas de carácter general<sup>421</sup>.

Sobre este apartado el Informe Explicativo resalta que no es función del Convenio resolver todos los problemas que suscita la adopción internacional, ni tampoco lo es la delimitación de

<sup>420</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 19.

<sup>421</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. “El Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993”. Granada: Comares. 2003. pp. 41-42.

la ley aplicable a la constitución y efectos<sup>422</sup>. La competencia, por su parte, es abordada indirectamente al distribuirse las responsabilidades entre los Estados de origen y de recepción<sup>423</sup>.

Estas responsabilidades recaen sobre las Autoridades Centrales, que según el artículo 6 inciso 1, son las que cada Estado parte creará para dar cumplimiento al Convenio.

Se debe entender entonces que mediante el sistema de cooperación instaurado se previene la sustracción, venta y tráfico de niños adolescentes. Es decir, su sola aplicación representa una garantía en sí misma. No existe en el Convenio norma específica alguna sobre otros medios que pueden ser usados para prevenir tales abusos y, por lo tanto, esto queda una vez más en manos del Estado.

Artículo 1

El presente Convenio tiene por objeto: (...)

c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Éste es quizá uno de los más grandes logros de esta Convención pues el reconocimiento de las adopciones internacionales realizadas en un país extranjero siempre resultó ser particularmente engorroso debido a la multitud de requisitos diferentes existentes en cada Estado. En muchas ocasiones significaba la repetición del proceso de adopción dentro del Estado de recepción. Numerosas adopciones realizadas devenían en claudicantes por no cumplir con los requisitos de reconocimiento en el país de residencia de los padres dejando en una situación de limbo a los niños y adolescentes adoptados.

El reconocimiento automático a las adopciones realizadas en el Estado de origen luego del procedimiento recogido en la Convención, y el procedimiento de Constitución propio de cada Estado, resulta ser esencial para el respeto de los derechos adquiridos de los padres en el extranjero. Este reconocimiento implica, en principio, relevar los padres adoptivos de un proceso de reconocimiento (exequátur) cuando así lo tenga previsto un Estado, pues se le otorga los mismos efectos que una adopción similar realizada en territorio nacional.

#### 4. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1993 está incluido en el artículo 2, el mismo que establece:

<sup>422</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 20.

<sup>423</sup> *Ibidem*.



#### Artículo 2

1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.
2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

Siguiendo a Carrillo Carrillo, el ámbito de aplicación puede dividirse en tres rubros a partir del artículo 2:

El primero es el espacial, según el cual este convenio al ser inter-partes es evidentemente aplicable sólo a las partes del mismo. El segundo es el material, que hace necesario el desplazamiento transfronterizo de un niño o adolescente después de que éste sea adoptado en el mismo Estado de origen o con el fin de que tal adopción se realice en el Estado de recepción, como es permitido en algunos países asiáticos<sup>424</sup>. Esto guarda relación con lo establecido en el artículo 14, que establece que:

#### Artículo 14

“Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual”.

Empero, esto no obsta a que los países de origen puedan exigir que la adopción internacional se realice en su país antes del desplazamiento.

Puede concluirse entonces que este Convenio no se aplica a aquellas adopciones internacionales en las que adoptante y/o adoptado tenga su residencia habitual en un Estado no contratante, ni a aquellas otras en las que adoptante y adoptando son nacionales de distintos Estados contratantes pero tienen su residencia en el mismo Estado contratante.

El término “adopción” tampoco ha sido definido debido a la falta de consenso entre los estados<sup>425</sup>. Al respecto, el inciso 2 instituye que el Convenio se aplica a todas las adopciones que establezcan un vínculo de filiación. Excluyéndose, así, modalidades de acogimiento como la kafala musulmana. No obstante, a pesar de la multitud de opiniones durante la negociación del Convenio que propusieron que el Convenio se aplicara sólo a las adopciones plenas, el Convenio es aplicable a las adopciones plenas, semiplenas, revocables e

---

<sup>424</sup> Ídem. p. 23.

<sup>425</sup> Ídem. p. 27.

irrevocables<sup>426</sup>. Incluye también las adopciones realizadas por autoridad administrativa y judicial.

El tercer ámbito de aplicación es el personal. De esta forma se establecen una serie de requisitos: los adoptantes y el adoptado deben residir habitualmente en Estados contratantes distintos. La nacionalidad como factor de conexión viene a ser indiferente entonces, prefiriéndose un factor más fáctico como es el de la residencia habitual.

En nuestro país, debido a nuestras normas internas, los extranjeros que tienen una residencia mayor de dos años en el Perú y la intención de una estadía posterior de 3 años<sup>427</sup> están relevados de llevar a cabo los procedimientos aplicables por el Convenio, pudiendo solicitarla mediante el proceso de adopción nacional. Esta exclusión puede entenderse si es que los ciudadanos extranjeros pretenden continuar su vida en el Perú.

En el caso en que estos extranjeros buscaran trasladar su residencia, esta adopción, al no estar dentro del campo de aplicación del Convenio, deberá ser reconocida mediante los medios tradicionales del otro país, no gozando del reconocimiento automático que el Convenio de la Haya de 1993 otorga.

Ahora bien, el Convenio tampoco define lo que entiende por residencia habitual, dejándose este concepto a la interpretación de las autoridades de cada Estado. Sin embargo, como se vio en el primer acápite de este capítulo, la residencia habitual es un concepto fáctico relacionado con el centro de vida de los sujetos asentados en un lugar en particular.

Al respecto el artículo 14<sup>428</sup> deja a entender que la solicitud de adopción internacional será presentada a la Autoridad Central de su residencia habitual a la hora de la presentación de tal solicitud. Surge la duda entonces de qué sucedería si los adoptantes o el adoptado fueran a trasladar su residencia luego de esta presentación presentándose un conflicto móvil.

Al respecto, se entiende que la Autoridad Central encargada de cumplir con las funciones asignadas por la Convención es aquella ante la cual se ha presentado la solicitud. Si los adoptantes se trasladaran a un Estado no contratante, la Autoridad Central del Estado de su antigua residencia habitual continuaría supervisando su parte del proceso de adopción,

---

<sup>426</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. Óp. Cit. p. 53.

<sup>427</sup> Artículo 23. Reglamento de la ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono. Decreto Supremo No. 010-2005-MIMDES.

<sup>428</sup> Artículo 14: Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual.

siempre que el Estado de origen lo acepte así<sup>429</sup>. Sin embargo, el Informe Explicativo<sup>430</sup> desarrolla que para efectos de la autorización de entrada deberá ser solicitada en el nuevo Estado de residencia de los padres adoptivos.

Otra condición es que el niño o adolescente debe residir en el Estado de origen cuando la Autoridad Central realice las funciones que le otorga el artículo 16 del Convenio. Si el niño fuera trasladado a un Estado no contratante sin que se hubiese cumplido con tales funciones, el proceso no puede continuar.

En caso el traslado del niño o de los padres adoptivos fuese a un Estado contratante, la Autoridad Central del Estado donde se realizó la solicitud de adopción y el Estado de origen del niño podrán mantener sus funciones o decidir transferirlo al nuevo Estado de residencia<sup>431</sup>.

Si el traslado se diese después de la constitución de la adopción a un país no contratante, entonces es deducible que la Convención y su reconocimiento automático no se aplicaría. Si el traslado se realizase hacia un país contratante entonces tal Estado estaría obligado a reconocer la adopción internacional y a respetar lo ordenado por el Convenio de la Haya de 1993.

No debe olvidarse que todos estos deberes distribuidos están referidos a la fase de instrucción previa a la constitución de la adopción, por lo que en ningún momento se establecen normas de competencia judicial internacional<sup>432</sup>.

Ahora bien, el artículo 3<sup>433</sup> regula que se el Convenio es aplicable a las adopciones de niños y adolescentes que no han cumplido los 18 años antes de que las Autoridades Centrales de cada estado den las aceptaciones para proceder a la constitución de la adopción. Empero, el Convenio sólo estipula una edad máxima por lo que los Estados son libres de establecer niños y adolescentes de qué edades pueden ser adoptados por debajo del límite de los 18 años.

Este documento hace mención del término “adoptantes”, sin embargo no implica que sólo puedan adoptar parejas. No se excluye la posibilidad de que adopten personas solteras o parejas homosexuales. Dependerá de cada estado decidir si es que se establecen límites de este tipo o no.

---

<sup>429</sup> VAN LOON, J. H.A. Óp. Cit. p. 347.

<sup>430</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 68.

<sup>431</sup> *Ibidem*

<sup>432</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. Óp. Cit. p. 58.

<sup>433</sup> Artículo 3: El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

El Convenio de la Haya de 1993 viene a ser de aplicación imperativa en los casos señalados pero no deroga instrumentos sobre la materia, salvo que los Estados así lo decidan<sup>434</sup>. Permite, además, que puedan derogarse algunos artículos (14 a 16 y 18 al 21)<sup>435</sup> cuando se realicen Convenios bilaterales que busquen desarrollar el Convenio.

Antes de concluir, no puede dejar de comentarse que siendo que este Convenio se aplica entre Estados partes del mismo, existe la posibilidad de que surja una dualidad. Muchos países de recepción reconocen hoy en día adopciones realizadas en Estados no contratantes, las mismas que no siempre cuentan con las salvaguardas que ofrece este Convenio.

Esta posibilidad hace que muchos ciudadanos puedan desplazarse a países no contratantes que cuentan con requisitos de adopción laxos y logren así una adopción internacional fuera del Convenio de la Haya de 1993. Debido a esto existe una seria desprotección de los derechos de los niños y adolescentes adoptados en aquellos “paraísos de adopción”.

En nuestro país sólo pueden constituirse adopciones internacionales de ciudadanos con cuyos Estados de residencia exista un tratado previo o hayan convenio interinstitucionales previos. Si bien hoy en día no existen organismos acreditados de países que no hayan ratificado el Convenio de la Haya de 1993, la posibilidad de la existencia de la dualidad antes mantenida existe.

Así también, la posibilidad de reconocer adopciones internacionales que no entren dentro de este Convenio existe por no existir prohibición o norma general al respecto. De suceder, podría tratarse de un derecho adquirido en el extranjero como cualquier otro y, como tal, buscar su reconocimiento en nuestro país. Y siendo que aquellas resoluciones en materia no contenciosa no requieren exequátur en nuestro país estas adopciones serían, en principio, automáticamente reconocidas.

## **5. Modelo de cooperación: Autoridades Centrales y otros participantes**

El Convenio de la Haya de 1993 establece un sistema de cooperación que se vale de la designación de Autoridades Centrales. De acuerdo con la terminología que suele usarse en

---

<sup>434</sup> Artículo 39 (...) 1. El Convenio no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.

<sup>435</sup> Artículo 39 (...) 2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

las Convenciones de la Haya, las entidades que pueden llegar a ser Autoridades Centrales o desarrollar algunas funciones delegadas por las mismas pueden ser parte de cualquier órgano estatal, incluyendo los tribunales<sup>436</sup>. Esto es entendible dado que la adopción es mayoritariamente constituida en vía judicial. Sin embargo, nada obsta a que también sea parte de un órgano administrativo.

Según el artículo 6<sup>437</sup> de la Convención todos los Estados parte del Convenio deben designar (y no necesariamente crear) una Autoridad Central, que será quien lleve a cabo las obligaciones que el Convenio le otorga. En el caso de los estados federales podrá designarse más de una autoridad central<sup>438</sup>. El Convenio no regula cómo se realizará el establecimiento de la misma por lo que puede ser realizada por ley, decreto administrativo o por una orden ejecutiva, dependiendo lo requerido por cada país.

Las Autoridades Centrales pueden ser entidades estatales previamente existentes. En la explicación de motivos se menciona que durante la reunión de la Comisión Especial se propuso que todos los Estados designaran como Autoridad Central a organismos no gubernamentales. Esto no prosperó pero nada obsta que las Autoridades Centrales puedan ceder algunas de sus funciones a este tipo de organismos, si así lo permite el mismo Estado.

Las funciones que cumplen las Autoridades Centrales son: ejercitar el control del proceso de adopción<sup>439</sup>, eliminar los obstáculos que puedan existir para la aplicación del mismo<sup>440</sup> e impedir las prácticas contrarias a la Convención<sup>441</sup>.

En el caso del Perú el Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, No. 010-200-MIMDES establece en el segundo párrafo del artículo 3 que la Dirección General de Adopciones es la Autoridad en materia de adopción internacional y la encargada de dar cumplimiento a las

---

<sup>436</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 340.

<sup>437</sup> Artículo 6: 1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone. (...)

<sup>438</sup> Artículo 6: (...) 2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese Estado.

<sup>439</sup> Artículos 14 - 20

<sup>440</sup> Artículo 7 (2): Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para (...): b) informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

<sup>441</sup> Artículo 8: Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

obligaciones incluidas en el Convenio. De esta forma, se puede ver que en nuestro país no existen delegaciones de funciones a ninguna autoridad otra autoridad.

El rol de esta autoridad dentro del país es importante pues debe ayudar a desarrollar las políticas de adopción, desarrollará estándares y guías para el proceso de adopción<sup>442</sup>. Así también se encargará de la acreditación y control de las agencias que trabajen en su país.

Las funciones de las Autoridades Centrales otorgadas por el Convenio están enmarcadas dentro del procedimiento previo a la constitución, la misma que no está regulada por este documento. Según el artículo 22.2<sup>443</sup> tales obligaciones pueden ser delegadas en las llamadas autoridades competentes que pueden ser autoridades públicas, organismos acreditados y personas no acreditadas previamente aprobadas.

### A. Funciones no delegables

Las funciones no delegables de las Autoridades Centrales están incluidas en el artículo 7, inciso 2<sup>444</sup> y son: proveer de información general sobre las normas internas de adopción, estadísticas, etc. Y la información mutua sobre la operación de la Convención, incluyendo la eliminación de cualquier obstáculo para su operación.

El artículo 8<sup>445</sup> también incluye una obligación no delegable a organismos privados o a personas de tomar las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en lo que respecta a la adopción y para impedir toda práctica que vaya contra los objetivos del Convenio. Esta función sólo puede ser delegada a autoridades públicas, sean administrativas o judiciales, de acuerdo a las condiciones que cada Estado establece. El Convenio no ha definido qué se entiende por autoridad pública. Sin embargo, Van Loon desarrolla que puede

---

<sup>442</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice No. 1. p. 51

<sup>443</sup> Artículo 22. 2: Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que: *a* cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y *b* estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

<sup>444</sup> Artículo 7, 2: Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para:

a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios;  
b) informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

<sup>445</sup> Artículo 8: Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

denotar cualquier órgano estatal que no sea la Autoridad Central. En este sentido, podrían ser órganos administrativos.

El artículo 33<sup>446</sup>, por su parte, estipula que son las Autoridades Centrales las que luego de constatar que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no se ha respetado la Convención, tienen la responsabilidad de tomar las medidas adecuadas al respecto. No se mencionan las medidas que habrá de tomarse así que dependerá de cada Estado diseñar tales medidas e implementarlas.

## **B. Funciones delegables a los organismos acreditados**

Las Autoridades Centrales podrán delegar las funciones propias del artículo 9 a autoridades públicas u organismos acreditados y que son:

- a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción;
- b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;
- c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;
- d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional.
- e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

De realizarse tal delegación, la Autoridad Central mantiene su rol general supervisor y de coordinación<sup>447</sup>, así como su responsabilidad por cualquier posición del problema. El informe explicativo<sup>448</sup> menciona que este artículo le da mucha flexibilidad al Convenio ya que cada Estado deberá decidir cómo se cumplirán las obligaciones de las Autoridades Centrales.

Los organismos acreditados son organizaciones privadas (llamadas comúnmente agencias) que llevan a cabo algunas de las labores que originalmente pertenecen a las Autoridades Centrales. La relación de estas agencias con la adopción a lo largo del tiempo es manifiesta. Muchos países, como es el caso de los Estados Unidos, delegan funciones a estas agencias.

---

<sup>446</sup> Artículo 33: Toda Autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la Autoridad Central de su Estado. Dicha Autoridad Central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas.

<sup>447</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 351.

<sup>448</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 55.

El artículo 10<sup>449</sup> no establece que estos organismos deban contar con personería jurídica obligatoriamente<sup>450</sup> (esto dependerá de cada Estado), pero sí han de tener un personal calificado para poder realizar las funciones que les son encomendadas. En la exposición de motivos se dice que debido a que la mayoría de abusos cometidos giran alrededor de las malas prácticas de los intermediarios, muchos estados propusieron que se prohibiera la delegación de responsabilidades. Sin embargo, esto no prosperó y se permite tal delegación siempre que exista una acreditación o se cumplan las condiciones mínimas exigidas por el Convenio.

Para poder ser acreditados, estos organismos deben cumplir con estándares mínimos, como son lo dispuesto por el artículo 11:

- a) perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado;
- b) ser dirigido y administrado por personas calificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; y
- c) estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

La acreditación es condición para la delegación de funciones. Sin embargo, la Convención no establece quién debe acreditar y mantener tal acreditación. Podría asumirse que ésta sería la labor de la Autoridad Central pero al no ser contemplado así esto puede ser realizado por otras autoridades gubernamentales. En el caso del Perú, de optarse alguna vez por delegar funciones, tendría sentido que la Dirección General de Adopciones sea la llamada a la acreditación.

En cuanto a los fines lucrativos, dependerá del ordenamiento de lo que cada Estado contemple como requisitos para crear una entidad sin fines de lucro.

Los organismos acreditados podrán cobrar tasas por los servicios prestados que no signifiquen un beneficio material indebido, y siempre que sean costos y remuneraciones razonables y no desproporcionadas, según lo establecido por el artículo 32<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> Artículo 10: Sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.

<sup>450</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 352.

<sup>451</sup> Artículo 32: 1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional. 2. Solo se podrán reclamar y pagar costes y gastos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción. 3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados.



Por último, los organismos acreditados en un Estado en principio podrían operar en otro Estado, siempre que estén autorizados a hacerlo por las autoridades competentes de los dos Estados en cuestión<sup>452</sup>.

El artículo 22 inciso 2 establece que los Estados parte tienen la posibilidad de declarar formalmente ante el depositario del Convenio que las funciones propias de la Autoridad Central incluidas en los artículos 15 – 21 que serán analizados más adelante podrán ser ejercidas, dentro de los límites de la ley de ese Estado y bajo control de las autoridades competentes, por personas u organismos no acreditados que:

- a- cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y
- b- estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

Estos organismos o personas (a delegación puede ser incluso confiada a una sola persona) pueden tener fines de lucro y no requieren de acreditación para funcionar<sup>453</sup>. Sin embargo, es necesario que estén profesionalmente calificados en materia de adopción internacional y que sean responsables por el servicio que prestan ya que la prohibición de derivación de ganancias indebidas también les es aplicable. De encargarse de preparar los informes del adoptante y adoptados, estos estarán bajo la responsabilidad de la Autoridad Central<sup>454</sup>.

Los Estados parte tienen la facultad de declarar que los niños que tienen residencia habitual en su estado no podrán ser adoptados con la intervención de estos organismos o personas no acreditadas<sup>455</sup>.

Si tal declaración no se ha realizado, como es el caso del Perú, entonces se entiende que estas funciones sólo podrán ser llevadas a cabo por las Autoridades Centrales, autoridades públicas u organismos acreditados.

---

<sup>452</sup> Artículo 12: Un organismo acreditado en un Estado contratante solo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

<sup>453</sup> VAN LOON, J. H. A. Op Cit. p. 353

<sup>454</sup> Art 22,5: A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el apartado 2, los informes previstos en los artículos 15 y 16 se prepararán, en todo caso, bajo la responsabilidad de la Autoridad Central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el apartado primero.

<sup>455</sup> Art 22,4: Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio solo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el apartado primero.

## 6. Proceso de instrucción previo a la constitución de la adopción

### A. Requisitos sustantivos mínimos para la constitución de la adopción

En los artículos 4 y 5 del Convenio se establecen las condiciones mínimas<sup>456</sup> aplicables a *todas* las adopciones internacionales que entren dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Esta es una regulación claramente material que han de aplicarse al margen del contenido de las otras condiciones incluidas en la ley aplicable que la norma de conflicto de cada Estado señale. En otras palabras, ninguna adopción podrá ser constituida por la autoridad competente si es que no se han verificado que se hayan cumplido los mínimos estipulados por el Convenio.

Estas funciones constituyen mínimos que serán verificados con el fin de hacer que las adopciones internacionales respondan al interés superior del niño o adolescente en cuestión. Los estados están en plena libertad de imponer otras condiciones, de considerarlo así necesario.

El artículo 4 exige que las adopciones internacionales podrán llevarse a cabo cuando las autoridades competentes del *Estado de origen*:

- a) han establecido que el niño es adoptable;

Una vez más la Convención opta por no definir lo que se entiende por adoptabilidad. Por tanto, dependerá de lo que el Estado decida al respecto de acuerdo a la ley aplicable a la adoptabilidad según las normas de conflicto de cada país. En el caso del Perú, debemos dirigirnos al artículo Libro X del Código Civil que establece que corresponde a la ley del domicilio del adoptado regular la capacidad para ser adoptado. La norma interna peruana al respecto establece que sólo pueden ser adoptables los niños o adolescentes que han sido declarados judicialmente en abandono.

- b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

En este apartado está inscrito el principio de subsidiariedad y el del interés superior del niño. Sobre el particular debe comentarse que este Convenio en ningún momento exige que las adopciones nacionales siempre primen sobre las nacionales. En efecto, existe un deber de

---

<sup>456</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 32

análisis de las opciones de colocación del niño en el país de origen, análisis que debe responder al interés superior particular del niño o adolescente a adoptarse. Cabe entonces la posibilidad de que una adopción internacional pueda ser incluso preferible a una adopción nacional.

La misma Guía de Buenas Prácticas del Convenio resalta que el principio de subsidiariedad implica que los Estados deben esforzarse por asistir a que los niños o adolescentes puedan mantenerse intactas o a asegurar que tengan la oportunidad de Ser adoptados dentro del propio país. Sin embargo, esto no significa que los Estados no dañen de forma no deliberada a los niños y adolescentes adoptables al demorarse los procesos de adopción internacional<sup>457</sup>. Cada Estado debería garantizar a los niños y adolescentes la posibilidad de acceder a una solución permanente en el menor tiempo posible.

En esta línea, el Convenio no exige que se agoten todas las posibilidades nacionales ya que resulta poco realista y cuya demora resultaría siendo contraproducente para los intereses de los niños y adolescentes. Así, existen casos como aquel en el que se puede preferir a la familia del niño que vive en el extranjero antes que a una adopción nacional realizada por personas sin vínculo de parentesco<sup>458</sup>.

c) se han asegurado de que

- 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,
- 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
- 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
- 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

Este apartado versa sobre los consentimientos y se establece que la autoridad competente del estado de origen debe verificar que los consentimientos que sean necesarios para que proceda la adopción hayan sido otorgados previo asesoría y con conocimiento de los efectos que tal consentimiento tiene.

---

<sup>457</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1, p. 29.

<sup>458</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 35.

Empero, el Convenio no indica qué personas o instituciones deben obligatoriamente prestar su consentimiento en nombre del niño, dejándolo una vez más a lo regulado por el sistema conflictual de cada Estado. Esta ley será la que determine qué personas, instituciones y autoridades deben consentir la adopción.

En el caso de nuestro país, según el artículo 2087 del Código Civil, el consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor corresponde a la ley del domicilio. En este caso, la ley interna peruana al respecto establece claramente que sólo pueden adoptarse a niños declarados judicialmente en abandono por lo que este apartado no se aplicaría.

Cabe mencionar también el requerimiento de que los consentimientos sean dados por escrito. La forma escrita es, entonces, obligatoria para ser prueba del consentimiento.

En el numeral 3 se establece una norma material que debe ser observada por todos los Estados parte: el consentimiento debe ser libre y no debe estar afectado por ningún vicio como el fraude o dolo<sup>459</sup>. Las demás reglas sobre el consentimiento serán determinados por las normas de conflicto de cada Estado. Se menciona la revocación pero no establece qué normas son aplicables de darse la revocación. De esta forma, esto se deja en manos del sistema conflictual de cada Estado.

En el numeral 4 se menciona que el consentimiento de la madre será dado después del nacimiento del niño “cuando sea exigido”. Esta frase se refiere a los casos en que existe la suspensión de la patria potestad de los padres o cuando haya sido declarado en abandono.

- d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,
  - 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,
  - 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,
  - 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
  - 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Esta parte del artículo está relacionado con la obligación de la Autoridad Central del país de origen de escuchar y tener en cuenta las opiniones de los niños y adolescentes, según su edad

---

<sup>459</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 39.

y grado de madurez. No se establece cuál será la edad en que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta, de ahí que esto quede en manos de las autoridades competentes de cada Estado.

La asesoría que se menciona en el numeral 1 implica que al niño y adolescente se le explique los efectos de la adopción y si significa una ruptura con los vínculos con sus padres<sup>460</sup> y sobre la posibilidad de que la adopción simple se convierta en plena, de ser el caso.

El consentimiento del niño o adolescente debe ser dado sobre la adopción a realizarse en particular y no sobre la adopción en general<sup>461</sup>. Será obligatorio siempre que la ley aplicable según el sistema conflictual de cada país así lo estipule. Si bien no siempre sea obligatorio para que proceda la adopción que el niño de su consentimiento, sí es obligatorio que las autoridades tomen en cuenta sus opiniones y deseos. Como es evidente, el consentimiento debe ser libre y debe constar por escrito.

Al respecto el sistema conflictual del Perú no se manifiesta pues sólo establece que ley es la aplicable a los consentimientos de los progenitores. No obstante, siendo que la capacidad para ser adoptado es la ley de domicilio del adoptado, se entiende razonable que también sea esta misma ley la que regule el consentimiento del niño. Sobre el particular, las normas materiales internas peruanas no mencionan en ningún momento el consentimiento del niño o adolescente para que se dé la adopción. Se considera que éste es un error que debe ser subsanado. Aun así, el deber de escuchar y tomar en cuenta las opiniones de los niños se encuentra tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en el mismo Convenio de la Haya de 1993, vinculantes ambos en el Perú.

Hasta aquí las condiciones que deberán verificar las autoridades competentes de los Estados de origen. El siguiente artículo contiene aquellas condiciones a ser verificadas por las autoridades competentes del estado de recepción, las mismas que están relacionadas con asegurar que los padres adoptivos sean aptos y apropiados para adoptar.

Tal como se comentó anteriormente, estas son sólo condiciones mínimas previas obligatorias a todo Estado que constituirá una adopción. Cada Estado está en la facultad de aumentar las condiciones, de considerarlo apropiado.

El artículo habla de quienes realizarán estas funciones son las autoridades competentes. Así, dependiendo de lo decidido por cada Estado, podrán llevar a cabo esta verificación la

---

<sup>460</sup> Ídem. p. 43.

<sup>461</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 358.

Autoridad Central o, de existir una delegación de funciones, los organismos o incluso personas competentes.

#### Artículo 5

Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;

Las dos condiciones mínimas que deben cumplir los adoptantes son: ser aptos y ser adecuados para adoptar. El Convenio no define qué implica cada uno de estos adjetivos. En el Informe Explicativo se desarrolla que se entiende por adecuados a los padres adoptivos que cumplen con todas las condiciones jurídicas de la adopción y son aptos si poseen las cualidades socio-psicológicas necesarias<sup>462</sup>.

b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y

De manera análoga a lo revisado en el desarrollo del artículo 4, el requisito de la asesoría implica que los padres adoptivos conozcan a plenitud los efectos de la adopción que buscan realizar. Debe recordarse que las Autoridades Centrales tienen como deber<sup>463</sup> promover los servicios de asesoría en sus Estado.

c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Esta obligación de verificación va de la mano con el artículo 18<sup>464</sup> del Convenio que también estipula la obligación de las Autoridades Centrales de ambos Estados de tomar las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen y de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción<sup>465</sup>.

<sup>462</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. Párrafo 180. p. 46

<sup>463</sup> Artículo 9: Las Autoridades Centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para: a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción; c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional. e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

<sup>464</sup> Artículo 18: Las Autoridades Centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.

<sup>465</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 47

Esta obligación es muy importante ya que garantiza que el niño que se busca adoptar tendrá la posibilidad de entrar y residir en el Estado de recepción. De esta forma, deberá constatarse esto antes de que se proceda al proceso de constitución de adopción, como también lo estipula el inciso d<sup>466</sup> del artículo 17.

Como se ha visto, la distribución de funciones en la que se apoya el Convenio, asigna responsabilidades de verificación de estas condiciones mínimas al Estado de origen y al Estado de recepción. Ante la existencia de labores distintas en cada Estado cabe preguntarse si acaso los Estados están en obligación de aceptar las conclusiones a las que llega el otro Estado en cuanto a, por ejemplo, la aptitud de los adoptantes o los requisitos que debe cumplir un niño para ser considerado “adoptable”.

La respuesta es negativa pues el artículo 17 (c) del Convenio establece que antes de proceder a la constitución las Autoridades Centrales de ambos países deben estar de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.

En principio, cada estado puede incluir normas y requisitos específicos distintos a los del Convenio que son obligatorios para que la adopción proceda o eventualmente sea reconocida en su país. Por ejemplo, una pareja bien puede cumplir los requisitos mínimos incluidos en el Convenio y cualquier otro requerido en el país de recepción y puede, así, estar expedito para adoptar. Sin embargo, si esta pareja no cumple con algún requisito que el Estado de origen entiende como necesario (por ejemplo, la heterosexualidad) en los adoptantes para que proceda la adopción entonces la Autoridad Central puede declarar que no está de acuerdo con que siga el procedimiento de adopción y éste no podría proceder a la etapa de constitución.

Esto se debe a que el Convenio no precisa la ley aplicable en ninguno de los artículos y, por tanto, al existir diversidad de requisitos de adopción (además de los mínimos) en los ordenamientos queda en manos de cada Estado evaluar si acepta o no las conclusiones a las que llega la Autoridad Central del otro país.

La distribución de responsabilidades vista hasta el momento no significa una solución conflictual ya que en ningún momento se dice que la ley aplicable en ciertos casos es la ley

---

<sup>466</sup> Art 17: En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: (...) d. se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

del Estado de origen y en otros la del Estado de recepción. Por tanto, *no* puede entenderse como una normal de conflicto implícita<sup>467</sup>.

Ante la inexistencia de un Tratado al respecto entre los estados de origen y recepción, se aplican las normas conflictuales supletorias de los Estados. Así, habrá que someterse a lo que regulen las normas conflictuales respecto de la ley aplicable del Estado de origen en cuanto al artículo 4 del Convenio, y lo que estipule la ley aplicable según el sistema conflictual del estado de recepción en lo relacionado al artículo 5, sin dejar de cumplir con la verificación de los mínimos estipulados por el Convenio.

Un ejemplo claro es el de un niño peruano cuya residencia habitual es el Perú que busca ser adoptado por una pareja de los Estados Unidos. Existe entonces la obligación de garantizar los mínimos exigidos por el Convenio en los artículos 4 y 5, tareas divididas entre las Autoridades Centrales del estado de origen y recepción. La condición de adoptable del niño o adolescente, la constatación de que la adopción responde al interés superior del niño, la validez de los consentimientos involucrados serán llevadas a cabo por la Autoridad Central del Estado de origen. Como esta norma *no* estipula que la ley aplicable sea la ley nacional del estado de origen, entonces para realizar tal verificación habrá que recurrirse a las normas de conflicto del Estado de origen (en este caso el Perú) para determinar la ley es la aplicable a estos temas.

Es por esta razón que autores como Carrillo consideran que el Derecho Internacional privado clásico pervive ya que la decisión de no regular normas conflictuales hace que los sistemas conflictuales de cada Estado cobren importancia.

El artículo 29 del Convenio establece una prohibición importante:

Artículo 29

No habrá contacto alguno entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones de los art. 4, apartados a) a c) y del artículo 5, apartado a), salvo cuando la adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

De este modo, se prohíbe el contacto de los padres adoptivos y el hijo hasta que el Estado de origen haya verificado su adoptabilidad, constatado que la adopción responde al interés superior y que los consentimientos de las personas que representan al niño han sido debidamente otorgados y el Estado de recepción haya constatado que los futuros padres

---

<sup>467</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. Óp. Cit. p. 118.



adoptivos son aptos y adecuados para adoptar. Las excepciones son aquellas adopciones internacionales realizadas por familiares o cuando se cumplan con las condiciones estipuladas por el Estado de origen.

Estamos frente a una norma que estipula una prohibición general pero que además incluye una norma de conflicto que regula que las posibilidades de contacto si así lo permiten las normas materiales del Estado de origen.

## **B. Condiciones de procedimiento**

En el Capítulo IV el Convenio regula una serie de artículos que incluyen normas de cooperación y normas procedimentales relacionadas con el proceso de instrucción previo al proceso de constitución. Estas normas no implican una designación de competencia judicial internacional pues no se atribuye la competencia a las Autoridades Centrales para constituir la adopción. Sólo son pasos previos obligatorios que se deberán de cumplir con independencia de dónde se constituya la adopción. Este proceso de instrucción instaurado por el Convenio es una fase previa a la constitución.

Según el artículo 14<sup>468</sup> toda persona cuya residencia habitual se sitúa en un Estado contratante y desee adoptar a un niño o adolescente, cuya residencia habitual está en otro Estado contratante, deberá acercarse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual a realizar una solicitud de adopción. Ahora bien, según el artículo 22 inciso 1, las funciones que se le atribuyen a las Autoridades Centrales en el capítulo IV podrán ser delegables a otras autoridades públicas y organismos acreditados del Estado de origen.

La norma no permite que los padres prospectivos puedan acercarse directamente a la Autoridad Central del Estado de origen. Se entendió que evitando este acercamiento se garantiza el respeto de los derechos del niño y su familia pues la experiencia evidenció que muchos de los abusos que se dieron alrededor de la adopción internacional debido al contacto directo entre futuros padres adoptivos y las autoridades de los países de origen.

Una vez presentada la solicitud de adopción, la Autoridad Central del estado de recepción realiza la verificación de la aptitud y adecuación a que están obligados por el artículo 5 (a). Como se vio, esto implica un análisis de los requisitos jurídicos y socio-psicológicos de los

---

<sup>468</sup> Artículo 14: Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual.

padres. No se menciona, sin embargo se entiende que también se encargará de verificar que se cumplan las condiciones propias de la ley aplicable según el sistema conflictual del Estado de recepción<sup>469</sup>.

El contenido y requisitos formales de la solicitud no son regulados ya que serán determinados por la ley de la residencia habitual de los padres adoptivos prospectivos<sup>470</sup>.

De acuerdo con el artículo 5, una vez llevada a cabo tal verificación y concluyéndose que la persona es apta y adecuada para adoptar, la Autoridad Central deberá preparar un informe en el que conste la identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar de los adoptantes así como su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que los animan a adoptar, su aptitud para asumir una adopción internacional y los niños que están en condiciones de atender. Sobre esto último debe acotarse que el Convenio se refiere a las preferencias de los futuros padres adoptivos en cuanto a edad, religión o necesidades particulares que pueden incluirse como una garantía adicional para asegurar el éxito de la adopción<sup>471</sup>.

Este informe declara una idoneidad en abstracto, es decir, no significa la idoneidad y aptitud para adoptar un niño en específico sino más bien para adoptar en general. Tal informe será luego transmitido a la Autoridad Central (o al organismo al que se le ha delegado la función de recepción del informe) del Estado de origen.

El artículo 16 del Convenio estipula que una vez que la Autoridad Central (de no existir delegación de funciones) considere que el niño es adoptable, como lo exige el artículo 4 a del Convenio:

- a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;

Debe tenerse en cuenta que este informe no depende de que se reciba una solicitud de adopción. Estos informes deben ser realizados no sólo recién cuando existan personas interesadas en adoptar sino debería ser un trabajo que empieza al determinarse que existen niños sin cuidado parental que podrían beneficiarse de la adopción internacional. En el

---

<sup>469</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 70.

<sup>470</sup> Ídem. p. 68.

<sup>471</sup> Ídem. 297.

Informe Explicativo<sup>472</sup> resalta la necesidad de elaborar listas de niños adoptables con informes ya realizados con el fin de que la colocación sea lo más rápido posible.

b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;

Este literal va de la mano con lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño la que obliga a los Estados a tener en cuenta durante la adopción los elementos culturales, religiosos y étnicos.

Tener en cuenta estos elementos puede significar el respeto del principio de subsidiariedad, por el cual las adopciones nacionales tienen precedencia a las internacionales debido a que permiten mantener el vínculo de los niños con sus raíces al darle una familia en el mismo Estado en que ha nacido.

c) se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4; y

d) constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

La Autoridad Central del Estado de origen tendrá que asegurarse de que se obtengan todos los consentimientos necesarios incluidos en los incisos c y d del artículo 4.

Asimismo, revisando los informes sobre los padres adoptivos y el niño, la colocación eventual responde al interés superior del niño. No se menciona pero se entiende que tomarán en cuenta el principio de subsidiariedad y las características expuestas en los informes de los niños pasibles de adopción y de los prospectivos padres adoptivos con el fin de identificar a los padres que mejor podrían atender las necesidades de un niño o adolescente en específico. No obstante, a estas alturas no existe ninguna garantía de que la adopción vaya a realizarse.

Una vez que la Autoridad Central u el organismo al que se le han delegado estas funciones termina de cumplir con lo ordenado por el artículo 16 procederá a enviar el informe del niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos necesarios y la motivación de la colocación no revelándose la identidad de los padres del niño, si es que está prohibido en el estado de origen.

---

<sup>472</sup> Ídem. p. 72.

### C. Condiciones para la colocación

El artículo 17 establece las condiciones mínimas a cumplirse para que todo Estado coloque a un niño o adolescente. Antes de proseguir debe aclararse que la colocación del niño o adolescente muchas veces precede a la constitución de la adopción y no significa que el niño ya esté adoptado.

De ahí que las condiciones que procederán a analizarse deben ser cumplidas antes de que tal colocación se lleve a cabo. De esta forma, la Autoridad Central del Estado de origen sólo podrá confiar (o colocar) al niño a los futuros padres adoptivos si:

- a) la Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;

Una vez que la Autoridad Central del Estado de recepción ha recibido la propuesta de colocación y se la hace conocer a los padres adoptivos estos deben otorgar su consentimiento y comunicarlo al Estado de origen.

Para llevar a cabo una colocación, el Estado de origen debe verificar que este acuerdo haya sido otorgado.

- b) la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen;

La Autoridad Central del Estado de origen es quien elige a qué personas el niño o adolescente será confiado pero la Autoridad Central del Estado de recepción deberá aprobar tal colocación si así lo requiere la ley del Estado de recepción o la Autoridad Central del Estado de origen.

- c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y

La norma incluida en este literal es muy importante pues establece que ninguna colocación (y, por ende, adopción posterior) podrá llevarse a cabo si es que las Autoridades Centrales de ambos Estados no están de acuerdo en que “siga el procedimiento de adopción”. En el Informe Explicativo se desarrolla que “seguir” implica que la adopción podrá entrar en la etapa siguiente del procedimiento hacia su finalización pero no involucra la decisión final de constitución de la adopción<sup>473</sup>.

---

<sup>473</sup> Ídem. p. 79.

Este literal exige a las Autoridades Centrales de ambos estados a que lleven a cabo un examen de los informes y toda la información brindada a lo largo de este proceso de instrucción con el fin de que no existan impedimentos para la futura adopción y, de encontrarlos, le permite negarse a la continuación de proceso. Obliga, entonces, a realizar un estudio anticipado de los posibles obstáculos encontrados según el otro ordenamiento con el fin de evitar las llamadas adopciones claudicantes<sup>474</sup>.

El acuerdo de las Autoridades no vincula a las autoridades competentes del Estado de origen (o de recepción, si la adopción se constituirá ahí) a constituir la adopción debido a que ésta se va a llevar cabo siempre que se reúnan las condiciones previstas por la ley aplicable escogida por su sistema conflictual.

El acuerdo previo de las Autoridades Centrales es una condición para poder seguir hacia la constitución pero no obliga necesariamente a una decisión favorable de la autoridad competente. Esto dependerá de lo regulado por cada Estado.

Los impedimentos que pueden encontrarse podrían estar relacionados con las diferencias entre los Estados de recepción y de origen a la hora de calificar a una persona apta y adecuada para adoptar. Una persona puede bien cumplir los requisitos exigidos en el Estado de recepción, según su Derecho Internacional Privado, pero el Estado de origen puede no considerar que estas personas sean aptas para realizar tal adopción. En casos como estos, el Estado de origen podría denegar su consentimiento para seguir con el proceso de adopción.

d) se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Este requisito para la colocación llama a que la Autoridad Central del Estado de origen constate que los Estados de recepción hayan cumplido las funciones otorgadas por el artículo 5, es decir, que hayan declarado aptos y adecuados a los futuros padres adoptivos y que el niño haya sido o vaya a ser autorizado para entrar y residir en el Estado de recepción. Si bien está mencionado en el Convenio, el Informe Explicativo es claro al señalar que también se ha de verificar que los futuros padres hayan sido debidamente asesorados antes de dar su acuerdo para proseguir con el proceso de adopción<sup>475</sup>.

<sup>474</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. Óp. Cit. p. 194.

<sup>475</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. Párrafo 341. p. 81

#### D. Condiciones para el desplazamiento

Dependiendo de lo que las leyes aplicables en cada ordenamiento regulen, el desplazamiento podrá darse luego de la constitución de la adopción o con el fin de que la misma sea realizada en otro país. En el Perú nuestras normas exigen que la adopción de niños y adolescentes se realice por la Dirección General de Adopciones<sup>476</sup>. De ahí, que la adopción deba constituirse en nuestro país antes de que el niño pueda ser desplazado a otro país.

El Convenio establece las condiciones mínimas para que ocurra el desplazamiento en el artículo 19. La primera de ellas es que se hayan cumplido las exigencias propias del artículo 17 que, como vimos, incluyen las condiciones para la colocación que el Estado de origen deberá verificar. Además, Autoridades Centrales de ambos Estados deberán asegurarse que el desplazamiento se vaya a realizar en las condiciones de seguridad adecuadas y, siempre que sea posible, en compañía de sus padres. En el caso del Perú ya que la colocación y la constitución se han de realizar obligatoriamente en nuestro país, la compañía de los padres está garantizada. El niño tiene la seguridad de que saldrá del país junto a sus padres.

El artículo 21<sup>477</sup> se coloca en el supuesto en que el desplazamiento se realice con el fin de que la adopción se lleve a cabo en el Estado de recepción y la Autoridad Central del tal país considera que la adopción no respondería al interés superior del niño y establece una serie de provisiones para la colocación del niño con nuevos padres adoptivos o su eventual retorno al país de origen. Este artículo no se aplica al Perú debido a lo ya explicado líneas arriba.

Por último, las normas del capítulo IV del Convenio son todas vinculantes. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 39 inciso 2 todo Estado contratante puede concluir con otros Estados contratantes acuerdos que favorezcan la aplicación del Convenio. Así, solamente podrán derogarse los artículos 14 a 16 y 18 a 21.

---

<sup>476</sup> Artículo 1, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono. Ley 26981.

<sup>477</sup> Artículo 21: 1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta Autoridad Central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:

- a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional;
- b) en consulta con la Autoridad Central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño solo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;
- c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.

2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo.

## 7. Aportes y principales críticas a la Convención de la Haya de 1993

El Convenio de la Haya de 1993 es sin lugar a dudas el esfuerzo más importante de legitimación de la adopción internacional a la fecha lo cual se transparenta en su amplia ratificación.

Su aporte es muy importante ya que por primera vez se reconoció en un Convenio que la adopción internacional, al ofrecer una alternativa permanente de cuidado a los niños o adolescentes sin cuidado parental, es preferible a otras opciones como la institucionalización o modalidades de cuidado que no establecen vínculos de filiación. Tómese en cuenta que la misma Convención de los Derechos del niño coloca a la adopción internacional por debajo de las alternativas de cuidado no permanentes nacionales como el *foster care* y la institucionalización.

El Convenio otorga al Estado la responsabilidad regulatoria principal sobre la adopción internacional<sup>478</sup> pero también regula estándares mínimos destinados al procedimiento de instrucción previo a la adopción. Estos han de ser cumplidos por todos los Estados al margen de la ley aplicable señalada en sus ordenamientos. Tales estándares mínimos y la obligatoriedad de una actuación conjunta de las Autoridades Centrales constituyen en sí mismas las salvaguardas que ofrece el Convenio durante el proceso de adopción.

Por otro lado, el Convenio aporta algo tan crucial como es el sistema de reconocimiento automático en todos los Estados de las adopciones bajo su ámbito de aplicación. Esto aporta certeza razonable<sup>479</sup> a las adopciones constituidas dentro de los Estados contratantes.

Otro aporte esencial es que a través del establecimiento de Autoridades Centrales y la distribución de responsabilidades entre las mismas, el Convenio pretende asegurar un trabajo conjunto y la posibilidad de intercambiar la información necesaria que hará del procedimiento de adopción uno más eficiente. Esto reduce significativamente la posibilidad de conflictos entre los Estados.

---

<sup>478</sup> DICKENS, Jonathan. "Social Policy approaches to intercountry adoption". *International Social Work*. Vol. 52. No. 5 2009. p. 601

<sup>479</sup> WALLACE, Sara R. Óp. Cit. p. 719.

Además, las personas que buscan adoptar en un país contratante pueden acercarse a la Autoridad Central de su residencia habitual y pedir información sobre todo aquello que implicaría adoptar un niño procedente de un Estado contratante. La información obtenida y luego otorgada será entonces confiable lo que a su vez reduce la posibilidad de que la adopción a realizarse obvie algunos requisitos elementales considerados por el Estado de origen.

Ahora bien, es indudable que este modelo de ha significado un avance importante en materia de regulación de la adopción internacional, no es un documento que esté libre de críticas.

Si bien el Convenio menciona que la adopción internacional *puede* ofrecer la ventaja de una familia permanente a los niños o adolescentes que carezcan de la misma, el Convenio no establece una obligación que hubiera llevado al reconocimiento del derecho a ser adoptado internacionalmente cuando no exista una familia disponible dentro del país<sup>480</sup>. Queda claro a partir del Convenio que la adopción internacional debe ser ética, empero al no reconocerse la existencia de tal derecho los Estados gozan de amplia discrecionalidad a la hora de restringir el uso de esta institución como medida de protección al niño o adolescente.

Algunos autores consideran que el Convenio obvia las causas subyacentes a esta institución como son la desigualdad de recursos económicos y sociales entre las naciones e incluso las regulaciones propias de cada Estado que resultan en la existencia de niños sin cuidado parental que viven en condiciones precarias. Si bien se admite que ni la adopción internacional ni el Convenio podría resolver estos problemas consideran que no existen los incentivos suficientes para instar a los Estados a acomodar su regulación tutelar de acuerdo a los principios que guían este Convenio<sup>481</sup>.

De alguna forma también está vinculada otra crítica que está dirigida a que la adecuada implementación del Convenio va de la mano a la existencia de los recursos necesarios para llevar a cabo tal implementación. No es difícil concluir que las desigualdades se hacen evidentes entre los países de origen y los de recepción<sup>482</sup>. A pesar de la adherencia al Convenio de muchos países de origen, estos no siempre cuentan con los recursos necesarios para llevar a cabo la implementación exigida por el Convenio con el fin de preservar el

---

<sup>480</sup> DILLON, Sara. Óp. Cit. p. 202.

<sup>481</sup> WALLACE, Sara R. Óp. Cit. p. 721.

<sup>482</sup> RYAN, Chantel. Óp. Cit. p. 154.



interés superior del niño o adolescente. Hubiera sido recomendable crear un fondo que apoyara los esfuerzos de los Estados más pobres.

Por otro lado, la flexibilidad característica del Convenio genera la ausencia de designación del Estado competente para adoptar, la ley aplicable a la capacidad para adoptar o los efectos de la adopción, los consentimientos necesarios, el tipo de organismo que constituirá la adopción, la obligación de permitir al niño acceder a su información sobre su identidad, etc. Todos estos temas son dejados al Derecho Internacional Privado de cada Estado.

Debido a que no existen criterios generales sobre estos temas entonces este Convenio no asegura una protección igualitaria a todos los niños y adolescentes, sobre todo en temas como la adoptabilidad del niño o la aptitud, la adecuación de los padres prospectivos y las normas que rigen el consentimiento<sup>483</sup>, aumenta la posibilidad de que los Autoridades Centrales denieguen la posibilidad de continuar con el procedimiento de adopción (artículo 17) o la adopción constituida no sea reconocida en otro Estado por ser manifiestamente contrario al orden público teniendo en cuenta el interés superior del niño (artículo 24).

Así también, existe una intencional falta de definición de términos claves como “huérfanos”, “adopción”, “adoptabilidad”, “interés superior”, “orden público”<sup>484</sup>, etc. En todos estos casos cada Estado definirá lo que entiende por cada uno de ellos. Las interpretaciones sobre lo que se entiende por huérfano, adopción y adoptabilidad diferirán en cada Estado. Y si bien es cierto que el interés superior del niño se evalúa en cada caso en concreto y el orden público se basa sobre los principios guía de cada ordenamiento y no puede ser definido restrictivamente, es criticable que no se haya señalado siquiera mínimamente algunos lineamientos para su interpretación que obliguen a todos los Estados. Si bien estos pueden existir en la Guía de Buenas Prácticas, éste no es un documento vinculante para los Estados. Virtualmente cualquier medida o decisión denegatoria de la adopción podría argumentarse por contraria al interés superior del niño o el orden público.

Esta falta de definición y excesiva flexibilidad no hace sino restarle claridad y uniformidad al Convenio. Tanto así que hay autores<sup>485</sup> que recomiendan se enmiende la Convención y se incluya una sección con las definiciones principales sobre la materia.

---

<sup>483</sup> ALBRECHT, Sabina. “Intercountry Adoption: A Swiss Perspective”. Disertación para obtener el grado de Magíster por la Universidad de Cape Town. Zurich - Suiza. p. 54.

<sup>484</sup> SRISOPARK THOMPSON, Notesong. Óp. Cit. p. 463. También: RYAN, Elisabeth J. Óp. Cit. p. 377.

<sup>485</sup> SRISOPARK THOMPSON, Notesong. Óp. Cit. p. 466.

De forma similar, existe vaguedad en lo relacionado con el principio de subsidiariedad. Queda claro que las adopciones internacionales son subsidiarias a las nacionales pero el Convenio no establece mayores limitaciones al mismo. Esto es peligroso pues la aplicación de ese principio en muchos Estados puede resultar en que la adopción internacional resulte pospuesta indebidamente simplemente por aducirse que se pretende encontrar una familia en el Estado de origen. Debería haberse mencionado claramente que si bien el principio de subsidiariedad es un principio, éste será aplicado siempre que favorezca al niño o adolescente ya que los adoptantes nacionales, por el sólo hecho de serlo, son automáticamente más aptos y adecuados que aquellos extranjeros.

También se carece de definición de lo que se entiende por beneficios materiales indebidos aunque se los prohíbe en el artículo 32, numeral 1. Esto queda una vez a la interpretación de cada Estado. Esta crítica es particularmente importante ya que muchos Estados (no es el caso del Perú en el que el procedimiento de adopción es gratuito) contemplan la necesidad de dar donaciones o contribuciones a las instituciones de guarda<sup>486</sup> donde estuvieron alojados los niños o adolescentes que adoptaron.

Otro tema espinoso es la posibilidad de que existan intermediarios particulares en la adopción internacional. Esto se ha dejado en manos de la regulación de cada Estado, si bien estipulando una serie de requisitos muy básicos a seguirse. Muchos autores consideran que históricamente los abusos asociados a la adopción internacional han provenido de la participación de los intermediarios<sup>487</sup>. El Convenio establece la obligación de que los Estados ejerzan control sobre las actuaciones de los organismos acreditados o las personas no acreditadas a las que se les deleguen funciones, mas no regula las medidas a tomarse contra un proceder ilegal o los abusos que puedan surgir propios de la actuación de aquellos.

Otra crítica fundamental es que el Convenio no crea un organismo que controle, evalúe y cuyas decisiones vincule a los Estados en lo relativo al nivel y grado de adherencia a los principios o procedimientos incluidos en el Convenio<sup>488</sup>. Tampoco existe un ente ante el cual puedan presentarse apelaciones de considerarse que la denegación de la constitución de

---

<sup>486</sup> RYAN, Elisabeth J. Óp. Cit. p. 381.

<sup>487</sup> ALBRECHT, Sabina. Loc. Cit.

<sup>488</sup> SRISOPARK THOMPSON, Notesong. "Hague is enough? A call for more protective, uniform law guiding international adoptions. Wisconsin International Law Journal. Volumen 22. Número 2. 2004. p. 443.

adopción o del reconocimiento de la misma viola los derechos de los adoptantes<sup>489</sup>. Esto es particularmente problemático pues los Estados son la autoridad máxima en materia de adopciones y permite a cada país el control de la implementación de la Convención.

En esta línea, otra omisión notable es la ausencia de establecimiento de sanciones<sup>490</sup> por las violaciones al Convenio durante la adopción internacional. Tampoco existe una norma que obligue a los Estados a incluir dentro de sus sistemas penales los delitos vinculados con las malas prácticas de la adopción internacional como el llamado *child laundering*<sup>491</sup> o tráfico infantil, el secuestro de niños, etc.

El Convenio exige que sus procedimientos y salvaguardas sean aplicados a las adopciones internacionales realizadas entre los Estados contratantes. Sin embargo, no prohíbe que los Estados de recepción puedan reconocer adopciones realizadas por sus ciudadanos en países no contratantes. Esto crea una dualidad de sistemas que generalmente lleva a que se prefieran las adopciones internacionales realizadas en países cuyos requisitos para la adopción son menos exigentes que aquellos que entran del ámbito de aplicación de este Convenio.

### **III. Procedimiento de instrucción y constitución de adopciones internacionales en el Perú.**

Hasta aquí se ha analizado lo estipulado por el Convenio de la Haya de 1993 de manera general. En este capítulo toca detallar el proceso de adopción internacional a realizarse, describiendo la interacción de las normas propias de este Convenio y aquellas aplicables a la adopción de nuestro ordenamiento.

El Perú es principalmente un país de origen. Empero, la Dirección General de Adopciones ha manifestado que se ha dado el caso en que una familia peruana que adoptó a un niño en Colombia. Y otro de unos peruanos que adoptaron en Ucrania. La Dirección General de

---

<sup>489</sup> MARX, Molly S. "Who's Best Interests Does It Really Serve? A Critical Examination of Romania's Recent Self-Serving International Adoption Policies". *Emory International Law Review*. Vol. 1, Edición 1. 2007. p. 406.

<sup>490</sup> DILLON, Sara. Óp. Cit. p. 211

<sup>491</sup> Se llama así a la adquisición ilegal de niños a través de transacciones monetarias, engaños o por la fuerza. Generalmente implica la existencia de *brokers* en países de origen que "buscan" bebés para los adoptantes. Muchas veces pagando a los padres para que renuncien a sus derechos, otras veces tomando los niños colocados en hogares de guarda y haciéndolos pasar por huérfanos. Esta ha sido una práctica lamentablemente asociada con la adopción internacional en muchos países de origen.

Adopciones señala que en los casos en que los peruanos buscan adoptar en el extranjero, el trámite de adopción lo deben realizar los adoptantes peruanos directamente<sup>492</sup>.

Para que una persona pueda adoptar un niño o adolescente en el Perú éste ha de ser declarado judicialmente en abandono y apto para ser promovido en adopción. Esta declaración es realizada por el Juez de Familia, de acuerdo al proceso ya desarrollado en el Capítulo II. La Dirección General de Adopciones comunicó a la Conferencia de la Haya que los niños y adolescentes suelen tener entre 1 y 17 años de edad. Excepcionalmente pueden ingresar niños entre 9 y 10 meses de edad por contar con antecedentes de padres biológicos con retardo mental o que presentan problemas de salud mental. Sin embargo, aquellos niños con salud estable que ingresen al programa tienen entre 1 y 3 años de edad<sup>493</sup>.

Existe a la vez un programa especial llamado “Ángeles que aguardan” en los que se encuentran niños mayores de 8 años, adolescentes, grupos de hermanos o niños con problemas de salud o necesidades especiales<sup>494</sup>.

Las personas residentes en el extranjero sólo podrán adoptar en el Perú cuando existan convenios entre el Estado Peruano y los Estados de los extranjeros<sup>495</sup> adoptantes o entre las instituciones autorizadas por éstos. Hasta el momento existen 89<sup>496</sup> Estados contratantes del Convenio de la Haya de 1993 y 3 acuerdos bilaterales<sup>497</sup> suscritos por el Perú, uno de los cuales cuenta con un protocolo de aplicación. No existen convenios en la actualidad convenios interinstitucionales con organismos provenientes de Estados no contratantes del Convenio.

El artículo 17 del Reglamento de la Ley 26981 ordena que los peruanos residentes en el extranjero puedan solicitar las adopciones directamente mediante la Dirección General de Adopciones, y no organismos acreditados que tramiten adopciones internacionales. Esto hace que la adopción resultante no goce del reconocimiento automático otorgado por el Convenio

<sup>492</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Cuestionario sobre organismos acreditados en el marco del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”. Respuestas del Perú. 2009. p. 2.

<sup>493</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Perfil del país para la adopción internacional: Estado de origen”. Respuesta del Estado Peruano. Mayo de 2010. p. 6.

<sup>494</sup> *Ibidem*

<sup>495</sup> Artículo 129, Código de los Niños y Adolescentes.

<sup>496</sup> Tabla de Estados Contratantes en:

[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=69](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=69) (Última visita: 30 de setiembre de 2012).

<sup>497</sup> La relación de tratados bilaterales se encuentra en el portal del Ministerio de Relaciones Exteriores:

<http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/tratbixtem?OpenForm&Start=1&Count=160&Expand=4&Seq=1> (Última visita: 30 de setiembre de 2012).

y de buscarse su reconocimiento en el país de residencia de los padres deberá seguirse el proceso de reconocimiento requerido en tal país.

La Autoridad Central designada por el Perú es la Dirección General de Adopciones, la misma que además de las funciones mínimas que le otorga el Convenio en los artículos del 7 al 9 (cooperación, intercambio de información, información mutua, promoción de la asesoría, intercambio de informes, etc.) también es la entidad encargada de constituir a adopción del niño y adolescente.

Es entendible entonces que sus funciones excedan las contenidas en el Convenio e incluyan otras contenidas en el artículo 4 del Reglamento No 010-2005-MIMDES como el impulso y desarrollo del programa de adopción de niños y adolescentes, proponer la política nacional y normativa en materia de adopciones, proponer la suscripción de convenios con otros Estados en la materia, autoriza el funcionamiento de entidades que desarrollen programas de adopción y las asesoran, seleccionan a los adoptantes, lleva el Registro Nacional de Adopciones de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono y el Registro Nacional de Adoptantes, coordinar con juzgados, fiscalías y demás entidades vinculadas al procedimiento de adopción, entre otras que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines.

La Dirección General de Adopciones, Autoridad Central peruana, no ha delegado sus funciones a ningún organismo acreditado peruano ni ha declarado al Depositario que las funciones que se encuentran en los artículos 15 a 21 de Convenio podrán ser realizadas por personas autorizadas<sup>498</sup> (artículo 22 (4)- Convenio)<sup>499</sup>. De este modo, la Dirección General de Adopciones cumple con todas las funciones otorgadas por el Convenio y las que la ley interna le otorga.

Sin embargo, según lo estipulado por el artículo 12 del Convenio, el Perú, mediante la Dirección General de Adopciones, autoriza a los organismos acreditados que podrán operar en nuestro país. Así lo indica la Directiva No. 006-2002-MIMDES en su artículo 9 al establecer que podrán ser autorizados aquellos organismos acreditados por los Estados con los que el Perú ha celebrado Tratados Bilaterales o Multilaterales sin necesidad de celebrar

---

<sup>498</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Perfil del país para la adopción internacional. Loc. Cit.

<sup>499</sup> Artículo 22.4: Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio solo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el apartado primero.

convenios interinstitucionales. Basta la autorización para el cumplimiento de sus funciones de promoción y cooperación en materia de adopciones internacionales.

Además, también puede autorizarse a organismos colaboradores en materia de adopción internacional mediante convenios para aquellos casos en que el Perú no tenga celebrado tratados con el Estado de donde procede el organismo colaborador.

Para que tal autorización sea otorgada, el organismo acreditado deberá presentar su constancia de acreditación y autorizado por el Estado de recepción para desarrollar programas de adopción internacional en el Perú, el poder otorgado a su representante en el Perú y sus estatutos.

Estos organismos realizan labores de colaboración y promoción de la adopción de niños y adolescentes peruanos. Se encargan de presentar las solicitudes de las familias a las que representan en el proceso de evaluación y eventual designación. Durante el procedimiento de adopción los representantes legales de los organismos acreditados acompañan a los adoptantes y brindan las facilidades durante el procedimiento regular de adopción<sup>500</sup>. Se encargan también del seguimiento post-adoptivo del niño o adolescente.

Si se trata de un niño que entra dentro del programa “Ángeles que aguardan” promueven su adopción al difundir la información social, médica, psicológica y legal del expediente del niño o adolescente con el fin de que alguna familia pueda interesarse en su adopción.

La Directiva 007-2002-MIMDES establece que tales organismos deben contar con un único representante legal que ha de estar premunido de un poder especial y cuyos actos obligan al organismo acreditado que representa<sup>501</sup>. A tales representantes se les otorga un certificado de reconocimiento expedido por la Dirección General de Adopciones<sup>502</sup>.

Como se ha comentado, los adoptantes pueden presentar sus solicitudes por medio de estos organismos, cuando las Autoridades Centrales de sus Estados de residencia habitual les han delegado tales funciones de acuerdo al Convenio. A setiembre del 2012 19<sup>503</sup> organismos acreditados extranjeros estaban autorizados para colaborar en materia de adopciones

---

<sup>500</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Cuestionario sobre organismos acreditados. Óp. Cit. p. 6

<sup>501</sup> Artículo 4: Para el ejercicio de sus funciones, los representantes requieren de un certificado de reconocimiento expedido por la Secretaría Nacional de Adopciones.

<sup>502</sup> Los requisitos para ser representantes están incluidos en el artículo 6 de la Directiva en cuestión:

<sup>503</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Cuestionario sobre organismos acreditados. Loc. Cit.

internacionales regulares y 9 relacionadas con las adopciones prioritarias de programa “Ángeles que aguardan”<sup>504</sup>.

Desde el año 2002 la Dirección General de Adopciones sólo autoriza a nuevos organismos para colaborar en materia de adopciones prioritarias propias del programa “ángeles que aguardan”, el mismo que está destinado a niños con características especiales que hacen más difícil su adopción.

De acuerdo a la Tercera Disposición Transitoria de la RM 731-2002-MIMDES los organismos acreditados y autorizados para acompañar el proceso de adopción internacional sólo pueden mantener en lista de espera de adoptantes un número máximo de 20 solicitudes de adopción. Esta norma no se aplica al programa “Ángeles que aguardan”.

### 1. Procedimiento de instrucción

Nuestro ordenamiento interno no establece un procedimiento especial para la adopción internacional. De esta forma se han de seguir las normas establecidas en el procedimiento de adopción regular siempre que no hayan sido alteradas por la aplicación del Convenio de la Haya de 1993.

El proceso de instrucción previo a la constitución de la adopción comienza cuando los adoptantes se aproximan a la Autoridad Central (u organismo acreditado) de su estado de residencia habitual y solicitan adoptar a un niño peruano (artículo 14 del Convenio). Está prohibido que los adoptantes se acerquen directamente a la Dirección General de Adopciones.

Tómese en cuenta que el 10 de junio de 2009 la Dirección General de Adopciones comunicó que ha suspendido la recepción de solicitudes internacionales de adopción y que sólo recibirá solicitudes de autoridades y entidades ya acreditadas con las que ha trabajado provenientes de los siguientes países: Alemania, Bélgica, España, Canadá, Italia, Estados Unidos, Dinamarca, Escocia, Francia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Suiza, Israel y los países de Sudamérica<sup>505</sup>.

En las adopciones nacionales, luego presentada la solicitud se inicia la etapa de evaluación integral en la que se realizan las pruebas psicológicas. En el caso de las adopciones

<sup>504</sup> Secretaría Nacional de Adopciones. Registro de organismos internacionales acreditados. En: [http://www.mimdes.gob.pe/files/SERVICIOS/SECRETARÍA\\_NACIONAL\\_DE\\_ADOPCIONES/organismos\\_acreditados\\_setiembre2012.pdf](http://www.mimdes.gob.pe/files/SERVICIOS/SECRETARÍA_NACIONAL_DE_ADOPCIONES/organismos_acreditados_setiembre2012.pdf) (última visita: 23/setiembre/2012).

<sup>505</sup> Nota Informativa encontrada en: [http://www.mimdes.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1642&Itemid=404](http://www.mimdes.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1642&Itemid=404) (Última visita: 30 de setiembre de 2012).

internacionales a las que se aplica el Convenio, es la Autoridad Central (u organismos acreditados) del Estado de recepción la encargada de declarar apta y adecuada a la persona que pretende adoptar.

Lo que se entiende por aptitud y adecuación va a depender de la ley aplicable según el sistema conflictual del Estado de recepción. De cumplirse con los requisitos exigidos por tal ley y luego de ser declarados aptos y adecuados, el organismo encargado preparará un informe que contenga la información necesaria sobre los adoptantes que luego será transmitido a nuestra Autoridad Central, la Dirección General de Adopciones (artículo 15 del Convenio).

Sin embargo, cabe precisar que para evitar el desacuerdo del Estado de origen para proseguir a la constitución de la adopción contenido como posibilidad en el artículo 17 (c) del Convenio, cuando la ley aplicable a la capacidad y aptitud de los adoptantes del Estado de recepción no coincida con la ley peruana, será importante que se cumplan los requisitos establecidos en nuestra normativa.

Según el Reglamento de la Ley 26981, los documentos exigidos por la legislación peruana a los adoptantes internacionales son los mismos que debe presentar un residente en el Perú al tramitar la adopción doméstica, salvo el requisito de presentar la autorización oficial de su país para adoptar un niño o adolescente peruano en estado de abandono judicialmente declarado y el Informe Psicosocial de los adoptantes por los profesionales y organizaciones autorizados por la Dirección General de Adopciones, que contenga motivación para adoptar, relaciones interfamiliares, relaciones sociales e interpersonales, evaluación de su situación económica y cualquier otro aspecto que describa el entorno socio-familiar de los adoptantes.

La Dirección General de Adopciones en su portal web institucional<sup>506</sup> agrega dos documentos más: la partida de matrimonio civil, de ser el caso, y el compromiso de seguimiento post-adoptivo expedido por la autoridad central del país de residencia de los adoptantes consistente en la remisión de informes semestrales del niño adoptado por un período de 4 años. Este último requisito es de conformidad con el artículo 132 del Código y el 38 del Reglamento.

En principio, todos los documentos deberán contar con traducción al español realizada por traductor público y el visado correspondiente de las autoridades del país extranjero ya no

---

<sup>506</sup>En: [http://www.mimdes.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1655&Itemid=404](http://www.mimdes.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1655&Itemid=404) (Última visita: 3/07/2012).



existe relevo de la legalización de los documentos en este Convenio. Sin embargo, el Perú se adhirió al Convenio de la Haya de 5 de Octubre de 1961 que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (Convenio de la Apostilla) y ratificó el mismo mediante Decreto Supremo 086-2009-RE que entró en vigencia el 30 de setiembre de 2010 por lo que en la actualidad existe este relevo de la legalización de documentos extranjeros entre los Estados miembros de este Convenio.

El Informe enviado es evaluado por la Dirección General de Adopciones y luego de verificar que se cumplan los requisitos, se realiza una Declaración de Aptitud del adoptante (artículo 18, Reglamento No. 010-2005-MIMDES) y éste entra en la lista de adoptantes inscritos en el Registro Nacional de Adoptantes.

La Dirección General de Adopciones propone a los adoptantes en ternas o duplas ante el Consejo Nacional de Adopciones para un niño o adolescente en particular declarado judicialmente en abandono luego de analizar si es que una determinada adopción responde al interés superior del niño teniendo en cuenta criterios como el perfil de las familias aptas, las necesidades del niño o adolescente en cuestión y el principio de subsidiariedad<sup>507</sup>. Tal Consejo designa al adoptante idóneo (artículo 19, Reglamento No. 010-2005-MIMDES) tomando en cuenta el expediente o informe del adoptante, si cuenta con alguna prioridad por buscar la adopción de niños mayores de 5 años y las expectativas de los adoptantes.

Existe la posibilidad de que una adopción directa (dejándose de lado las ternas o duplas) sea propuesta también por la Dirección General de Adopciones siempre que los adoptantes compatibilizan con niños mayores de 5 años, con discapacidades físicas y/o mentales o en los casos que la Dirección General de Adopciones fundamente tal designación como necesaria. Este es el caso de los niños que entran dentro del programa “Ángeles que aguardan”.

Una vez aprobada la designación del adoptante extranjero, de acuerdo al Convenio (artículo 16), la Dirección General de Adopciones deberá preparar un informe sobre el niño o adolescente, así como se asegurará de que se han tenido en cuenta las condiciones de educación de niño y su origen étnico, religioso y cultural y verificará de que la designación de los adoptantes responde al interés superior del niño. No necesitará constatar que existan los consentimientos de los progenitores del niño porque se entiende que al ser declarado judicialmente en abandono la resolución del juez hace al niño apto para ser adoptado.

---

<sup>507</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Perfil del Perú. Óp. Cit. p. 8

Así, la Dirección General de Adopciones transmitirá el informe sobre el niño o adolescente a la Autoridad Central (u organismo acreditado) del Estado de recepción motivando su designación (artículo 16.2, Convenio). Los adoptantes serán comunicados y una vez aceptada la designación, los adoptantes tienen 07 días para comunicarla a la Dirección General de Adopciones.

Tal designación, además, deberá ser aprobada por la Autoridad Central del Estado de Recepción (artículo 17.b del Convenio), la misma que dará su aprobación para la continuación con el procedimiento de adopción (artículo 17.c). Esto será también comunicado a la Dirección General de Adopciones. Una vez aceptada la designación comienza el procedimiento de integración familiar por lo que los adoptantes deben estar en el Perú a partir de esta etapa del proceso.

Recibida la aceptación y la autorización la Dirección General de Adopciones tiene 1 día hábil para comunicar a la institución donde está albergado el niño que se realizará la presentación de los padres (artículo 23, Reglamento No. 010-2005-MIMDES). Una vez presentados un representante de la Dirección General de Adopciones emite un informe de empatía dentro del día siguiente hábil, que de ser favorable y tras la aceptación de los adoptantes, la dentro del día hábil siguiente comunicará la designación al Juzgado de Familia y a la Fiscalía de Familia que conocieron el proceso de Investigación Tutelar del menor, o a INABIF, de ser el caso.

Al día siguiente la Dirección General de Adopciones dispone el externamiento del albergue o institución donde vive el niño o adolescente. Realizado el externamiento los adoptantes deberán acercarse el mismo día a la Dirección General de Adopciones que emitirá la Resolución Administrativa que dispone la Colocación Familiar a favor de los adoptantes, quienes suscriben el Acta de Entrega de Niño en Colocación Familiar.

Tómese en cuenta que antes de otorgar la colocación, por mandato del Convenio (artículo 17) la Dirección General de Adopciones tendrá que haber verificado la existencia del acuerdo de los adoptantes, que la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión de colocación por así exigirlo el artículo 16 del Reglamento No. 010-2005-MIMDES, que ambas Autoridades Centrales están de acuerdo con que se prosiga con el procedimiento y que se haya constatado la aptitud y adecuación de los adoptantes y que el niño haya sido autorizado a entrar y residir en el Estado de recepción. Estos requisitos a estas alturas del procedimiento ya deberían estar verificados por la Dirección General de Adopciones pues forman parte de los requisitos exigidos a los adoptantes residentes en el extranjero (artículo 16, Reglamento No. 010-2005-MIMDES).

Luego de la colocación del niño con los adoptantes el especialista de la Dirección General de Adopciones tiene siete días, plazo que puede extender 7 días más, para realizar visitas a los padres para analizar la adaptación del niño o adolescentes con los adoptantes (artículo 27, Reglamento No. 010-2005-MIMDES). Escribirá luego un informe que de ser favorable deja expedito el camino a la constitución de la adopción. De no ser favorable el informe o en el caso en que los adoptantes desistan, se revoca la colocación.

Sobre la constitución de la adopción, tema neurálgico en esta materia, el Convenio de la Haya de 1993 no regula nada más allá de las condiciones mínimas materiales de los artículos 4 y 5. Carrillo Carrillo<sup>508</sup>, menciona que este Convenio se limita a regular que las adopciones pueden ser constituidas bien en el Estado de origen o el Estado de recepción pero no se explicita qué ley ha de aplicarse en el Estado en que se constituirá la adopción.

Así, se entiende que la autoridad que se encargue de la constitución de la adopción aplicará las normas de Derecho Internacional Privado de su propio ordenamiento a todo caso. En los países en que las Autoridades Centrales no son los que constituyen las adopciones sino más bien son realizadas en los Tribunales (al margen de que el proceso de instrucción pueda haber sido realizado administrativamente) se da el fenómeno de que el juez realizará un examen de la ley aplicable a las condiciones, requisitos, efectos, etc. y, si bien tomará en cuenta lo actuado en el proceso de instrucción previo a la constitución, no significará que se verá vinculado por lo actuado durante este procedimiento previo, pudiendo denegar la adopción.

El caso del Perú es distinto pues es la misma Autoridad Central la que constituye la adopción por lo que la actuación previa a la constitución que implica la evaluación de la adoptabilidad del niño, y la evaluación y aceptación de lo actuado por la Autoridad Central u organismo acreditado del país de recepción para declarar aptos y adecuados a los futuros padres adoptivos.

Tal evaluación previa viene a sustentar su decisión de constitución de la adopción y releva de la necesidad de realizar otro examen como sí sería necesario en el caso de que fueran dos organismos distintos los encargados del proceso de instrucción previo y la constitución.

De esta manera, se hace innecesario usar las normas conflictuales contenidos en el artículo 2087 del Código Civil sobre capacidad de adoptar y capacidad de ser adoptado, edad y estado civil del adoptante, consentimientos eventuales y demás condiciones para obtener la adopción así como la autorización para salir del país del niño ya que se entienden

---

<sup>508</sup> Loc. Cit. p. 214

circunscritas dentro de los requisitos exigidos y cumplidos dentro del proceso previo a la constitución que, una vez satisfechos en nuestro ordenamiento, resultan directamente en la constitución de la adopción.

Así lo estipula el artículo 30 del Reglamento No. 010-2005-MIMDES al regular que siempre que el informe de colocación familiar resulte aprobatorio dentro de las 24 horas de recibido, la Dirección General de Adopciones expedirá la respectiva resolución que declara la adopción, la cual debe ser motivada y firmada por el Secretario Nacional de Adopciones.

Esta resolución administrativa será comunicada al Juzgado de Familia o a INABIF, dependiendo de qué entidad llevó a cabo la Investigación Tutelar del niño o adolescente adoptado. También se comunicará a RENIEC para que se deje sin efecto la partida original y proceda inmediatamente la nueva partida sin que se exprese que el niño o adolescente es adoptado (artículo 31, Reglamento No. 010-2005-MIMDES).

Según la Dirección General de Adopciones el procedimiento, desde que la designación es aceptada hasta la inscripción de la nueva partida de nacimiento, tarda 33 días como promedio, de no haberse suscitado demoras<sup>509</sup>.

Se entiende que el niño o adolescente se desplazará del país junto con sus padres al Estado de residencia de éstos, donde le será permitida la entrada y la residencia pues este es también un requisito más exigido para realizar la adopción.

## **2. Reconocimiento y efectos de las adopciones internacionales**

### **A. Reconocimiento**

El Convenio de la Haya de 1993 sí regula el reconocimiento automático y los efectos mínimos de la adopción constituida. El reconocimiento automático de las adopciones que están bajo este Convenio tiene como resultado evitar los procedimientos de reconocimiento que puedan existir en otros países según lo exigido por sus normas de derecho internacional privado. Mediante la certificación evita que se revise el contenido de la adopción, es decir, la competencia de la autoridad que la constituyó, la ley aplicada a los requisitos o los efectos en el estado de constitución como condición para su validez extraterritorial.

Este capítulo del Convenio comienza con el artículo 23 que reza:

---

<sup>509</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Perfil del Perú. Óp. Cit. p. 14

#### Artículo 23

1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c).

2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario del Convenio la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado, son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de estas autoridades.

El artículo 23 estipula que las adopciones constituidas y certificadas en el Estado de Constitución serán reconocidas de pleno derecho en todos los demás Estados contratantes. Esto es plenamente entendible de acuerdo a que si tanto el Estado de recepción como el de origen han dado su consentimiento para que siga el procedimiento de adopción al momento de la colocación, estos han de verse obligados al reconocimiento por la constitución.

No obstante, el artículo no se limita a ese escenario. Es claro que el reconocimiento no sólo es entre estos dos Estados, sino en todos los Estados contratantes. De esta forma, si una persona residente en un Estado adopta a un niño a adolescente en otro Estado, tal adopción certificada será también reconocida en los demás Estados contratantes. Esto es particularmente interesante ya que así un Estado no contemple la adopción simple dentro de su ordenamiento, tendrá que reconocerla si ésta ha sido constituida en un país que sí la admite. Lo mismo se aplica a aquellos países que sólo admiten la adopción simple, están en el deber de reconocer las adopciones plenas realizada en un Estado contratante.

El Convenio no regula los requisitos formales de la certificación, si bien se exige que exprese por quién y cuándo fueron otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17 c. Actualmente existe un modelo recomendado diseñado por la misma Conferencia de la Haya<sup>510</sup>.

Una vez certificada la adopción, ésta goza automáticamente de reconocimiento de pleno derecho. Es decir, no tienen lugar procedimientos de reconocimiento, ejecución o registro<sup>511</sup>.

En el caso del Perú, luego de constituida la adopción la Dirección General de Adopciones emite el certificado de adopción internacional a más tardar al día siguiente<sup>512</sup> de solicitado y es entregado directamente a los solicitantes.

<sup>510</sup> El modelo se encuentra en:

[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=936&dtid=2](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=936&dtid=2) (Última visita: 30 de setiembre de 2012).

<sup>511</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 95.

En el Informe explicativo se comenta que el Convenio no prevé el reconocimiento automático de la decisión de denegación del reconocimiento de la adopción ni tampoco se refiere a si una adopción que entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio pero que no ha seguido las reglas del mismo podrá ser reconocido en otro Estado miembro<sup>513</sup>. El Estado que concediera una adopción en esos términos violaría el Convenio y podría ser objeto de queja. Sin embargo, el reconocimiento de tal adopción no está prohibido y queda a lo estipulado en la ley aplicable de los Estados de recepción. De este modo se da la apertura a la existencia de reconocimiento de adopciones que no cumplen con lo estipulado en el Convenio de la Haya de 1993 y, por tanto, no ofrecen las mismas garantías.

El Estado constituyente sólo podrá denegar tal certificación por las causales incluidas en los artículos 24<sup>514</sup> y 25<sup>515</sup> que son el orden público o las adopciones procedentes de los acuerdos bilaterales que supriman artículos del Convenio, según lo permitido por el artículo 39 inciso 2.

El Informe Explicativo relata que el artículo 24 fue uno de los más discutidos pues muchos países, como los Estados Unidos, consideraron que la aplicación del interés público para evitar el reconocimiento de una adopción debía ser restringida a casos específicos mencionados en el Convenio ya que si no se prestaría a la interpretación caprichosa de cada Estado. Propusieron que sólo el interés público debía intervenir en la denegación del reconocimiento si es que el niño fue secuestrado, o los consentimientos de la adopción eran falsos u obtenidos ilícitamente o cuando respondiera al interés superior del niño<sup>516</sup>.

Sin embargo, esta propuesta no fue acogida ya que se prefirió la generalidad del término. Empero, debe resaltarse que el artículo 24 no deja esta posibilidad de denegación sólo al interés público sino que menciona que se tendrá en cuenta el interés superior del niño.

#### Artículo 24

Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

---

<sup>512</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Perfil del Perú. Óp. Cit. p. 15.

<sup>513</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Loc. Cit.

<sup>514</sup> Artículo 24: Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

<sup>515</sup> Artículo 25: Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, apartado 2.

<sup>516</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 98.

Así, para que una adopción no sea reconocida deberá ser contraria al orden público pero tal denegación no podrá ir en contra del interés superior del niño. De esta manera, se buscó restringir la aplicación indiscriminada del interés público.

## **B. Efectos de la adopción internacional**

El Convenio no regula la ley aplicable a los efectos de la adopción internacional por lo que estos se regularán de acuerdo a lo establecido por los sistemas conflictuales de cada Estado y, por tanto, debido a la diversidad de posibilidades de normas aplicables (ley nacional del niño, de los padres adoptivos el domicilio o residencia habitual de cualquiera de los dos o su residencia habitual) los efectos pueden ser diversos. De ahí que Carrillo Carrillo considere que el reconocimiento no garantiza la coherencia internacional del estatuto jurídico del adoptado<sup>517</sup>.

No obstante, el Convenio regula algunos efectos mínimos que serán otorgadas a todas las adopciones, al margen de lo que las normas aplicables según el sistema conflictual de cada país les otorgue. Así, se establece que:

### Artículo 26

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento:
  - a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;

Es decir, ningún estado contratante podrá negar la calidad de hijo al niño y a sus padres sin importar si la adopción es simple o plena. Los demás efectos dependerán de cada legislación y la ley que designe aplicable a la filiación.

Como se vio en la primera parte de este Capítulo, en nuestro país el Libro X no regula la norma aplicable a los efectos de la filiación en general o a la filiación adoptiva más allá de la ley aplicable a la ruptura de parentesco del adoptado con la familia sanguínea. Ante esta laguna se considera que lo más recomendable es que la ley del domicilio de los padres adoptivos sea aquella que rija los efectos de la adopción siendo que el niño o adolescente residirá en ese Estado y podrá así verse beneficiado con todos los derechos propios de la filiación en el país de su nueva residencia.

- b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;

---

<sup>517</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. Óp. Cit. p. 273.

El Informe Explicativo desarrolla que se prefirió no usar el término “autoridad parental” reemplazándola por “responsabilidad de los padres” para resaltar las obligaciones de los padres nacidas de la filiación<sup>518</sup>.

c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.

El efecto contenido en este literal es particular ya que se exige que todos los Estados contratantes reconozcan que la adopción es plena siempre que la adopción tenga ese efecto en el Estado de constitución. Sobre esto, Carrillo Carrillo desarrolla dos posibles interpretaciones<sup>519</sup>. La primera de ellas es que la condición indicada signifique que la ruptura de vínculos con los padres biológicos sea un efecto según la ley material del Estado de Constitución. Sería el caso del Perú ya que según nuestra legislación toda adopción es plena.

La segunda interpretación es que tal efecto sea otorgado por la ley aplicable según el sistema conflictual de cada Estado. Es decir, se aplicaría si es que la ley aplicable a los efectos de una determinada adopción estipula que tenga el efecto de cortar los vínculos jurídicos con los padres biológicos. La autora se inclina hacia esta postura.

Si fuéramos a trasladarlo al caso del Perú tendríamos que revisar la ley aplicable a la ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.

Para definir los efectos de la adopción en el Perú debe revisarse lo estipulado por la ley aplicable al respecto. Según el artículo 2087 del Código Civil la ley aplicable es la ley del domicilio de adoptado, es decir, la ley peruana. Nuestra ley material establece que todas las adopciones son plenas.

Vemos, entonces, que en el caso del Perú las dos posturas señaladas llegan a la misma conclusión. Sin embargo, esto no siempre sucederá en todos los Estados debido a que cada uno de ellos puede elegir criterios distintos para la ley aplicable a la ruptura de vínculos de parentesco con los padres biológicos.

Concluimos entonces que toda adopción internacional realizada en el Perú tiene el efecto de cortar los vínculos de filiación de los padres biológicos con los hijos adoptados. Y como tal

<sup>518</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 103.

<sup>519</sup> CARRILLO CARRILLO, Beatriz. Óp. Cit. p. 277.



deberá ser reconocida en los demás Estados contratantes así la adopción plena no esté contemplada en sus ordenamientos.

En principio los únicos que pueden evitar este efecto son los Estados de origen y recepción al no dar su consentimiento para que la adopción prosiga según el artículo 17 c de la Convención. No sucede lo mismo si se busca el reconocimiento en un tercer estado que está obligado a reconocer la plenitud de la adopción al margen de que su ordenamiento sólo permita la adopción simple para las adopciones constituidas en su país.

La revocación de la adopción no fue incluida en el Convenio y es por ello que no puede ser reconocida automáticamente<sup>520</sup> de haberse dispuesto en un país como el Perú que la admite excepcionalmente. Nuestra legislación tampoco menciona norma aplicable a la revocación pero la ley material sí admite que el adoptado pueda revocarla un año después de la mayoría de edad. De realizarse tal revocación en el país de constitución entonces tendría que buscarse el reconocimiento de la revocación siguiendo los medios indicados en su país de residencia.

2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.

Este efecto está destinado al Estado de recepción y a cualquier otro Estado contratante que deben otorgarle a toda adopción que tenga como efecto el país de constitución la ruptura de vínculos jurídicos con los padres biológicos (como es el caso del Perú) derechos equivalentes a los que tienen las adopciones plenas constituidas en su Estado.

Si es que los efectos otorgados según la norma aplicable de Derecho Internacional Privada resultan manteniendo los vínculos jurídicos con los padres biológicos entonces este artículo no se aplica.

La finalidad de este artículo es que no se hagan distinciones en cuanto a las adopciones con efectos plenos constituidas en el extranjero y las constituidas en ese mismo Estado.

Vale la pena resaltar que se habla de otorgar “derechos equivalentes” y no “efectos equivalentes” por lo que los demás efectos de la filiación adoptiva (nombre del adoptado,

---

<sup>520</sup> PARRA – ARANGUREN, G. Óp. Cit. p. 105.

alimentos, sucesiones, etc.) serán regidos por el Derecho Internacional Privado de cada Estado.

Según el Informe Explicativo, este artículo incluye también a aquellas adopciones plenas que pueden ser revocadas excepcionalmente, como es el caso del Perú<sup>521</sup>.

3. Los apartados precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

Este efecto está relacionado con los casos en que la adopción constituida es simple y, como tal, priva de los derechos que la adopción plena comúnmente otorga. Los Estados están en libertad de otorgarle aquellas disposiciones más favorables al niño o adolescente de ser el caso.

El último artículo del Capítulo V versa sobre la posibilidad de convertir las adopciones simples constituidas en el Estado de origen en adopciones plenas en el Estado de recepción. No regula la posibilidad de que se busque la conversión en otros países contratantes o en el mismo país de origen y, por tanto, deberá seguirse lo estipulado por el sistema conflictual de cada Estado donde se lleve a cabo la conversión. Tal conversión será posible siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Artículo 27

1. (...)

- a) la ley del Estado de recepción lo permite; y
- b) los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción;

El Convenio señala que será la ley interna del Estado de recepción para ver si la conversión es permitida. El otro de los requerimientos es que los consentimientos otorgados para realizar la adopción hayan sido dados con el fin de que esta adopción tenga este efecto en el Estado de recepción, así la ley interna del Estado de origen no lo permita. De ahí que el consentimiento para la conversión debe ser dado.

2. El artículo 23 se aplicara a la decisión sobre la conversión de la adopción.

Este numeral indica entonces que la conversión será reconocida en todos los Estados contratantes. Lo más saltante es que será igualmente reconocida en el Estado de origen, así la adopción constituida en su país no tenga ese efecto.

---

<sup>521</sup> Ídem. p. 108.

Este artículo no se aplica al Perú ya que las adopciones constituidas en el Perú siempre serán plenas, como se analizó líneas arriba.

### **C. Efectos no incluidos en el Convenio**

En la primera sección de este capítulo se desarrolló que el artículo 2087 de nuestro Código Civil no establece la ley aplicable a los efectos de la adopción como pueden ser la nacionalidad, el domicilio, el ejercicio de la patria potestad, el nombre, el derecho alimentario y los impedimentos matrimoniales.

Al respecto se concluyó que la tendencia es la de someter los efectos de la adopción a la misma ley que gobernó las condiciones de la misma. Como en el Perú se distribuyen la ley aplicable de la adopción entre la ley de los adoptantes y del adoptado, la elección más favorable al niño o adolescente adoptado sería la ley personal de los adoptantes, pues se entiende que el niño o adolescente adoptado residirá con sus padres adoptivos y es deseable que la norma que gobierne el estatuto personal de los adoptantes también se aplique a sus relaciones con el adoptado<sup>522</sup>.

## **IV. Acuerdos bilaterales ratificados por el Perú en materia de adopción internacional.**

### **1. Naturaleza jurídica de los acuerdos bilaterales**

El Perú ha suscrito tres acuerdos bilaterales sobre adopción internacional con Italia, España y la provincia canadiense de Quebec. El acuerdo con Italia cuenta, además, con un protocolo de aplicación.

La doctrina discute la naturaleza jurídica de estos “acuerdos” ya que su denominación de por sí no denota necesariamente su calidad de Convenio internacional. Las opiniones al respecto<sup>523</sup> se dividen entre quienes piensan que estos acuerdos son tratados, es decir, un acuerdo escrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional que tiene como fin la

<sup>522</sup> VAN LOON, J. H. A. Óp. Cit. p. 283

<sup>523</sup> GONZÁLEZ MARÍN, Nuria. “Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. V. 2005. pp. 221-278. p.235.

producción de efectos jurídicos entre las partes, según las normas aplicables del Derecho Internacional, al margen de la denominación que lleve<sup>524</sup>.

Otros los consideran acuerdos o contratos administrativos o de ejecución llevados a cabo por dos organismos administrativos de dos países distintos con el fin de regular un proceso en particular que están regidos por un Derecho estatal<sup>525</sup> y que sólo podrá ser un Tratado si así está decidido por las partes que tendrá una vinculación propia de este tipo de normas.

Por último, otros se inclinan por ubicarlos como acuerdos no normativos o no jurídicos ya que consideran<sup>526</sup> que no conllevan consecuencias jurídicas en el sentido que representan simplemente cartas de intenciones no vinculantes formalmente. Este tipo de acuerdos suele ser común hoy en día ya que favorece que se eviten las ataduras legales e institucionales, internacionales e internas propias de los acuerdos vinculantes<sup>527</sup>.

Para poder ubicar a estos acuerdos bilaterales dentro de estas alternativas cabe preguntarse cuál es el elemento que le otorga el carácter de Tratado a un acuerdo realizado por dos Estados distintos. Según la definición que hemos usado líneas arriba, un Tratado es todo aquel que se rige por el Derecho Internacional y que, por tanto, genera obligaciones y derecho jurídicos a ese nivel.

La identificación del carácter jurídico de las obligaciones internacionales surgidas en los Tratados es importante pues nos ayudará a elucidar si los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional pueden ser ubicados dentro de esta categoría. Remiro Brotóns establece que es la voluntad de las partes la que determinará la naturaleza de las obligaciones pactadas y que ha de recordarse que no sólo los acuerdos que contienen mecanismos de arreglo obligatorio de controversias pueden ser considerados Tratados.

Un ejemplo de esto es el propio Convenio de la Haya de 1993 que, como vimos, no contiene un mecanismo de controversias y no por eso deja de ser un Tratado que crea obligaciones jurídicas.

---

<sup>524</sup> REMIRO BROTONS, Antonio et al. "Derecho Internacional". Valencia: Tirant Le Blanch. 2007. p. 318.

<sup>525</sup> Ídem. p. 335.

<sup>526</sup> HERNANDO, Marina. Citada en: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Ídem. p. 237.

<sup>527</sup> REMIRO BROTONS. Loc. Cit.

Tampoco es la especificidad o precisión de un acuerdo el que lo convierte en uno jurídico ya que existen acuerdos muy pormenorizados dentro del marco de la OMC que no implican obligaciones jurídicas. Así también, existen Tratados que establecen obligaciones genéricas o programáticas, como es el caso también del Convenio de la Haya de 1993 que establece que las adopciones internacionales serán constituidas respetando el interés superior del niño pero no señala el significado del mismo.

Estas obligaciones generales o programáticas podrán reflejar la inexistencia del carácter no jurídico de un acuerdo de interpretarse que no podría fundamentar una decisión judicial o arbitral<sup>528</sup>.

Es claro además que ni siquiera la posibilidad de optar por no cumplir con parte del Tratado puede remover su carácter jurídico<sup>529</sup> pues en muchos Tratados existe la posibilidad de hacer reservas o de salvaguardia como es el caso del interés público en el mismo Convenio de la Haya de 1993.

Remiro Brotóns desarrolla que en los Tratados que presentan estas características, como es el caso del Convenio de la Haya de 1993, se está ante lo que se conoce como *soft law*<sup>530</sup> *matériel* o normas no vinculantes del todo por valerse de conceptos vagos (interés superior, orden público, etc.), amplio margen de discreción, normas de salvaguarda y la ausencia de medios para verificar el cumplimiento.

Ahora bien, para reconocer un acuerdo no normativo ha de revisarse el lenguaje del texto y derivar del mismo la voluntad de las partes. De no ser claro su carácter, deberá evaluarse su denominación, si ha sido firmado y por quién, el procedimiento de formalización del acuerdo, si el acuerdo ha sido aprobado por el Congreso, si ha sido publicado, inscripción en el Registro de Tratados y su aplicación por los órganos estatales<sup>531</sup>, etc.

Así, generalmente los acuerdos normativos llevan por nombre a palabras como memorándum, programa, plataforma, directrices, código de conducta, minuta, etc.

Al analizar los acuerdos bilaterales suscritos por el Perú puede verse que los tres llevan nombres que son comúnmente usados para denominar Tratados. Así, el acuerdo con España

---

<sup>528</sup> Ídem. p. 336.

<sup>529</sup> Ibídem.

<sup>530</sup> De esta forma, el autor define al *soft law* como una manifestación del Derecho ante los casos de obligaciones que presenten las características antes descritas y no sería aplicable a los acuerdos no normativos por estos carecer de todo tipo de elemento vinculante.

<sup>531</sup> Ídem. P, 337

se denomina “Protocolo”, el acuerdo con Quebec se llama “Convenio” al igual que el acuerdo con Italia, el mismo que cuenta con un Protocolo de Aplicación.

Así también, el tenor de su redacción deja claro que las autoridades representantes de nuestro país en materia de adopción internacional se comprometen a cumplir los procedimientos y normas encontradas en el Tratado, generándose obligaciones que no tienen que contener un sistema de solución de controversias para ser consideradas jurídicas.

Todos estos acuerdos fueron ratificados como Tratados e ingresaron a nuestro ordenamiento mediante Decretos Supremos o Resoluciones Legislativas debidamente publicadas en el Diario Oficial El Peruano. Además, están incluidos como tales dentro del Archivo de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>532</sup>.

Debido a lo desarrollado, es claro que estos acuerdos bilaterales constituyen tratados internacionales.

## 2. Los Acuerdos Bilaterales y el Convenio de la Haya de 1993

El artículo 39.2 del Convenio de la Haya de 1993 señala:

Artículo 39 (...)

2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

De esta forma el Convenio de la Haya de 1993 incluye la posibilidad de que los Estados Contratantes lleven a cabo acuerdos que favorezcan la aplicación del Convenio y para esto podrán derogar los artículos ya mencionados.

Como lo menciona el Informe Explicativo<sup>533</sup>, ésta es una restricción a la regla establecida en el artículo 41<sup>534</sup> del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de las Naciones

<sup>532</sup> Archivo de Tratados Bilaterales encontrado en:

<http://www.rree.gob.pe/portal/archivos.nsf/0/98B6EE460F897A89052576A30060999E?OpenDocument>

<sup>533</sup> PARRA ARANGUREN. Óp. Cit. p. 133.

<sup>534</sup> Artículo 41: 1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación esta prevista por el tratado; o
- b) **si tal modificación no está prohibida por el tratado**, a condición de que:

Unidas que establece que los Estados parte de un Tratado multilateral podrán acordar modificarlo en un tratado bilateral siempre que la modificación no esté prohibida. El Convenio de la Haya de 1993 es claro al prohibir modificaciones que excedan los artículos mencionados.

Los artículos 14 al 16 establecen algunas funciones de las Autoridades Centrales de origen y recepción como es el caso de la recepción de la solicitud de adopción, la declaración de aptitud y adecuación de los futuros padres adoptivos así como el informe sobre los mismos que será luego transmitido al Estado de origen, la declaración de adoptabilidad del niño a adoptarse, la preparación del informe sobre el mismo y el traslado del mismo hacia el Estado de recepción.

También los artículos del 18 al 21 dedicados a la obligación de velar porque el niño o adolescente adoptado cuente con el permiso de entrada y recepción del Estado de recepción, las condiciones para desplazar al niño al Estado de recepción, el deber de información mutua de las Autoridades centrales en cuanto al procedimiento de adopción, las medidas adoptadas para finalizarlo y el desarrollo probatorio del período probatorio y las medidas a cumplirse de darse el caso en que la constitución de la adopción fuera a realizarse en el Estado de recepción.

La prohibición de derogar otros artículos que no sean los señalados implica que todo tipo de acuerdo complementario no debe afectar a las disposiciones fundamentales del Convenio de la Haya de 1993<sup>535</sup>.

Estos acuerdos no se refieren a acuerdos como el Convenio de la Haya de 1993 sobre sustracción de menores, el Convenio de la Haya de 1965 sobre la adopción y el Convenio interamericano de 1984 sobre adopción de menores<sup>536</sup> sino sólo a aquellos convenios que buscan crear mecanismos de aplicación de este Convenio.

Se estipula además que los Estados que concluyan tales acuerdos deben transmitir una copia de los mismos al depositario del Convenio para que éste notifique a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los demás Estados

- 
- i) no afecte el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
  - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

<sup>535</sup> PARRA-ARANGUREN. Óp. Cit. p. 131.

<sup>536</sup> Ídem. p. 133.

participantes en la Decimoséptima Sesión y a los Estados que se hayan adherido al mismo<sup>537</sup> de la existencia del mismo para permitir que los Estados que no son parte de estos acuerdos puedan decidir no reconocer las adopciones constituidas bajo estos, como lo permite el artículo 25.

#### Artículo 25

Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, apartado 2.

El artículo no señala cuándo debe realizarse tal comunicación ni cuándo ha de ser participada a los demás estados contratantes, ni cuándo debe realizarse la declaración de los Estados que no desean reconocer tales adopciones. Es de entenderse que al no mencionarse nada al respecto deberá seguirse lo que estipule el Derecho de los Tratados, en particular el artículo 30 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>538</sup>.

### 3. Acuerdos Bilaterales ratificados por el Perú

#### A. Convenio entre la República del Perú y la República de Italia en materia de adopción internacional sobre niños o adolescentes.

Firmado en Lima el 17 de diciembre de 1993 y, como veremos, contiene muchas normas análogas a las del Convenio de la Haya de 1993. Es de duración indefinida (artículo 15),

<sup>537</sup> Artículo 48: El depositario del Convenio notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los demás Estados participantes en la Decimoséptima Sesión y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44:

(...) e) los acuerdos a que se refiere el artículo 39; (...)

<sup>538</sup> Artículo 30: Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.
2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
  - a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
  - b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.
5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.



abriéndose la posibilidad a la denuncia del Convenio por ambas partes mediante notificación por escrito a la otra parte, la misma que tendrá efecto a partir del primer día del mes siguiente al término de un periodo de seis meses posteriores a la fecha de recepción de la notificación. Por otro lado, se permite la presentación de enmiendas las mismas que tendrán efecto a los tres meses de la fecha de aceptación de la otra parte.

En su preámbulo este Convenio reconoce el principio de subsidiariedad, el principio de interés superior del niño, el derecho a la preservación de la identidad cultural y a la necesidad de que el niño o adolescente cuente con seguridades equivalentes a las existentes para las adopciones nacionales y el deber de que las colocaciones sean llevadas a cabo por autoridades competentes y no generen beneficios indebidos para las personas dentro del proceso.

#### **a. Objeto**

Los principales objetivos de este Convenio se encuentran descritos en el artículo 1 y son la cooperación entre las partes con el fin de que se elimine del proceso de adopción la sustracción, tráfico, trata y venta de niños o adolescentes, así como también para prevenir estos abusos.

Otro objetivo es el estipular el reconocimiento recíproco en las adopciones internacionales, reduciéndose así el riesgo de las adopciones claudicantes y evitándose el proceso de exequatur.

#### **b. Ámbito de aplicación**

El Convenio se aplica a menores de 18 años y a aquellos adolescentes que cumplan la mayoría de edad durante el procedimiento de adopción internacional.

Optando por el factor de la nacionalidad, el Convenio se aplica en los casos en que un niño o adolescente nacional de uno de los Estados partes será adoptado por ciudadanos del otro Estado contratante y a los apátridas que estén dentro del territorio de cualquier de ambos Estados. De esta forma, y de manera novedosa, se incluye el caso del apátrida (artículo 2).

En el artículo 16 se señala que no es aplicable a las adopciones en casos de excepción o las llamadas particulares.

### **c. Autoridades Centrales y Organismos autorizados**

En el artículo 3 se estipula que ambos Estados designarán a las Autoridades Centrales que cumplirán las obligaciones derivadas del Convenio y que las mismas podrán delegar sus funciones a organismos públicos o privados autorizados adecuadamente por la parte que la propone y aceptados por la otra.

Las Autoridades Centrales son las llamadas a vigilar el cumplimiento de las funciones de estos organismos y tienen la capacidad de sancionar cualquier violación u omisión en el ejercicio de estas funciones y de lo contenido en el Convenio que está siendo descrito.

### **d. Reconocimiento**

Los Estados reconocerán las adopciones internacionales de forma recíproca sólo las adopciones llevadas a cabo según lo exigido por este Convenio y mediante las Autoridades Centrales y organismos autorizados debidamente designados (artículo 4).

### **e. Deberes y funciones**

El primer deber conjunto de las autoridades competentes es el de asegurar la protección de los niños o adolescentes y lograr la consecución de los objetivos del Convenio a través del seguimiento conjunto de la fase pre-adoptiva en la que se designa a un niño adoptable y vigilarán la fase posterior a la resolución judicial.

También se nombra el deber de información recíproca entre las Autoridades Centrales de cada Estado en materia de legislación sobre adopción y, además, deberá instaurarse un contacto permanente para informarse sobre el funcionamiento de este Convenio y la eventual eliminación de obstáculos que pudieran surgir.

El artículo 5 señala que las Autoridades Centrales tomarán las medidas adecuadas para la conservación e intercambio de información sobre la situación del niño o adolescente y de los adoptantes tanto antes como después de constituida la adopción. Además, facilitarán, seguirán y activarán el proceso de adopción.

Deberán impedir que se deriven beneficios indebidos con las adopciones internacionales y cualquier violación de los objetivos del Convenio. Para eso, deberán realizar y promover actividades de control.

Por último, se estipula la necesidad de un reporte semestral mínimo por un periodo de 3 años.

#### **f. Condiciones para que se lleven a cabo las adopciones**

Según el artículo 7, sólo podrán ser llevadas a cabo las adopciones internacionales cuando el niño o adolescente sea declarado en estado de abandono o adoptable por el juez competente, la Autoridad Central del Estado de origen haya verificado que la adopción internacional responde al interés superior del niño o adolescente, la Autoridad Central del Estado receptor garantice que los adoptantes son aptos y adecuados para el niño o adolescente y, además, garantice que éste será autorizado a ingresar y residir permanentemente en ese Estado; y, por último, la autoridad central del estado de origen haya asignado a los futuros adoptantes un niño o adolescente.

#### **g. Procedimiento**

De forma similar al Convenio de la Haya de 1993, los adoptantes declarados idóneos presentarán su solicitud a la Autoridad Central del Estado de origen de su nacionalidad o a los organismos autorizados por ella. Cualquiera de estas recibirá la solicitud y enviará toda la información pertinente a la Autoridad Central o al organismo autorizado (artículo 8).

La autoridad competente del estado de origen transmitirán también toda la información pertinente sobre el niño o adolescente adoptable que han decidido asignar (artículo 9) e iniciarán el proceso de adopción (artículo 10). El estado de recepción se compromete a llevar a cabo todo lo necesario para que la adopción sea reconocida en su país y remitirá la información pertinente al otro Estado (artículo 11).

El Convenio contempla que si una vez adoptado el niño surgiesen impedimentos que debido al interés superior del niño imposibilitasen su reconocimiento, la Autoridad Central que constate el impedimento deberá informarlo a la Autoridad Central del otro Estado para llegar de común acuerdo a las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos del menor.

A diferencia del Convenio de la Haya de 1993 que, como vimos, sólo contempla al orden público como única opción para el no reconocimiento de una adopción internacional, en este caso existe un espacio de decisión más amplio al poder citarse cualquier objeción aduciendo el interés superior del niño o adolescente.

## **h. Otras disposiciones**

Cabe mencionar que el artículo 13 estipula que las Autoridades Centrales estipulan la conservación de todas las informaciones relativas a los orígenes del niño o adolescente y su familia en un Registro de Adopciones al que deberá ser posible acceder previas autorizaciones necesarias de acuerdo a lo estipulado por las leyes de cada uno de los Estados.

## **B. Protocolo de Aplicación del Convenio entre la República Italiana y la República del Perú en materia de adopción internacional sobre menores de edad.**

Este Protocolo fue firmado en Lima el 6 de julio de 1999, fue ratificado mediante Decreto Supremo No. 054-99-RE y entró en vigencia el 1 de mayo de 2001. Cuenta con 29 artículos y responde a la Convención bilateral antes analizada al tener por fin la definición de los procedimientos necesarios para las adopciones internacionales entre Perú e Italia.

### **a. Objeto**

El objeto del Protocolo es establecer las obligaciones y pautas operativas a cumplir por las autoridades centrales y organismos públicos o privados autorizados por ellas en cumplimiento del Convenio bilateral entre estos dos países.

Se señala que la autoridad central es el Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (Hoy Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) y en Italia la autoridad central es el Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile (UGGM), entidad del Ministerio de Gracia y Justicia (artículo 1).

### **b. Competencia**

Las normas del Convenio se aplican a las personas naturales o jurídicas que realicen funciones relacionadas con la adopción internacional de residentes en Perú o Italia (artículo 2).

De acuerdo con lo señalado por el Convenio, este Protocolo está destinado a la adopción de niños y adolescentes residentes en el Perú y a los padres prospectivos residentes en Italia. De este modo, el factor de conexión usado es la residencia habitual antes que la nacionalidad o el domicilio.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables es competente para dictar las normas necesarias para el cumplimiento del Programa Nacional de Adopciones. A su vez, se manifiesta que la regulación del proceso de adopción será determinada por el Ministerio antes mencionado a propuesta de la Dirección General de Adopciones, quien se encargará de la conducción, ejecución y fiscalización del procedimiento de constitución de adopción (artículo 3). Así, se excluye la posibilidad de que la constitución de la adopción se de en Italia.

Según el artículo 28 no se aplica este Protocolo a las adopciones por excepción contempladas por los Estados contratantes. En el caso del Perú, se entiende que no se aplica a las adopciones de excepción que se realizan en vía judicial.

### **c. Procedimiento**

Se deja en manos del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la regulación del procedimiento en su totalidad.

En ese sentido, la Secretaría de Adopciones podrá: observar, suspender o denegar la solicitud de adopción teniendo en cuenta el interés superior del niño. Cabe mencionar que este Protocolo tampoco define este principio o establece guía alguna para su aplicación.

También protegerá a los niños y adolescentes a adoptarse durante el tiempo que los organismos autorizados por la UGGM cumplan con sus funciones, calificando la idoneidad de su trabajo y del representante (artículo 5). Así, la Dirección General de Adopciones calificará adecuadamente la solicitud presentada, previo asesoramiento del organismo autorizad, y definirá si la acepta o no.

También se dará prioridad a las solicitudes de adopción de niños y adolescentes mayores de 5 años o de aquellos con discapacidades físicas y/o mentales. Las solicitudes de este tipo serán priorizadas a aquellas que buscan adoptar niños sin discapacidad alguna.

### **d. Organismos Autorizados**

El artículo 10 establece que la UGGM será la encargada de evaluar y autorizar a los organismos autorizados que desarrollan programas de adopción internacional en el Perú.

Estas deberán ser acreditadas por la Dirección General de Adopciones, según lo establecido en el Convenio bilateral cada dos años, previa solicitud del UCGM.

Los organismos autorizados tienen como obligaciones la autorización, selección y preparación de las familias que pretenden adoptar niños y adolescentes peruanos. Así también, una vez que el niño haya ingresado al territorio italiano, luego de la constitución de la adopción en territorio peruano, el organismo autorizado remitirá la documentación a la Dirección General de Adopciones de que se ha empezado con el proceso de reconocimiento plena en Italia<sup>539</sup> (artículo 11). Debe concluirse entonces que no se establece un reconocimiento automático de la resolución de adopción.

Esto es importante de resaltar ya que al 20 de diciembre de 1999 este Protocolo ya había entrado en vigor en Italia<sup>540</sup>. Mientras que el Convenio de la Haya de 1993 recién entró en vigor en ese país el 1 de mayo del 2000<sup>541</sup>. Así que siendo que este Protocolo es previo al Convenio de la Haya de 1993, según el artículo 39. 1, no es derogado por la entrada en vigor del mismo.

Además, los organismos autorizados deben proporcionar información y facilidades para la supervisión a realizarse por la Dirección General de Adopciones cuando así lo crea conveniente.

Todos los organismos autorizados deberán tener un representante designado en el Perú con el fin de realizar las coordinaciones con la Dirección General de Adopciones, los mismos que deberán cumplir con una serie de requisitos<sup>542</sup>.

<sup>539</sup> Artículo 11. 3: Son documentos que acreditan la marcha del reconocimiento: la comunicación del ingreso del niño, niña y/o adolescente al territorio italiano, que deberá ser remitida dentro de un plazo máximo de (60) días, debidamente documentada con la fotocopia del pasaporte del niño, niña o adolescente con los respectivos sellos de la Policía de Frontera italiana que acrediten que el niño, niña o adolescente ingresó a Italia y la copia de la visa especial para adopción concedida por la Oficina Consular de la Embajada de Italia en el Perú. Los documentos señalados anteriormente deberán estar legalizados por el Consulado Peruano correspondiente en Italia, así como en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

<sup>540</sup> MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Archivo de Tratados. En: <http://www.rree.gob.pe/portal/Tratados.nsf/b57222c79a152dcb052575d700512a9d/295208f363339b5b05256e83006755a6?OpenDocument>

<sup>541</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Cuadro de estado de ratificaciones del Convenio de la Haya de 1993:

En [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=69](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=69)

<sup>542</sup> Artículo 13º: Designación de Representante

1. El organismo autorizado deberá designar un o una representante en el Perú para que realice las coordinaciones con la Oficina de Adopciones, quien deberá reunir los requisitos establecidos oportunamente por Acuerdo de Consejo, tales como:

- a) Ser peruano de nacimiento o acreditar una residencia en el país por más de dos años;
- b) Acreditar solvencia moral;

El artículo 24 regula que si la UCGM dejara sin efecto la delegación de facultades al organismo autorizado, lo comunicará a la Oficina de Adopciones con el fin de cancelar la habilitación otorgada al organismo autorizado en cuestión.

La Dirección General de Adopciones tiene la potestad de renovar la acreditación de los organismos autorizados por el UCGM cuando incumplan las obligaciones señaladas en el Convenio y el Protocolo de aplicación (artículo 27).

#### **e. Perfil de los preadoptantes**

Los adoptantes serán de preferencia casados y no mayores de 55 años. A su vez, deberán ser por lo menos 18 años mayores que el niño o adolescente a adoptar, según lo exigido por la legislación peruana.

Así también, según la legislación italiana, sólo podrán adoptar los cónyuges que tienen por lo menos 3 años de casados y cuya edad de cada uno sumada a la del adoptado no supere los cuarenta años. Los adoptantes deberán cumplir con ambas condiciones para poder adoptar.

Se establece también una escala de edades<sup>543</sup> que será respetada en la medida de lo posible. Tal escala tiene como objetivo que el niño o adolescente reciba la atención adecuada de parte de sus padres adoptivos entendiéndose que los niños con mayor edad requerirán padres también mayores.

Sin embargo, se hace la precisión de que el interés superior del niño será el que primer en la evaluación de todas las solicitudes materia de evaluación.

---

c) Garantizar la comunicación fluida y directa entre la Oficina de Adopciones y el organismo autorizado, así como con los adoptantes patrocinados por éste. En tal sentido el(a) representante deberá dominar el idioma italiano;

d) Conocimiento del proceso de adopción en el Perú;

e) Demostrar estabilidad emocional y capacidad para resolver problemas relativos al proceso de adopción;

f) Disponer del tiempo suficiente que le permita cumplir con las obligaciones inherentes a su función, a nivel local y de provincias;

g) De preferencia haber concluido estudios universitarios.

<sup>543</sup> Artículo 17°: Escala de edades:

1. La edad de los preadoptantes deberá estar en relación directa a lograr la atención más adecuada del niño, niña o adolescente a adoptarse, por lo que en la medida de lo posible se respetará la siguiente escala:

a) Para niños entre 0 y 3 años, los preadoptantes deberán acreditar una edad comprendida entre los 25 y 35 años;

b) Para los niños de 3 a 4 años, los preadoptantes deberán acreditar una edad entre los 36 y 44 años;

c) Para los niños de 4 años a más, los preadoptantes deberán acreditar una edad entre los 44 y 55 años;

(...)

#### **f. La solicitud de adopción**

El Protocolo en su artículo 15 prohíbe que los adoptantes dirijan su solicitud de adopción directamente a la Dirección General de Adopciones.

Además, señala en el artículo 6 que cuando una solicitud sea observada en su aspecto formal y, por ende, rechazada podrá ser presentada nuevamente de forma correcta. Sin embargo, perderá el derecho de precedencia y los afectos ya adquiridos.

El artículo 7 considera que cuando la Dirección General de Adopciones suspenda el trámite de una solicitud de adopción, volverá a su curso si aquella considera que el inconveniente ha sido superado.

Una solicitud será denegada o declarada no apta cuando, previa evaluación, no cuente con las condiciones de salud, éticas, culturales, económicas y sociales suficientes que dificulten el correcto desarrollo integral del niño o adolescente a adoptarse. Una vez denegada, la solicitud es devuelta a través del organismo autorizado (artículo 8).

Este artículo deja a la interpretación de la Dirección General de Adopciones la posibilidad de denegar una solicitud por casi cualquier razón que considere que podría afectar al desarrollo del niño o adolescente.

Al respecto, el artículo 16 es claro al establecer el perfil del adoptante y establecer que no se aceptarán solicitudes de parejas del mismo sexo o que vivan en uniones de hecho o concubinato.

La decisión de denegación o suspensión será otorgada 15 días después de la fecha de presentación de la solicitud con la debida motivación de su decisión y señalando, de ser el caso, la fecha límite de la suspensión (artículo 9)

#### **g. Procedimiento**

La solicitud se presentará mediante el organismo autorizado a la Dirección General de Adopciones. En esta solicitud deben consignarse los márgenes de edad, la preferencia del



sexo pero se prohíbe que se elija el sexo del niño o adolescente por adoptar. De ser el caso, debe precisarse también qué tipos de discapacidad están los adoptantes dispuestos a aceptar.

Se deberá hacer una lista de documentos<sup>544</sup> que son en su mayoría los que comúnmente se exigen a los adoptantes, como es el caso de los certificados de buena salud física y mental, informes psicológicos, estudios socio-familiares, etc.

Debe remarcarse que entre los documentos exigidos está una carta de compromiso de remisión de informes semestrales post adoptivos cada 3 años y el decreto de idoneidad de los pre-adoptantes que deberá ser otorgado necesariamente por la autoridad judicial de menores competente, que es quien los autoriza a adoptar un niño o adolescente extranjero.

<sup>544</sup> Artículo 14. 1. B. : La presentación de la solicitud deberá ser acompañada por los siguientes documentos:

- b.1) Copia certificada de las partidas de nacimiento de los preadoptantes.
  - b.2) Copia certificada de la partida de matrimonio, en el caso de parejas;
  - b.3) Un certificado de buena salud física y mental emitido por un médico calificado, que incluya los resultados de los despistajes de SIDA (AIDS), enfermedades venéreas, hepatitis y otras enfermedades infecto-contagiosas, por cada preadoptante;
  - b.4) Un certificado de antecedentes penales emitido por las autoridades policiales y judiciales competentes, para cada preadoptante;
  - b.5) Certificado de residencia emitido por las autoridades competentes acreditando su domicilio en el territorio italiano;
  - b.6) Un informe psicológico integrado de los preadoptantes emitido por un profesional competente, que incluya información respecto a las expectativas sobre la adopción, las características psicológicas, la relación de la pareja de ser el caso, y pruebas psicológicas aplicadas;
  - b.7) Un estudio socio-familiar actualizado que contenga información para adoptar, sus relaciones interfamiliares, sociales e interpersonales, su situación financiera, así como cualquier otro aspecto que aclare mejor el medio de los preadoptantes emitido por un trabajador social de la autoridad tutelar de menores de edad competente del lugar de residencia de los preadoptantes;
  - b.8) Carta del empleador o de un contador colegiado o una declaración jurada de renta o cualquier otro documento que pruebe la estabilidad económica de los preadoptantes;
  - b.9) Carta de compromiso de cumplimiento de remisión de informes semestrales post-adoptivos por el término de 03 años;
  - b.10) El decreto de idoneidad otorgado a los preadoptantes por la autoridad judicial de menores competente, autorizando la adopción de un(a) niño(a) o adolescente extranjero(a);
  - b.11) Fotografías actualizadas a color, de dimensión mínima de 9 x 12 cm., de los preadoptantes, de sus familiares y su hogar;
2. Todos los documentos mencionados en los puntos b.1) a b.10) deberán estar legalizados en el Consulado Peruano correspondiente en Italia, así como en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Con relación a la vigencia de los documentos mencionados de los puntos b.3) a b.8) deberán ser emitidos con una anterioridad máxima de ocho (08) meses.
  3. El decreto de idoneidad otorgado por el Tribunal de menores competente en Italia deberá ser emitido con una anterioridad máxima de dos (02) años.

El artículo 18 establece que luego de que la Dirección General de Adopciones realice la revisión de la solicitud y sus anexos, comunicará al organismo autorizado la aprobación o rechazo de la misma. Esta comunicación se dará en el plazo de 15 días útiles desde la fecha de presentación de la solicitud.

Una vez aprobada, los expedientes ingresan a una lista de espera para ser propuestas al Consejo de Adopciones. Es interesante notar que el Protocolo establece un plazo máximo de un año para que los adoptantes cuyas solicitudes han sido aceptados sean propuestas.

Luego de la designación del niño o adolescente a adoptarse, la Dirección General de Adopciones comunica tal designación al organismo autorizado y le envía un documento que contiene la información del niño, incluyendo su estado de salud, antecedentes familiares, etc. (artículo 20).

El organismo autorizado tiene 7 días útiles para enviar la carta de confirmación de los adoptantes en la que manifiestan su intención de adoptar al niño o adolescente designado. Serán 15 días si el niño o adolescente tiene discapacidad alguna.

Los adoptantes deberán viajar al Perú en un plazo máximo de 10 días luego de la confirmación. Deberán estar necesariamente ambos presentes hasta la emisión del informe de colocación (o empatía) realizado por la Dirección General de Adopciones (artículo 21).

Como se vio líneas arriba, la constitución de la adopción se realiza en el Perú y se da de acuerdo a la regulación de nuestro país.

#### **h. Seguimiento Post adoptivo**

El artículo 22 señala que el organismo autorizado deberá remitir a la Dirección General de Adopciones informes sobre la adaptación del niño cada 6 meses por un periodo de 3 años.

En el caso que el niño o adolescente fuera abandonado por sus padres en territorio italiano, la UCGM se compromete a protegerlo y luego de previas coordinaciones con la Dirección General de Adopciones, reubicará al niño o adolescente siguiendo lo exigido por las normas italianas. Se renueva, así, el compromiso de seguimiento post- adoptivo.

En el caso que se dejara sin efecto la delegación de facultades a un organismo autorizado que llevaba el seguimiento post adoptivo de un niño o adolescente, éste se vuelve responsabilidad de la UCGM.

### **C. Protocolo entre el Ministerio de la Presidencia del Perú y el Ministerio de Asuntos Sociales de España en Materia de Adopción Internacional.**

Este acuerdo fue firmado en Madrid el 21 de Noviembre de 1994, aprobado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 10-95-RE y entró en vigencia el 12 de abril de 1995.

Téngase en cuenta que este Convenio entró en vigencia antes de que el Convenio de la Haya de 1993 hiciera lo propio en Perú (1 de abril de 1996<sup>545</sup>) y España (1 de noviembre de 1995<sup>546</sup>). No obstante, como se verá, sus normas tienen como base lo regulado por este Convenio si bien existen algunas diferencias.

Por otro lado, según el artículo 39 del Convenio de la Haya de 1993 no se derogarán los instrumentos internacionales en que los Estados sean partes y que tengan disposiciones obre materias regulados por este Convenio. De ahí que este Protocolo no haya sido derogado por el Convenio de la Haya de 1993.

Este Protocolo cuenta con 15 artículos además de un anexo que contiene una lista de organismos acreditados y su información esencial.

#### **a. Objeto**

Este Protocolo tiene dos objetivos principales que son similares a los del Convenio de la Haya de 1993 ya revisados: la instauración de un sistema de cooperación entre las partes que asegure en los procesos de adopción la total eliminación y la prevención de la sustracción, tráfico y trata y venta de niños o adolescentes así como también asegurar el reconocimiento recíproco de las adopciones plenas efectuadas bajo el Protocolo.

---

<sup>545</sup> Cuadro del Estado actual del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional en:

[http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.status&cid=69](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=69)

<sup>546</sup> *Ibidem*.

### **b. Ámbito de aplicación**

El Protocolo se aplica a cualquier menor de 18 años español o peruano que sea adoptado de forma plena por los nacionales del otro Estado. Esto quiere decir que este Protocolo se aplica cuando cualquiera de los Estados haga la función de estado de origen.

Esta es una diferencia esencial con el Convenio de la Haya de 1993 que utiliza como factor de conexión a la residencia habitual, mientras que en este Protocolo se opta por la nacionalidad.

Por otro lado, también se aplica a los niños o adolescentes apátridas que se encuentren en cada uno de estos Estados para su adopción por nacionales de otro Estado.

### **c. Autoridades Centrales y Organismos Autorizados**

De la mano con lo estipulado en el Convenio de la Haya de 1993, se designa la Autoridad Central en el Perú (que hoy en día viene a ser la Dirección General de Adopciones), y en España una serie de Autoridades Centrales propias de cada territorio de España, señaladas en el Anexo 1 y sujetos a cambio por parte del Gobierno Español (Artículo 3.1).

Se establece la posibilidad de que las Autoridades Centrales deleguen funciones a organismos públicos o privados debidamente autorizado por la parte que lo propone y aceptados por la otra parte. Esto también en concordancia con el Convenio de la Haya de 1993 que requiere la acreditación en el estado en el que se constituye el organismo y la autorización en el Estado de recepción.

Se establece, además, el deber de las Autoridades Centrales de vigilar a los organismos autorizados (artículo 3.2), las mismas que se encargarán de solicitar a las autoridades competentes las sanciones que respondan a las omisiones o violaciones de las normas propias del Protocolo o de cualquier norma internacional aplicable (artículo 3.2).

Asimismo, se establece el deber de colaboración (artículo 4.1) entre las Autoridades Centrales con el fin de asegurar la protección de los niños o adolescentes adoptables y lograr la consecución de los objetivos de este acuerdo. Tendrán particular colaboración y seguimiento de la etapa pre-adoptiva que buscará designar un niño o adolescente adoptable a las personas más idóneas para adoptarla y vigilarán la fase posterior a la resolución judicial. Como se ve, la etapa de constitución no es regulada al igual que el Convenio de la Haya de

1993. No se elige qué autoridad es la competente ni la ley aplicable a la constitución de la adopción.

Otro deber es el de información recíproca (artículo 4.2) también contenido en el Convenio de la Haya de 1993. La información versará sobre sus legislaciones nacionales en materia de adopción y el funcionamiento del Protocolo. Otro deber es el de la eliminación de obstáculos que impidan el cumplimiento de los objetivos y procedimientos del Protocolo.

El artículo 5 establece las medidas que pueden tomar las Autoridades Centrales y son:

#### Artículo 5

Las Autoridades Centrales, directamente o a través de los organismos autorizados, tomarán medidas apropiadas para:

- 1) Conservar e intercambiar información acerca de la situación del menor de edad y de los futuros adoptantes, también con relación al éxito de la adaptación del menor de edad a los adoptantes.
- 2) Facilitar, seguir y activar el proceso de adopción.
- 3) Impedir beneficios indebidos relacionados con la adopción y cualquier ejercicio contrario a los objetivos del Protocolo.
- 4) Realizar y promover las actividades de control en materia de adopciones en los Estados respectivos.
- 5) Proporcionarse mutuamente elementos de evaluación con relación a las adopciones internacionales efectuadas de acuerdo al presente Protocolo, con un reporte semestral por un período de cuatro años.

Estas tareas también coinciden con las del Convenio de la Haya de 1993, mas se agrega la obligación de presentar un reporte semestral durante un período de 4 años.

El artículo 6 contiene las condiciones para que las adopciones se lleven a cabo:

#### Artículo 6

Las adopciones consideradas en el presente Protocolo tendrán lugar cuando:

- 1) La autoridad competente haya declarado al menor de edad en estado de abandono o adoptable.
- 2) La Autoridad Central del Estado de origen del menor de edad haya verificado que la adopción internacional responde al interés superior del menor de edad en cuestión.
- 3) La Autoridad Central del Estado que recibirá al menor de edad garantice que los futuros adoptantes son declarados aptos para la adopción internacional.
- 4) El Organismo competente del Estado que recibirá al menor de edad garantice que será autorizado a ingresar y residir permanentemente en ese Estado.
- 5) La Autoridad del Estado de origen, de acuerdo a su competencia, haya asignado a los futuros adoptantes al menor de edad.

Estas condiciones son también similares a las contenidas en el Convenio de la Haya de 1993 pero se diferencia en que se especifica que es la Autoridad del Estado de origen, de acuerdo a su competencia, asignará a los futuros adoptantes al niño o adolescente.

#### d. Procedimiento

De forma similar a lo estipulado en el Convenio de la Haya de 1993, el artículo 7 establece que los futuros adoptantes debidamente declarados idóneos, dirigirán la solicitud a la Autoridad Central del Estado del que son nacionales o a los organismos autorizados.

La Autoridad Central o el organismo autorizado, que recibirá la solicitud, la remitirán a la Autoridad Central del otro Estado con toda la información y documentación necesaria. En este aspecto este Protocolo es específico y señala un listado<sup>547</sup> de los documentos requeridos.

También se necesita la presentación del estudio sobre los motivos que inducen a la adopción a los adoptantes y deberá incluir las indicaciones acerca del niño o adolescente.

Así, especifica que el certificado de idoneidad será expedida, en España, por el correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma, acompañado de acreditación de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor que ha sido emitido por el órgano competente; y en Perú por la Secretaría Técnica de Adopciones (ahora Dirección General de Adopciones).

La Autoridad Central del Estado de origen del niño o adolescente recibirá la solicitud y comunicará a la Autoridad Central del otro Estado o al organismo autorizado que haya tramitado el expediente, la aceptación o rechazo de la misma.

El artículo 8 incluye un listado detallado<sup>548</sup> de la información detallada que deberá transmitir el estado de origen a la Autoridad Central del estado de recepción.

El artículo 9 desarrolla que las Autoridades Centrales o los organismos autorizados, en el momento que acuerden la asignación de uno o más niños o adolescentes adoptables a los solicitantes, se lo comunicarán por escrito a la mayor brevedad a la Autoridad Central o al organismo autorizado del otro Estado.

---

<sup>547</sup> Artículo 7.2: (...): Certificado de nacimiento, certificado de matrimonio, en su caso, fotografías recientes, certificado de salud física y mental, certificado de penales, estudio socio-familiar, certificado de estabilidad económica y un informe psicológico integrado.

Téngase en cuenta que los documentos deberán ser legalizados y autenticados.

<sup>548</sup> Artículo 8: La Autoridad Central del Estado de origen del menor de edad o los organismos autorizados transmitirán a la Autoridad Central o al organismo autorizado del otro Estado todas las informaciones relativas a: a) Edad, sexo y, siempre que sea posible, antecedentes sociales y circunstancias que le han hecho susceptible de ser adoptado. b) Informe sobre el estado de salud actual y, siempre que sea posible, historia médica. c) Fotografía reciente. d) Antecedentes médicos de los padres biológicos, si es posible y eventuales necesidades particulares del menor de edad adoptable que estimen conveniente asignar a los solicitantes.

Y que cuando el niño o adolescente propuesto sea aceptado, los solicitantes deberán firmar una declaración de su intención de adoptarlo en un plazo no superior a quince días desde la recepción de la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior por parte de la Autoridad Central u organismo autorizado. De no ser aceptado, los solicitantes deberán manifestarlo por escrito en el mismo plazo.

Esta documentación, que se adelantará por fax, será enviada por la Autoridad Central u organismo autorizado del Estado de los adoptantes a la Autoridad Central u organismo autorizado del otro Estado.

En el caso el niño o adolescente sea aceptado, se procederá a iniciar el proceso de constitución según las leyes de cada Estado. No se establece cuánto durará este proceso.

También se estipula que las Autoridades Centrales se mantendrán recíprocamente informadas sobre dicho procedimiento y sobre las modalidades actuadas para llevarlo a su fin.

Se agrega además que los solicitantes deberán desplazarse al país de origen del niño o adolescente en el más breve plazo, que no excederá de treinta días útiles, debiendo permanecer en el país hasta que la adopción haya sido concluida.

El artículo 10 está referido al reconocimiento de la adopción constituida en el Estado de recepción. Así, la Autoridad Central del Estado de recepción garantizará, de acuerdo a su legislación, el cumplimiento de todas las acciones necesarias para el reconocimiento de la adopción plena e informará a la Autoridad Central del Estado de origen del niño o adolescente remitiendo la documentación pertinente.

El artículo 11 incluye una cláusula de salvaguarda pues indica que si durante el curso del proceso de adopción se verifican impedimentos tales, que considerando el interés superior del niño o adolescente, hacen no oportuno el reconocimiento de la adopción, la Autoridad Central que constate tal impedimento informará inmediatamente a la Autoridad Central del otro Estado, para establecer de común acuerdo, las medidas más apropiadas para resguardar los derechos del niño o adolescente. Y durante este período la Autoridad Central se asegurará la protección del niño o adolescente hasta que se acuerde la medida de protección definitiva.

Se entiende que si es que ambas Autoridades Centrales han dado su consentimiento a que se proceda a la colocación y posterior constitución del niño o adolescente estos impedimentos

no pueden ser de carácter jurídico sino más bien relacionados con la imposibilidad de convivencia con sus padres adoptivos o la falta de empatía sobreviviente<sup>549</sup>.

#### **e. Cláusulas Finales**

En estas se incluyen deberes diversos como el de asegurar la conservación de la información relativa a los orígenes del niño o adolescente y a su familia, de ser conocidas, a las cuales se accederá dependiendo de lo que regulen las leyes de cada Estado (artículo 12).

Otro es el deber de las autoridades competentes o los organismos delegados de informar a la Autoridad Central de cada Estado si es que existe una violación de las disposiciones del protocolo o exista un riesgo de que aquí sea con el fin de que se tomen las medidas adecuadas (artículo 13). Cabe mencionar que tales medidas no son especificadas.

El artículo 14 señala que el Protocolo tendrá una duración indefinida y podrá ser modificado mediante acuerdo escrito por las partes y que cada parte podrá denunciarlo unilateralmente mediante comunicación escrita.

El último artículo regula que el Protocolo no es aplicable a las adopciones en casos excepcionales o particulares en la legislación de cada Estado. No se explicita más pero se considera que al menos en lo relacionado a la legislación peruana, no se aplicará a las adopciones pasibles de realizarse ante el Poder Judicial, consideradas de excepción en nuestro ordenamiento.

#### **D. Convenio de Cooperación en Materia de Adopción Internacional entre el Gobierno de Quebec y el Gobierno de la República del Perú.**

Canadá es un Estado federal que cuenta con diez provincias y tres territorios. Una de las provincias es precisamente Quebec, la misma que cuenta con una cierta subjetividad internacional que la hace poseedora de un *ius tractatum*<sup>550</sup> que implica el derecho autónomo de esta región para concluir tratados en materia de su competencia exclusiva<sup>551</sup>.

---

<sup>549</sup> GONZALEZ MARÍN, Nuria. Estudios Sobre adopción internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México. 2011. p. 75.

<sup>550</sup> REMIRO BROTONS, Antonio. Óp. Cit. p. 328.

<sup>551</sup> Remiro Brotons explica que los casos en que se reconoce la capacidad convencional internacional de una región son excepcionales. Como en el caso de Quebec, esta capacidad se otorgó como una forma de prevenir la desintegración de la federación canadiense.



Siendo una de estas materias exclusivas la adopción internacional, se entiende que esta provincia canadiense pueda haber celebrado un Tratado con el Perú.

El mencionado convenio fue firmado en Lima el 06 de mayo de 2002, ratificado mediante Decreto Supremo No. 068-2002-RE y entró en vigencia en el Perú el 05 de diciembre de 2002.

Debe recordarse que este Convenio entró en vigencia luego de que el Convenio de la Haya de 1993 entrara en vigencia para el Perú (1 de enero de 1996) pero antes de que lo propio sucediese en Quebec (1 de enero de febrero de 2006)<sup>552</sup>. Es por eso que este Convenio establece en el Artículo V que las Partes revisarán las disposiciones del Convenio cuando el Convenio entrara en vigor en Quebec. Así ha sido pero, sin embargo, hasta el momento tal revisión no ha sido llevada a cabo por lo que se entiende que el Convenio sigue vigente sin cambios hasta el momento.

Este acuerdo cuenta con 8 artículos y un anexo en el que se hacen precisiones importantes sobre la terminología usada en el Convenio.

#### **a. Objetos del Convenio**

El artículo 1 establece que el objetivo del Convenio es establecer el procedimiento para el tratamiento de las solicitudes de adopción de niños o adolescentes domiciliados en el Perú procedentes de adoptantes domiciliados en Quebec.

Se tiene entonces que el factor de conexión usado es el del domicilio y que este Convenio se aplicará sólo en los casos en que los solicitantes sean domiciliados en Quebec y el niño o adolescente a adoptarse domicilie en Perú. No se admite el caso contrario, como sí lo hace el acuerdo con España.

No se regula tampoco el reconocimiento automático de estas adopciones.

---

<sup>552</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Perfil del Estado de Canadá en materia de adopción internacional. En:  
[http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010pd03b\\_caen.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010pd03b_caen.pdf)

## b. Principios Generales

Este acuerdo reconoce que los principios sobre los que se basa son los que se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y se inspira en aquellos mencionados en el Convenio de la Haya de 1993, los mismos que procede a listar en el artículo II<sup>553</sup>.

## c. Reglas para la coordinación de adopciones internacionales

Este acuerdo estipula que el Secretariat u organismo acreditado por éste será quien tramitará las solicitudes de adopción con el concurso de la Dirección General de Adopciones, se encargue de que los adoptantes estén al tanto de las condiciones de la ley peruana aplicable al caso y de las reglas relativas al consentimiento y la admisibilidad para la adopción de un niño.

Al respecto el Anexo establece que el Secretariat será el encargado de que los adoptantes conozcan las condiciones aplicables en el Perú para la elegibilidad de los adoptantes y de los niños.

Se establece además una serie de requisitos que hacen elegibles a los adoptantes<sup>554</sup> como la diferencia de edad en referencia al niño, la posibilidad de que parejas casadas y personas

<sup>553</sup> Artículo II: (...) Los principios sobre los cuales se basa el presente Convenio están establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Este Convenio se inspira asimismo en los principios del Convenio del 29 de mayo de 1993 Relativo a la Protección de los Niños y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, adoptado en La Haya. Dichos principios reconocen que:

- a) La adopción internacional puede ser considerada como un medio más para asegurar los cuidados necesarios al niño o al adolescente, si éste no puede, en su país de origen, ser colocado en una familia sustituta o adoptiva o ser protegido convenientemente.
- b) En todas las decisiones concernientes a los niños o a los adolescentes, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior Del Niño y Del Adolescente.
- c) La adopción internacional debe asegurar al niño o al adolescente garantías y normas equivalentes a las que rigen la adopción nacional.
- d) Los procedimientos relativos a la adopción de un niño o de un adolescente deben ser efectuados por las autoridades competentes, y no deben procurar ningún beneficio material indebido a las personas responsables de dichos procedimientos.

<sup>554</sup> 1.1 Elegibilidad de los adoptantes:

1.1.1 Los cónyuges legalmente casados podrán presentar una solicitud de adopción. Una persona sola también podrá hacerlo, siempre que tengan de 30 a 45 años de edad y que el niño o adolescente que desea adoptar tenga más de seis (6) años o sea discapacitado.

1.1.2 Los cónyuges que tengan dos hijos o más sólo podrán presentar una solicitud de adopción para niños de más de cinco (5) años, adolescentes o discapacitados.

1.1.3 Los adoptantes deberán ser por lo menos 18 años mayores que el niño o adolescente que desean adoptar, pero no mayores de 55 años, salvo que el interés superior del niño o adolescente lo justifique. La edad de los adoptantes deberá estar en relación directa con la naturaleza de los cuidados que requiere el niño o adolescente que será adoptado. A tal fin, se respetará, en la medida de lo posible, la siguiente escala:

- para niños de 0 a tres (3) años de edad, los adoptantes deberán tener entre 25 y 35 años de edad;

solteras puedan adoptar, negándose la posibilidad a las parejas que viven en uniones de hecho o a parejas del mismo sexo. Y se agrega que es deseable que al menos uno de los solicitantes conozca el castellano si es que pretenden adoptar a un niño mayor de 3 años.

También se establece que un niño será adoptable siempre que sea declarado judicialmente en abandono y cuando, de exigirse su consentimiento, lo haya prestado.

Es la Dirección General de Adopciones es la que recibirá las solicitudes de adopción. En el anexo se establece que tales solicitudes deberán exponer los motivos de los adoptantes y precisar los límites de edad de los niños que desean adoptar además de una serie de documentos<sup>555</sup> necesarios.

---

- para niños de tres (3) y cuatro (4) años, los adoptantes deberán tener entre 36 y 45 años de edad;

- para niños de cuatro (4) años o más, los adoptantes deberán tener entre 46 y 55 años de edad;

1.1.4 No se aceptarán solicitudes de parejas que vivan en concubinato o de parejas del mismo sexo.

1.1.5 Es deseable que por lo menos uno de los adoptantes conozca el idioma castellano, especialmente si pretenden adoptar un niño de más de tres años de edad.

## <sup>555</sup> 2. SOLICITUDES

Las solicitudes de adopción de un niño o de un adolescente domiciliado en Perú, que se presenten a la Oficina, deberán exponer los motivos de los adoptantes y precisar los límites de edad de los niños que éstos desean adoptar. Dichas solicitudes deberán incluir los siguientes documentos:

2.1 a) copia legalizada o certificada de las partes pertinentes del pasaporte del o de los adoptantes;

b) copia legalizada de la partida de nacimiento del o de los adoptantes;

c) copia legalizada de la partida de matrimonio de los adoptantes, si correspondiera;

d) copia legalizada de la sentencia de divorcio o de separación o de un documento equivalente, si fuera aplicable;

e) copia legalizada del certificado de defunción o de un documento equivalente, cuando el adoptante es viudo o viuda;

f) copia legalizada de la partida de nacimiento del o de los otros hijos del adoptante, si correspondiera. En el caso de un hijo adoptivo, una copia de los informes de seguimiento de la adopción, si la adopción no hubiera sido efectuada por intermedio de la Oficina, si dichos informes existen;

2.2. una carta emitida por las autoridades policiales competentes certificando que los adoptantes no tienen antecedentes criminales;

2.3 un certificado médico que certifique la buena salud, física y mental de cada uno de los adoptantes;

2.4 un certificado de trabajo, una prueba de ingresos mensuales, una declaración jurada de renta o cualquier otro documento que pruebe la existencia de ingresos estables y la solvencia de los adoptantes;

2.5 una evaluación psicosocial de los adoptantes realizada por un profesional competente, conforme a la *Loi de la protection de la jeunesse* (Ley de Protección de la Niñez) de Quebec, relativa principalmente a la capacidad de los adoptantes para responder a las necesidades físicas, psíquicas y sociales del niño o adolescente;

2.6 fotografías a color recientes, de por lo menos 9 cm. por 12 cm. de los adoptantes en su entorno familiar y físico;

2.7 una carta del Secrétariat: 2.7.1 que certifique que la evaluación psicosocial fue realizada por el Director de la *protection de la jeunesse* (Protección de la Niñez); 2.7.2 que indique que la evaluación psicosocial recomienda a los adoptantes para la adopción de uno o varios niños o adolescentes; 2.7.3 que confirme que acepta que los adoptantes adopten un niño domiciliado en el Perú, en virtud de la legislación vigente en el Perú y en Quebec y al procedimiento establecido en virtud del presente Convenio.

2.8 la solicitud deberán también estar acompañada por una carta firmada por los adoptantes: 2.8.1 que certifique que recibieron una copia del Convenio y del presente Anexo y que aceptan los términos de los mismos; 2.8.2 que precise los límites de edad y la preferencia de sexo; 2.8.3 que indique, en el caso en que acepten la adopción de niños o adolescentes con una discapacidad física o mental, el grado o el tipo de discapacidad aceptada; 2.8.4 que manifieste la intención de los adoptantes de asumir personalmente el pago

Por otro lado, se establece que al Perú como el Estado competente para constituir la adopción del niño o adolescente domiciliado en el Perú. La resolución administrativa de adopción deberá ser presentada a las autoridades judiciales de Quebec, las mismas que deberán emitir otra sentencia de adopción, luego de haber determinado la colocación del niño o adolescente con sus padres adoptivos.

Se señala que sólo ante circunstancias excepcionales, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente, la Secretariat podrá no dictar la sentencia y se lo comunicará a la Dirección General de Adopciones.

El Anexo señala que en estos casos podrá ubicarse al niño con otra familia adoptiva y, de ser así, el Secretariat o el organismo acreditado y autorizado por el Perú transmitirán a la Dirección General de Adopciones la renovación del compromiso de seguimiento de post-adopción de la nueva familia adoptiva.

Tanto el Secretariat y la Dirección General de Adopciones se comprometen a la promoción de la colaboración entre las autoridades competentes de ambos gobiernos con el fin de ofrecer garantías de protección a los niños y adolescentes implicados en el procedimiento de adopción internacional y la implementación del acuerdo.

También se comprometen a enviarse mutuamente copias legalizadas de la legislación vigente en materia de adopción internacional, a informarse sobre el funcionamiento de este Convenio y a la eliminación de obstáculos para su aplicación en la medida de lo posible.

A su vez, establecen la coordinación del tratamiento de las adopciones internacionales de acuerdo con el Convenio y de asegurarse que se realice en el menor tiempo posible.

---

del costo de los servicios, informes y procedimientos previstos en el Artículo 3.2 del presente Anexo; 2.8.5 que manifieste la intención de los adoptantes de transmitir a la Oficina, informes sobre la adaptación del niño o adolescente a su medio, durante el período posterior a la resolución de adopción dictada en el Perú. Dichos informes junto con fotografías del niño, solo y con su familia, deberán ser transmitidos cada seis (6) meses durante un período de cuatro (4) años. Los dos (2) primeros informes deberán ser elaborados por un profesional miembro del Colegio Profesional de Psicólogos de Quebec o del Colegio Profesional de Trabajadores Sociales de Quebec. Los otros informes pueden ser redactados por los adoptantes. Todos los informes deberán ser transmitidos por el organismo acreditado, debidamente autorizado. El primer informe deberá estar acompañado por un documento que certifique que los trámites están en curso para que el niño o adolescente obtenga la ciudadanía canadiense. El dossier mencionado en el presente artículo, a excepción de los documentos previos al párrafo 2.8.5, deberá estar debidamente legalizado en el Consulado del Perú en Montreal así como en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Todos los documentos deberán ser traducidos al español por un traductor público oficial autorizado. Los documentos que se requieren en los puntos 2.2., 2.3 y 2.5 deberán remitirse con una anterioridad máxima de doce (12) meses. Una vez vencido este período, se deben actualizar estos documentos.

#### **d. Procedimiento**

El artículo IV regula el procedimiento para la transmisión y tratamiento de la solicitud de adopción. Se establece, así, que la Secretariat será quien está autorizada de transmitir las solicitudes a la Dirección General de Adopciones.

La Dirección General de Adopciones será quien recibirá la solicitud y los documentos del caso, los examinará y comunicará al Secretariat su aceptación o denegación de la solicitud. Se otorgará una prioridad a las solicitudes de adopción de niños menores de más de seis meses o de niños discapacitados. Las solicitudes de niños menores de 12 meses serán tramitadas durante los 12 meses posteriores a su aceptación por la Dirección General de Adopciones, en la medida de lo posible.

Debe tenerse en cuenta que no se establece que serán prioritarias en general las solicitudes de personas domiciliadas en Quebec, sino que entre las procedentes de este país se preferirán a aquellos que calcen en los rangos de edad antes mencionados.

Además, el periodo de 12 meses estipulado no es del todo obligatorio ya que está supeditado a que sea posible.

El anexo ahonda en que la Dirección General de Adopciones deberá transmitir al Secretariat información sobre el niño o adolescente que incluye el informe psicosocial del niño o adolescente y las circunstancias de su abandono, la confirmación de su declaración judicial de abandono y la fecha de ésta, la partida de nacimiento del niño, el informe médico del niño o adolescente, una fotografía reciente del mismo y, de existir, el informe social y médico de los padres biológicos.

A la vez es extraño que se añadiesen unos párrafos en los que regula que se comunicará a los padres adoptivos los gastos que implican el procedimiento y el depósito de un monto para la mejora de las condiciones de vida de los niños a adoptar. Se considera que siendo que el procedimiento de adopción es gratuito, estos costos corren por cuenta del Estado.

Se entiende que la Dirección General de Adopciones transmitirá la designación al Secretariat, quien comunicará esto a los padres adoptantes y, de aceptarla, dentro los siguientes 7 días

hábiles la Secretariat enviará la carta de aceptación a la Dirección General de Adopciones. Serán 15 días si el niño o adolescente es discapacitado.

En el anexo se establece que los adoptantes deberán viajar en un plazo máximo de 30 días después de la confirmación de su intención de adoptar al niño propuesto. De ser un matrimonio, ambos han de estar presentes hasta la emisión del informe de colocación familiar y al menos uno de los adoptantes debe quedarse hasta el final de la adopción.

Nótese la diferencia con lo estipulado en nuestra legislación que, como vimos, requiere que los padres estén presentes luego de la designación hasta la constitución de la adopción.

Se agrega que se hará lo posible por que la estadía en el Perú no sea mayor a 25 días laborales.

#### **e. Reconocimiento y periodo de post adopción**

Como se vio, es requerido que se realice un segundo proceso de adopción ante el juez competente en Quebec una vez obtenida la adopción en el Perú. En un plazo de 6 meses el Secretariat enviará una copia legalizada de la sentencia a la Dirección General de Adopciones.

Durante los 4 años posteriores a la adopción en Quebec la Dirección General de Adopciones podrá solicitar pedidos de información justificados al organismo competente.

Se establece que la información sobre el origen del niño y el acceso a la misma será mantenida a buen recaudo por el Secretariat y la Dirección General de Adopciones, y el acceso será regido por las leyes de cada país.

## CAPÍTULO IV

### “Evaluación y aplicación del interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú”

#### Sumario

En la primera parte del capítulo final de esta tesis se ahondará sobre el principio del interés superior del niño en cuanto a su contenido, naturaleza, roles y funciones para finalmente esbozar una definición del mismo. En el segundo punto se busca determinar el interés superior del niño y adolescente en la figura de la adopción internacional, así como también se expone y refutan los argumentos comúnmente esgrimidos para sostener que la adopción internacional es una institución contraria al interés superior del niño. Una vez demostrado que regulada adecuadamente la adopción internacional llega a responder al interés superior del niño y adolescente, se concluye resaltando la vinculación entre el derecho a vivir en una familia y la adopción internacional.

El tercer apartado está dedicado a la evaluación del procedimiento de la adopción internacional enmarcado dentro del sistema de protección de los niños y adolescentes actualmente existente en nuestro país a la luz del principio del interés superior del niño y adolescente, identificándose los puntos débiles de nuestra actual regulación y de la aplicación del Convenio de la Haya de 1993.

El último acápite tiene por fin proponer medidas que busquen solucionar las fallas identificadas en aras de hacer de la adopción internacional una opción real y eficiente que responda al interés superior del niño y adolescente.

#### I. Principio del interés superior del niño y adolescente

##### 1. Orígenes

La actual convicción casi generalizada de que los niños, debido a la vulnerabilidad propia de su edad, requieren protección, amor y guía para su correcto desarrollo no es una que haya

sido compartida desde la antigüedad. Por el contrario, los niños eran vistos como seres humanos imperfectos, propiedad de sus padres.

En el siglo XVIII filósofos de la Ilustración como John Locke comenzaron a defender que los niños tenían derechos naturales que debían ser protegidos y estaban destinados a ser parte de orden social y moral como individuos y, por tanto, sus padres tenían la obligación de asistirlos en su desarrollo hasta que lograsen independencia<sup>556</sup>. Los niños eran una *tabula rasa* en la que debía trabajarse. Rousseau, por su parte, consideró que los niños eran puros pero que la sociedad terminaba corrompiéndolos<sup>557</sup>. Es así que durante este siglo se empezó a adoptar una postura más sensible hacia la niñez inexistente hasta entonces.

Estas ideas propias del romanticismo relativas a la infancia penetraron en la sociedad europea y, luego, americana incorporando las ideas positivas sobre las cualidades de la niñez, vistas ahora como puras y deseables incluso en el mundo adulto. Es precisamente con esta nueva mentalidad que surgió el surgimiento del principio del interés superior, si bien en un comienzo no contaba con la extensión con que hoy en día cuenta.

En la Inglaterra del siglo XVII, el derecho de tutela (*custody law*) empezaba a desarrollarse. Se empezó usando el concepto de *patria potestas*, otorgaba poderes absolutos a los padres sobre sus hijos, y sólo a finales del siglo XVIII, se mudó hacia una nueva doctrina llamada *parens patriae*, la misma que reconocía que el Estado tenía cierta función parental al poder intervenir mediante sus tribunales en asuntos familiares con el fin de prevenir posibles daños<sup>558</sup>. El Estado viene a adoptar, entonces, un rol protector de las relaciones de familia influenciado sin duda por las ideas de la Ilustración y el Romanticismo.

Es dentro de esta doctrina que nació la idea de que el Estado debía actuar para proteger el “interés superior del niño”<sup>559</sup>, lo que llevó muchas veces a desviarse de la presunción de que ser criado por el padre respondía al interés superior del niño en toda ocasión.

En el siglo XIX se adoptó en este país el *Children Act* de 1839, la doctrina de los *Tender Years*, que presupuso que la tutela de un niño pequeño debía ser otorgada a su madre, por

---

<sup>556</sup> KOHM, Lynne Marie. “Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence”. *Journal of Law and Family Studies* 10. 2008. p. 89.

<sup>557</sup> *Ibidem*.

<sup>558</sup> *Ídem*. p. 90.

<sup>559</sup> Vale la pena mencionar que en el idioma original, inglés, se usa la frase “*best interests of the child*” en plural. Sin embargo, la traducción al español es en singular, hablándose entonces del “interés superior del niño” y *no* de sus intereses superiores.



responder al interés superior del niño. En este sentido, el término “interés superior del niño en Inglaterra fue inicialmente usado como un eufemismo para denominar las presunciones preferidas del momento<sup>560</sup>.

El derecho común fue llevado a lo que hoy en día es Estados Unidos por los colonizadores y se convirtió en la base del Derecho estadounidense. El énfasis en la autoridad parental permaneció hasta años después de la formación de la nueva República. Sin embargo, en los cien años que siguieron a la República esta postura fue cambiando y se adoptó la postura de que los niños no eran sólo sirvientes sometidos a la voluntad de sus padres y que tenían intereses propios.

La preocupación por el interés superior de los niños se reflejó en el desarrollo de las normas sobre adopción en los Estados Unidos<sup>561</sup>. Fue precisamente en este país que a mediados del siglo XIX por primera vez la adopción fue entendida como una alternativa más beneficiosa para los niños que los albergues y no como una forma de obtener herederos y mantener los bienes dentro de la misma familia.

El concepto de adopción en Estados Unidos tuvo como base el interés superior del niño y, por tanto, significó tener como prioridad el encontrar una familia para un niño en estado de necesidad y no el caso contrario, como solía ser el caso hasta entonces. Durante el siglo XIX en Estados Unidos se tomaron diversas medidas que como el rescate de niños de las calles, de la delincuencia y del trabajo injusto<sup>562</sup>.

Mientras tanto en Inglaterra la doctrina de los *Tender Years* se había extendido y con la influencia del utilitarismo se buscó anteponer el bien común antes que el individual lo que significó reformas en lo referido a la protección estatal de los niños debido a la vulnerabilidad propia de su edad. Sin embargo, a pesar de esto, antes del siglo XX las normas británicas otorgaron muy poca importancia a los niños como sujetos de derechos y existían muy pocas previsiones para la protección de sus intereses tanto así que ni siquiera no existía la obligación legal de los padres de mantener a sus hijos<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> KOHM, Marie Lynne. Óp. Cit. p. 91

<sup>561</sup> Ídem. p. 92

<sup>562</sup> Ídem. p. 93

<sup>563</sup> ALSTON, Philip y Bridgett GILMOUR-WALSH. “The Best Interests of the Child”. Innocenti Studies. UNICEF, International Child Development Centre. 1996. p. 3

En Inglaterra, los cambios fueron dándose judicialmente. Si bien al principio las cortes prefirieron defender el bien común social, el cambio se dio paulatinamente y se fue afianzando la aplicación de principio del interés superior hasta hacerse un espacio fijo dentro del derecho común inglés por lo que para el siglo XX ya era un principio primordial en las disputas sobre la tutela de los niños<sup>564</sup>. Luego fue llevado hacia el plano legislativo, viéndose plasmada en la *Guardianship of Infants Act* de 1925 en la que se reguló que para las decisiones relativas a la tutela y formación de los niños, las Cortes deberán tener en cuenta el bienestar de los niños como la primera y más importante consideración a tomarse en cuenta<sup>565</sup>. Las colonias británicas se imbuyeron de los principios del Derecho Británico y llegaron a adoptarlos en sus territorios.

Como puede verse, a lo largo de los siglos XIX y XX los reformadores y filántropos extendieron la idea de que la niñez debía ser una feliz, reconociéndose las necesidades especiales y características propias de los niños y hubo una preocupación especial por los niños “ilegítimos” y que vivían aquejados por la revolución industrial<sup>566</sup>. De la mano con esto estaba, naturalmente, la búsqueda del interés superior de los niños en otros temas diversos como la tutela y la protección estatal de niños en estado de necesidad.

En Estados Unidos, el uso de esta doctrina se extendió a la jurisprudencia de derecho de familia e incluso a la justicia juvenil evitándose, así, que los niños o adolescentes fueran llevados ante cortes penales<sup>567</sup>.

En el siglo XX esta doctrina siguió desarrollándose e incluyéndose dentro de lo que se llama el sistema de bienestar<sup>568</sup> y fue volviéndose un concepto permanente en el derecho de familia occidental y diversas variantes del mismo fueron incluidas en diversos instrumentos internacionales iniciales cuyo objetivo era sobre todo su protección para evitar abusos.

Ningún tratado internacional ha tenido un impacto tan global como su inclusión en la Convención de los Derechos del Niño logrando alcanzar dimensiones más amplias de las que originalmente tuvo hasta transformarse en la norma incluida en la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que puede ser aplicada para determinar si un Estado, a través de

---

<sup>564</sup> KOHM, Marie Lynne. Loc. Cit.

<sup>565</sup> *Ibidem*.

<sup>566</sup> *Ídem*. p. 94

<sup>567</sup> *Ibidem*.

<sup>568</sup> ZERMATTEN, Jean. “The best interests of the child: literal analysis, function and implementation”. Working Report. Institut International Des Droits de l’enfant. 2010. p. 6

sus funcionarios, o un particular al tomar medidas que conciernan a los niños y adolescentes, ha actuado apropiadamente al considerar el interés superior del niño.

## 2. Desarrollo normativo

Una primera aproximación a la regulación internacional de este principio se encuentra en la Declaración de Ginebra de los Derechos del niño, adoptada por la Liga de Naciones en 1924 y el primer instrumento internacional que se ocupa específicamente de los niños. En este documento se reconoce que la humanidad le debe al niño lo mejor que pueda darle y, además, la necesidad especial de protección que requieren todos los niños<sup>569</sup>.

Otro documento internacional que ha regulado la necesidad de la protección especial del niño y adolescente es la Declaración sobre los Derechos del niño de 1959 cuyo Principio 2 establece que:

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

Esta es la primera mención literal de este principio dentro de un instrumento internacional.

Este principio ha sido incorporado en otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos de la niñez como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que en el artículo 5b se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que:

(...) la educación familiar incluya (...) el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. (Resaltado nuestro).

También en su artículo 16 –1– d se regula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

---

<sup>569</sup> Preámbulo.

(...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (...)

Así también en el artículo 5 de la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986 se establece:

En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.

Ahora bien, si bien este principio no ha sido incorporado en los documentos internacionales sobre los derechos humanos de todas las personas (incluyendo los niños) el deber de protección especial a los niños y adolescentes están incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1959<sup>570</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>571</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>572</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>573</sup>.

Además, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Comité sobre Derechos Humanos ha señalado en numerosas ocasiones en sus Observaciones Generales el interés superior del niño y su importancia fundamental y hasta ha sido usado para determinar el resultado de quejas individuales presentadas ante ellos<sup>574</sup>.

La Convención sobre los Derechos del niño (1989) fue el primer documento en reconocer que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho y, como tales, tienen una serie de derechos que pueden oponer al Estado y, de esta forma, limitar su actuar. Hasta este Tratado

<sup>570</sup> Artículo 25.2: “[l]a maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

<sup>571</sup> Artículo 19: todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>572</sup> Artículo 24.1: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

<sup>573</sup> Artículo 10.3: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

<sup>574</sup> ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget. Óp. Cit. p. 6

los niños y adolescentes no eran más que objetos de atención y de medidas de protección. La Convención sobre los Derechos del Niño le otorga capacidad de sujetos de derechos. Cabe mencionar que debido a la casi universal ratificación de este Convenio este principio puede ser incluso considerado un principio general de Derecho, según lo estipulado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia así como su carácter consuetudinario<sup>575</sup>.

El principio del interés superior del niño y adolescente está consagrado en el artículo 3 que reza así:

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 que se atenderá será el interés superior del niño. (Resaltado nuestro).
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Si bien este principio ya había sido consagrado en los otros documentos referidos, el lado novedoso de su inclusión en este Tratado en su alcance<sup>576</sup> ya que crea una obligación muy importante para los Estados: asegurar que los intereses de los niños sean tenidos en cuenta por el gobierno y en toda decisión que tenga algún impacto sobre ellos.

El artículo antes citado contiene uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en conjunto con los artículos 2 (no discriminación), 6 (derecho a la vida) y 12 (derecho a que el niño sea escuchado) conforman llamados derechos “sombrija” (*umbrella*) pues abarcan a todas las disposiciones de la Convención. Esto significa que todos los derechos y obligaciones contenidas en la Convención obtendrán su contenido y serán interpretados de acuerdo a estos artículos.

En el primer párrafo del artículo 3 de la Convención se menciona que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social,*

<sup>575</sup> Artículo 38.- 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) c- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (...).

<sup>576</sup> LOGAN, Emily. “The Child’s best interest: a generally applicable principle”. Disertación presentada ante la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa. 2008. En: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1341155>

*los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

Esto implica una regla de procedimiento<sup>577</sup> que regula cómo se llevará a cabo la toma de decisiones. Se estipula que el interés superior de los niños deberá ser tomado en cuenta mas no se menciona que será el único interés a tomarse en cuenta. Salvo algunos casos específicos mencionados por la misma Convención en que el interés superior del niño y adolescente será la consideración fundamental<sup>578</sup>, este Tratado es claro al sólo obligar a los estados a tener en cuenta el interés superior y adolescentes de los niños como una consideración primordial al tomar decisiones que los impacten.

Un análisis literal nos lleva a apreciar que cuando se usa el término “en todas las medidas” se abarcan no sólo medidas llevadas a cabo por el Estado sino también entidades privadas que tomen acciones relativas a los niños como grupo. No se menciona a la esfera familiar o doméstica. Sin embargo en el artículo 18(1) se establece el interés superior viene a ser una línea directiva al criar a un niño y adolescente para asegurar su desarrollo y se enfatiza que este interés superior será la preocupación básica de los padres.

La consideración de los derechos del niño debe ser incluida en los planes nacionales y las políticas para los niños y adolescentes, y debe tenerse en cuenta por el Congreso y el Gobierno cuando su actividad concierna de alguna forma a los niños y adolescentes. Por tanto, en este párrafo viene a formarse una obligación para los Estados que los conmina a garantizar que en todas las medidas que conciernan al niño y adolescente haya sido tomado en cuenta el interés superior del niño.

Al incluirse en esta obligación a los órganos legislativos, se está conminando a que cuando se promulgue una ley, el Estado verifique que se haya preservado el interés superior de los niños y adolescentes. Por otro lado, también están obligadas las entidades privadas de bienestar social vinculadas con la ayuda a la infancia como pueden ser Asociaciones u ONGS.

En la Observación General No. 5 sobre “Medidas Generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño” el Comité sobre los Derechos del Niño hace hincapié en que el principio del interés superior llama a tomar medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Asimismo, insta a todos los órganos o instituciones

---

<sup>577</sup> LOGAN, Emily. Loc. Cit.

<sup>578</sup> Es el caso de la adopción (artículo 21) y las obligaciones parentales (artículo 18.1).

legislativos, administrativos y judiciales a aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se pudieran adoptar. Se mencionan también a las leyes, las políticas propuestas o existentes, las medidas administrativas y las decisiones de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

No obstante, a pesar de la obligación estatal generada en este artículo, éste no ha sido definido en este documento y tampoco se ha señalado los métodos para llegar a definir cuál es el interés superior del niño, dejando de esta forma todo en manos de la persona encargada del análisis. Es más, el Comité sobre Derechos del Niño a la fecha no ha redactado una Observación General dedicada en su integridad a este principio. Es por esto que su aplicación en cada caso implica la necesidad de definir cuál el interés del niño o grupo de niños en concreto.

Si bien no existe una determinación o las herramientas para realizarla, el interés superior es recogido de forma específica en varios artículos de la Convención, generando la obligación de considerarlo en situaciones particulares relacionadas con:

- Separación de los padres (Artículo 9 (1) y (3)): Los niños no deben ser separados de sus padres, ni el contacto con alguno de ellos puede prohibirse a menos que vaya contra su interés superior.
- Responsabilidad de los padres de la crianza de los hijos (Artículo 18 (1)): Ambos padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza de sus hijos y el interés superior de los mismos será su principal preocupación.
- Privación del ambiente familiar (Artículo 20): Los niños que son temporal o permanentemente privados del ambiente familiar o aquellos que por su interés superior no deban permanecer en ese ambiente tienen derecho a protección especial y asistencia.
- Adopción (Artículo 21): El Estado deberá proveer al niño o adolescente de asistencia especial y protección en asegurar que se establezcan los procedimientos adecuados para que este principio sea respetado.
- Restricción de la libertad (Artículo 37 (c)): Los niños o adolescentes que son privados de su libertad deben ser separados de los adultos a menos que se considere que de acuerdo a su interés superior sea mejor no hacerlo.

- Audiencias en materia penal (Artículo 40 (2) (b) (iii): Los padres y representantes legales deben estar presentes a menos que se considere de acuerdo a su interés superior sea mejor no hacerlo.

A pesar de que existen estas menciones específicas, el interés superior es un principio que ha de aplicarse en toda actividad de la implementación de la Convención pero se hace necesaria esta mención específica en los casos en que se restringirá un derecho ya reconocido (derecho a que los hijos se críen con sus padres, la pérdida de libertad, por ejemplo)<sup>579</sup>. En estos casos delicados por naturaleza en que el interés superior del niño y adolescente pasa a ser la consideración primordial y antecederá a intereses como el de la familia y del Estado.

### 3. Desarrollo doctrinario

#### - Indeterminación

Debido a la vaguedad inherente<sup>580</sup> de este principio la doctrina ha discutido su definición, la necesidad de su determinación y la forma en qué ha de ser aplicado en casos prácticos.

El mayor problema presentado por este principio es que muchas personas podrían realizar un análisis teniendo en cuenta el interés superior del niño y adolescente y aun así llegar a conclusiones totalmente distintas y, por tanto, quedando en un estado de indeterminación. La vaguedad de este principio y la falta de herramientas para su determinación hace que haya quienes incluso hoy en día cuestionen su utilidad debido a que virtualmente casi cualquier posición podría argumentarse a favor del interés superior de los niños y adolescentes.

Esto se puede evidenciar en casos en que los factores culturales de una sociedad en particular pueden influenciar una decisión. Por ejemplo, la circuncisión femenina, matrimonio infantil, el trabajo infantil e incluso la educación reducida<sup>581</sup>. En todos estos casos bien podría aducirse que debido a factores culturales de la sociedad en que el niño o adolescente está inmerso estas prácticas pueden ser consideradas defendibles por responder a su interés superior continuar con las prácticas propias de su entorno, y, así, respetarse las costumbres ancestrales de su comunidad.

<sup>579</sup> ZERMATTEN, Jean. Óp. Cit. p. 15

<sup>580</sup> KUSHNER, Margo A. "Whose Best Interests: The Ruling or the Children?". *Journal of Divorce and Remarriage*. Vol. 44 (3/4). Haworth Press. 2006. p. 20

<sup>581</sup> ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget. Óp. Cit. pp. 15-23



Sin embargo, un análisis del interés superior de niño no debe priorizar los argumentos culturales que puedan resultar en violatorios de los derechos humanos de los niños adolescentes. Muchas veces estas prácticas no buscan más que mantener las estructuras de dominio y poder de estas comunidades<sup>582</sup>, y favorecerlas significaría sacrificar los intereses y derechos tan importantes como el de la integridad física y el acceso a la educación, que han de entenderse universales para evitar interpretaciones que vulneren su contenido.

Sobre la indeterminación, Parker<sup>583</sup> ha sugerido que esta puede combatirse mediante las “convenciones sociales” conformadas por las posturas que encontradas en las comunidades de lo que significa el interés superior del niño o adolescente en casos concretos. De esta forma, a la hora de que deba decidirse qué es lo mejor para un niño adolescente en un caso de tutela tras un divorcio, por ejemplo, podrá decidirse aquello que la comunidad entiende como mejor. En este sentido, la indeterminación se vería reducida pues en la sociedad misma se encontraría la respuesta que guíe el análisis del interés superior.

No obstante, este argumento nos conduce a cuestionarnos si las prácticas sociales siempre podrán entenderse como necesariamente beneficiosas o si es posible proponer una nueva interpretación a partir de herramientas que ayuden a defender una postura más favorable a los intereses de los niños y adolescentes. Después de todo, que exista una convención no significa que sea necesariamente la más adecuada.

Esto es cierto y requiere tener un cuidado particular porque el interés superior del niño y adolescente no debería ser usado para promover prácticas culturales que resulten incompatibles con los derechos humanos.

Otra forma de combatir la indeterminación es a través de la interpretación del interés superior del contexto ético y valorativo que ofrece la misma Convención de los Derechos del Niño. Es decir, que la misma convención otorga un estándar de interpretación del principio del interés superior del niño. Para esto, Alston presenta el ejemplo del caso de Egipto, país en el que no existían recursos suficientes para educar a todos los niños y adolescentes por lo que existía la posibilidad de educar a todos los niños durante media jornada o a la mitad de ellos durante la jornada completa.

---

<sup>582</sup> OLOKA-ONYANGO Y TAMALE. Citado en: Ídem. p. 22

<sup>583</sup> PARKER. Citado en: ALSTON, Philip y GILMOUR- WALSH. Óp. Cit. pp. 31-33

De esta manera, dando una lectura global de la Convención puede verse que *todos* los niños tienen derecho a la educación y una diferenciación del tipo mencionado significaría una discriminación, por lo que la decisión que respondería al interés superior sería la primera alternativa.

Si bien es claro que la búsqueda del interés superior del niño y adolescente implica una interpretación global de la Convención sobre los Derechos del niño, queda preguntarnos qué sucede en aquellos casos en que incluso esta lectura global de la Convención podría generar una serie de alternativas. ¿Cómo elegir entre ellas?

Es éste es el caso de la adopción internacional en la que, como se detallará más adelante, la Convención insta a tener como consideración primordial al interés superior y ordena que se dará siempre que el niño no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen. Como puede verse, no se define qué se debe entender por una atención adecuada dentro del país, dando lugar a una variedad de posibilidades de regulación de esta figura y que, al menos teóricamente, podrían argumentar que responden al interés superior del niño y adolescente.

De igual forma, la regulación de la adopción internacional, la asignación de recursos para llevar a cabo las actividades propias de esta actividad, la posibilidad de que los particulares puedan llevar a cabo adopciones sin necesidad de presentarse ante una Corte, los procedimientos y requisitos necesarios para que una adopción internacional se lleve a cabo, entre muchos otros factores, deben siempre responder al interés superior del niño. Y sobre esto la Convención guarda silencio y deja en manos de cada Estado decidir qué entiende por más beneficioso.

Ante casos como éste en los que la inexistencia de criterios puede resultar en medidas no siempre beneficiosas para el interés superior del niño, otra forma de reducir la indeterminación es la posibilidad de objetivar criterios en casos particulares. Ya existen algunos ejemplos que serán comentados brevemente.

En mayo del 2008 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, publicó sus líneas directrices sobre la determinación del interés superior del niño refugiado. En este documento se menciona que es necesario establecer mecanismos para identificar qué medidas responden al interés superior del niño y cuáles no. Esto es crucial en

un sistema de protección del niño y adolescente que pretenda ser comprensivo<sup>584</sup>. Partiendo de esto, se procede a delimitar una serie de procesos y medidas que deben tenerse en cuenta al lidiar con un niño refugiado.

Otro caso notable es el de Inglaterra en donde de acuerdo al Children Act de 1989, en la sección 1(1) denominada “Bienestar del niño” se establece que cuando una corte determine cualquier cuestión relacionada a la crianza de un niño; o a la administración de la propiedad de un niño o la aplicación de cualquier ingreso que provenga de la misma, el bienestar del niño será la consideración principal de la corte.

En la subsección 2 se menciona que en cualquier procedimiento en el que surja cualquier cuestionamiento sobre la crianza de un niño, la corte tomará en cuenta que cualquier demora al determinar tal cuestionamiento probablemente será perjudicial para el bienestar del niño y adolescente<sup>585</sup>.

En la subsección 3 se establece que las cortes tendrán en cuenta los siguientes puntos para determinar el bienestar del niño y adolescente:

- a) Los deseos y sentimientos determinables del niño en cuestión (considerando su edad y entendimiento);
- b) Sus necesidades físicas, emocionales y educacionales;
- c) El efecto probable que pueda tener en él el cambio de circunstancias;
- d) Su edad, sexo, sus antecedentes y cualquier característica suya que la corte considere relevante;
- e) cualquier daño que hubiese sufrido o esté en riesgo de sufrir
- f) su capacidad de responder a sus necesidades es cada uno de sus padres o cualquier otra persona que la corte considera relevante
- g) Las competencias de la corte en los procesos cubiertos por esta norma<sup>586</sup>.

La necesidad de esta determinación se hizo notable en Estados Unidos y el Departamento de Salud y Servicios Humanos (Administración para los Niños y la Familia) preparó el año 2010

<sup>584</sup> UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child. 2008. p. 17

<sup>585</sup> Children Act, 1989. “In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child”.

<sup>586</sup> (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);

Children’s Act 1989. Section 1(4)

(a) The ascertainable wishes and feelings of each child concerned (considered in light of their age and understanding)

(b) his physical, emotional and educational needs;

(c) the likely effect on him of any change in his circumstances;

(d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;

(e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering;

(f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;

(g) The range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.

un documento denominado “Determinando el interés superior del niño y adolescente: Resumen de las leyes estatales”<sup>587</sup> en el que, como su nombre lo indica, hacen un recuento de las leyes de cada estado referentes a los criterios que entienden que responden al interés superior del niño.

En este documento se menciona que la determinación del interés superior del niño está generalmente hecha al considerar un número de factores relacionados a las circunstancias de niño, las circunstancias y capacidad de la persona que potencialmente pueda hacerse cargo del niño, teniendo en cuenta la seguridad y el bienestar del niño como preocupación primordial<sup>588</sup>.

Además, exponer que dentro de todos los estados existen unos principios guía frecuentemente mencionados:

- La importancia de la integridad familiar y la preferencia por evitar que el niño sea removido de su hogar.
- La salud, seguridad y/o protección del niño.
- La importancia de arribar a una solución oportuna en los casos de residencia del niño y adolescente.
- La necesidad de que un niño que ha sido removido de su hogar recibirá cuidado, tratamiento y guía que lo asistirá en su desarrollo para convertirse en un adulto independiente<sup>589</sup>.

Por otro lado, aproximadamente dieciséis estados y el Distrito de Columbia mencionan en sus leyes factores específicos que la corte debe considerar al determinar el interés superior de un niño. Como es entendible, los factores varían de estado a estado pero comúnmente se requieren los siguientes factores<sup>590</sup>:

- Los lazos emocionales y relaciones entre el niño y sus padres, hermanos, familia y miembros del hogar u otras personas que los tengan a su cargo.
- La capacidad de los padres de proveer un hogar seguro y comida adecuada, vestimenta y cuidado médico.
- Las necesidades mentales y físicas del niño
- Las necesidades mentales y físicas de los padres
- La presencia de violencia doméstica en el hogar
- Los deseos del niño y adolescente

En la Ley de Divorcio (Divorce Act) de Canadá (1985) se menciona que la Corte a la hora de decidir sobre la custodia o el régimen de visitas tomará en cuenta sólo el interés superior del

<sup>587</sup> Child Welfare Information Gateway. “Determining the best interests of the Child: Summary of State Laws”. U.S. Department of Health and Human Services En: [www.childwelfare.gov](http://www.childwelfare.gov)

<sup>588</sup> Ídem. p. 2

<sup>589</sup> Ibídem.

<sup>590</sup> Ídem. p. 3

niño determinado de acuerdo a la condición, recursos, necesidades y otras circunstancias del niño<sup>591</sup>. Para poner el ejemplo de algunos de los Estados de Canadá<sup>592</sup>, en la Columbia Británica los factores para determinar el interés superior del niño son<sup>593</sup>:

- El bienestar físico y emocional del niño incluyendo cualquier necesidad de cuidado y tratamiento;
- Las opiniones de niño, cuando sea apropiado;
- El amor, afecto y lazos similares que existan entre el niño y otras personas;
- La educación y el entrenamiento del niño; y
- La capacidad de cada persona a quien la guardanía, custodia o derechos de visita y los deberes le hayan sido otorgados para ejercer estos derechos y deberes adecuadamente.

New Brunswick comparte estos principios y agrega otros muy importantes como:

- El efecto que puede tener sobre un niño la alteración de su sentido de continuidad;
- Los méritos del plan que propuesto por el Ministro bajo el que se pueda cuidar del niño, en comparación con los méritos de que el niño retorne con sus padres;
- La necesidad de proveer un ambiente seguro que pueda permitir que el niño logre convertirse en un miembro útil y productivo de la sociedad al alcanzar su potencial completo de acuerdo con su capacidad individual; y,
- La herencia cultural y religiosa del niño<sup>594</sup>.

Estos son sólo unos ejemplos de objetivación del interés superior en casos concretos. Como se verá más adelante, en esta tesis se realizará un ejercicio similar aplicable a la adopción internacional.

### - Concepto

Ante la falta de definición de este principio, la doctrina ha hecho un esfuerzo por delimitar sus alcances. Jean Zermatten, presidente del Comité de los Derechos del Niño, ha profundizado sobre el tema y empieza su artículo al respecto mencionando que cuando en la Convención sobre los Derechos del Niño se une las palabras “interés” y “superior” opta por enfatizar que el fin último es el bienestar del niño<sup>595</sup>.

<sup>591</sup> Custody orders. “16(8) In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child”.

<sup>592</sup> Para una descripción más detallada, acceder a: Department of Justice of Canada. “Canadian Custody and Access Provisions: A Legislative Comparison”. En: [http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/legis/chart/c1/c1\\_1e.html](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/legis/chart/c1/c1_1e.html)

<sup>593</sup> Family Relations Act. R.S.B.C. 1979, c. —s 24.1

<sup>594</sup> The Child and Family Services and Family Relations Act. S. N. B. 1980, c. C-2.1.1980, c. F-2.2, as amended by S.N. B. 1996, c. 13.

<sup>595</sup> ZERMATTEN, Jean. “Literal Analysis, Function and Implementation”. Óp. Cit. p. 3.

El interés superior del niño es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio.

Al interés superior puede atribuírsele dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento y 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión concierna a un niño o a un grupo de niños.

La consideración del interés superior del niño y adolescente en toda medida que los impacte es una de las reglas procedimentales o etapas por las que se debe pasar para asegurar que la medida a tomarse respeta el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>596</sup>, de la mano con la obligación estatal de respetar y asegurar que todos los derechos sean aplicados sin mediar discriminación alguna (artículo 2), el derecho inherente a la vida (artículo 6) y el derecho del niño y adolescente a expresar sus puntos de vista libremente en todos los asuntos que lo afecten (artículo 12).

Además, implica que cada vez que se tome alguna medida que pueda afectar a un niño o a un grupo de niños, durante el proceso de toma de decisión se ha de considerar el impacto de la decisión en el niño y adolescente y debe dar a tal impacto una consideración primordial al balancear los diversos intereses en juego.

En cuanto a su función de garantía, si bien debido a la indeterminación de este principio no puede saberse a ciencia cierta cuál es el interés superior de un niño en particular o de un grupo de niños, sí existe la obligación estatal de que los intereses de los niños y adolescentes sean evaluados siempre que se esté frente a un caso que los concierna. Así, los Estados deben facilitar mecanismos para que tal consideración sea empleada en todo nivel.

Zermatten<sup>597</sup> señala que a pesar de la vaguedad del principio, el interés superior no debe dejar de respetar la importancia de cada niño como un individuo con opiniones, sus prospectos a corto, mediano y largo plazo teniendo en cuenta que el niño es un ser humano en desarrollo; el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño; y no debe permitirse una interpretación “relativista cultural” o que niegue los otros derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> Ídem. p. 5

<sup>597</sup> ZERMATTEN, Jean. Óp. Cit. p. 7

<sup>598</sup> Así lo precisa la Observación General No. 8, 2006, párrafo 6.

En la Convención se habla de que el interés superior del niño o adolescente será “una consideración primordial...”. Es importante resaltar esto pues no se establece que el interés superior del niño será la única consideración a tomarse en cuenta. No significa que los Estados estén obligados a hacer prevalecer el interés superior del niño ante otros intereses.

Así, implica sólo la examinación de este principio en toda medida concerniente a los niños y adolescentes a excepción de los casos particulares en que un estándar más alto es exigible, como es el caso de la adopción<sup>599</sup>. De esto se sigue que debe demostrarse que los intereses del niño han sido explorados y tomados en cuenta como una consideración primordial<sup>600</sup>.

Por otro lado, el Comité sobre Derechos del Niño en su Observación General No. 5 enfatiza que para que el interés superior del niño sea atendido como una consideración primordial a la que se atienda se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos que una medida en particular tiene sobre los niños (previando las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o de asignación presupuestaria que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos) y de evaluación de las consecuencias reales de la aplicación.

Además, el Comité establece como obligaciones para los gobiernos la autovigilancia y la evaluación. Aunque no se descarta la participación de comités parlamentarios, las ONG, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los grupos de jóvenes y las instituciones independientes que se ocupan de los derechos humanos deben cumplir esta labor.

Cillero entiende que este principio obliga a autoridades e instituciones privadas a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial no por ser un gesto de bondad extenderle tal gracia sino que responde a la realidad de que los niños y adolescentes tienen derechos que han de ser respetados y a que antes de que se tome una medida que los concierna se deba promover y proteger sus derechos y no los amenacen<sup>601</sup>.

Similarmente, el profesor Benjamín Aguilar Llanos explica que el principio del interés superior implica que en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que ante considerar otro interés debe

---

<sup>599</sup> El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”. Así, en el caso de las adopciones el interés superior del niño se convierte en el factor determinante al tomar una decisión.

<sup>600</sup> UNICEF. 2007. Óp. Cit. p. 38

<sup>601</sup> CILLERO BRUNOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los Derechos del Niño”. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA. En: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)

preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento<sup>602</sup>.

#### - Funciones y características

Zermatten<sup>603</sup> y Alston han identificado ciertas funciones y características del principio del interés superior que pasaremos a revisar. Las funciones señaladas por este autor están incluidas en dos criterios:

1) Criterio de control: el interés superior sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. En temas concernientes al derecho de familia, servicios de protección de los niños, las situaciones de cuidado alternativo y los casos de migración es necesario determinar si el interés superior del niño ha sido considerado.

2) Criterio de Solución: El concepto de interés superior asiste a los funcionarios encargados de tomar medidas con el fin de arribar a decisiones apropiadas en casos que involucren niños. Así, en estos casos se debe llegar a soluciones con el impacto más positivo o el menos negativo para el niño y adolescente.

Alston<sup>604</sup>, por su parte, considera que el interés superior juega los siguientes roles:

- Apoya, justifica o clarifica junto con los demás artículos de la Convención un enfoque en particular sobre temas concernientes a los niños y adolescentes, por lo que es un elemento de construcción de normas legales y a la vez un elemento que debe ser tomado en cuenta a la hora de implementar otros derechos. Es decir, el análisis del interés superior del niño puede ser el fundamento de la creación de una norma legal y, a la vez, puede servir para definir la forma en que habrá de implementarse otros derechos.
- Es un principio de mediación que puede ayudar a resolver conflictos entre distintos derechos, a partir de la Convención. Es decir, habrá de usarse al interés superior del niño para realizar la ponderación de estos derechos.

<sup>602</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”. En: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 35. Editorial Gaceta Jurídica; Lima, Perú. Noviembre, 2010. P. 219

<sup>603</sup> ZERMATTEN, Jean. Loc. Cit.

<sup>604</sup> ALSTON, Philip. Óp. Cit. pp. 36-38



- Puede servir para evaluar leyes, prácticas y políticas que conciernen a los niños y adolescentes pero que no están bajo obligación directa dentro de la Convención. Es decir, permite un examen de lo ya regulado con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes.

Sobre las características de este principio Zermatten enumera las siguientes<sup>605</sup>:

1. El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial *stricto sensu* sino que es un *principio de interpretación* que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernen a los niños.
2. El artículo 3(1) impone una obligación a los Estados de que el interés superior del niño o niños será una consideración inmediata durante el proceso de toma de decisiones en temas que conciernen a los niños y adolescentes.
3. Si bien este artículo establece una obligación clara, es tan sólo una entre muchas normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, además de otras fuentes legales nacionales e internacionales que afectarán los que constituye el interés superior del niño y adolescente. Por tanto, siempre ha de tenerse en cuenta el estándar más alto favorable al interés superior de los niños.
4. Esto es particularmente importante porque como veremos más adelante el Perú cuenta con un estándar más alto de protección del interés superior del niño y adolescente.
5. El concepto de interés superior es uno indeterminados que debe ser clarificado en la práctica. La jurisprudencia debe ayudar a desarrollar soluciones para situaciones individuales o de un grupo de niños.
6. Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes.

---

<sup>605</sup> ZERMATTEN, Jean. Ídem. pp. 16 – 17.

7. Una decisión que tenga en cuenta el interés superior del niño deberá haber considerado las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de la misma.
8. Es un principio en constante evolución pues el conocimiento continúa desarrollándose.
9. El criterio del interés superior es doblemente subjetivo. Por un lado, está la subjetividad colectiva (en una sociedad, en cualquier momento de la historia, existe una idea de lo que es mejor para un niño) y, por otro, la subjetividad individual (que incluye las ideas de lo que significa el interés superior para los padres (o representantes legales), para el niño en cuestión y para el juez o el funcionario que tiene a su cargo tomar decisiones).

#### 4. Desarrollo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de sus sentencias y opiniones consultivas o sentencias ha hecho un esfuerzo por exponer el alcance de este principio.

Como se mencionó antes, la Convención Americana no contiene un artículo que mencione literalmente al interés superior del niño. Sin embargo, la Corte ha señalado que para la interpretación de las obligaciones estatales con los niños y adolescentes se ha de acudir a otros instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>606</sup>.

En el caso Villagrán Morales vs. Guatemala, más conocido como “Niños de la Calle” la Corte se manifestó por primera vez sobre el artículo 19 en el que se estipula que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, y ubica a la Convención dentro del *Corpus Juris* de derechos del niño en el que están incluidos otros tratados a los que se referirá para precisar las medidas de protección necesarias y adecuadas.

La CIDH se ha manifestado en cuanto a la responsabilidad de los Estados en materia de protección de menores y ha reconocido que los niños tienen derecho a medidas especiales de atención y protección. Estas medidas especiales de protección vienen a plasmarse en la

---

<sup>606</sup> CIDH: Caso 11.491, Menores Detenidos vs. Honduras (Informe N° 41/99) de 10 de marzo de 1999. Considerando 72.

obligación del Estado de considerar el interés superior ante cualquier medida que fuera a tomar.

Así, en el caso *Alan García vs Perú*<sup>607</sup>, la Corte señaló que los instrumentos internacionales de salvaguarda de los derechos del niño han interpretado el derecho a las medidas que su condición de menor requieren como una obligación afirmativa de los Estados de considerar en todas sus acciones el interés superior del niño. En el caso *Bulacio vs Argentina*, la Corte fue claro al señalar que cuando se trate de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr tal protección regirá siempre el principio del interés superior del niño<sup>608</sup>.

La CIDH ha ahondado en este principio en su Opinión Consultiva OC – 17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y construye el contenido de este principio en tres niveles<sup>609</sup>:

El primero está relacionado con su calidad de principio regulador de la normativa de los derechos del niño, fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Un segundo nivel, este principio funciona como una forma de interpretación de todos los derechos contenidos dentro de la Convención Americana cuando estén referidos a los niños y adolescentes. Así, toda violación a alguna obligación contenido en el *corpus juris* de protección del niño y adolescentes es también una violación del artículo 19 de la Convención Americana.

Por último, en un tercer nivel este principio es una premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la elaboración de normas legales y administrativas sobre ellos o antes cualquier decisión jurisdiccional que los concierna<sup>610</sup>.

La Corte se ha manifestado en cuanto a la determinación del interés superior del niño y adolescente en lo concerniente al cuidado y la custodia de menores, la misma que debe

<sup>607</sup> CIDH. Caso *Alan García vs. Perú*. Informe N°1/95. Febrero de 1995.

<sup>608</sup> CIDH. Caso *Bulacio vs. Argetina* Sentencia de 18 de setiembre de 2003. Párrafo 134. p. 55

<sup>609</sup> DELPIANO LIRA, Cristián. “Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. En: p. 9

<sup>610</sup> DELPIANO LIRA, Cristián. Loc. Cit.

realizarse a partir de la evaluación de comportamientos parentales específicos, y su impacto negativo en el bienestar del niño caso por caso. No son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a conceptos tradicionales de familia<sup>611</sup>. Es así que el análisis del interés superior del niño dependerá de la situación de cada niño o adolescente en particular y habrá de hacerse un análisis de las ventajas y riesgos de una medida en particular. Las decisiones estatales no pueden ni deben sólo mencionar el interés superior del niño como argumento de cualquier decisión si no que están conminado a realizar un análisis de lo que más le conviene a un determinado niño o adolescente en particular<sup>612</sup>.

## 5. El interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento peruano

En lo que concierne a nuestro ordenamiento el interés superior del niño está incluido implícitamente en el artículo 4 de la Constitución, que establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente No. 02132-2008-PA/TC:

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un *contenido constitucional implícito del artículo 4* de la Norma Fundamental en cuanto establece que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”<sup>613</sup>.

En su sentencia del Exp. No. 2079-2009-PHC/TC el Tribunal Constitucional señala que la tutela especial que el artículo 4 ofrece al niño tiene una base en el interés superior del niño, doctrina que se admite en el ámbito jurídico a través del bloque de constitucionalidad de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en el que se menciona que ante toda medida concerniente a un niño se tomará en cuenta su interés superior.

En la sentencia del Exp. No. 0187-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional menciona que el respeto del interés superior del niño implica a:

Las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos,

<sup>611</sup> Corte IDH: Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), considerando 109.

<sup>612</sup> DELPIANO LIRA, Cristián. Óp. Cit. p. 10

<sup>613</sup> Así también es señalado en otras sentencias como la del Exp. No. 0187-2009-PHC/TC, EXP. No. 02079-2009-PHC/TC.

tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Más adelante adiciona que:

Este principio también impone la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban estar dirigidas al pleno, armoniosos e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

Siendo esto así es claro que el Tribunal Constitucional reconoce lo ya visto con anterioridad en el análisis del concepto de interés superior y entiende que éste le impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños y adolescentes en todo ámbito. Y, así, el Estado sume el deber de adoptar acciones y medidas de todo tipo con el fin de proteger a los niños de cualquier amenaza a sus derechos.

El Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente No. 03744-2007-PHC/TC precisó que se deriva del artículo 4 la necesidad de procurar una atención especial y prioritaria en la tramitación de procesos judiciales en los que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de niños, siendo la preservación del interés superior del niño una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado<sup>614</sup>.

Así, agrega que la atención prestada debe ser *especial* en la medida en que un niño posee características singulares y particulares y que sea cual sea el resultado del caso, el tratamiento de sus derechos durante el proceso debe ser escrupuloso. Así también la atención ha de ser *prioritaria* pues el interés superior del niño tiene precedencia en la actuación estatal respecto de las decisiones judiciales que no involucren sus derechos fundamentales.

Cabe resaltar que según lo visto en el análisis normativo, la Convención sobre los Derechos del Niño impone al Estado la obligación de examinar cualquier medida que concierna al niño bajo la luz de interés superior del niño dándole una importancia primordial. Siendo esto así, la Convención sobre los Derechos del Niño no garantiza la preponderancia de los intereses del niño en todo caso.

Sin embargo, se puede deducir que el Tribunal Constitucional ha subido la valla de protección del niño y adolescente entendiendo que en los casos en que se encuentren el interés superior del niño y el de otros, siempre será preferido en desmedro de cualquier otro interés. En la sentencia del EXP. 02079-2009-PHC/TC se dice que:

---

<sup>614</sup> Esta obligación está también mencionada en otras sentencias como la del EXP. 06165-2005-HC/TC

“(…) Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante *cualquier situación* en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés (…). En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último (…).”

En esta misma sentencia se consagra que el principio de interés superior está investido de fuerza normativa y que debe ser entendido como vértice de interpretación en los casos relativos a los niños.

Podemos concluir entonces que en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del niño ya no es sólo un principio garantista que extiende una obligación a entidades estatales y particulares sino que se ha pasado a reconocer un derecho subjetivo a favor de los niños de que en cualquier caso su interés superior sea examinado primordialmente y prime sobre cualquier otro interés. Por tanto, los niños tienen conferidos el grado más alto de protección en nuestro ordenamiento.

El principio del interés superior fue recogido en el primer Código de los Niños y Adolescentes de 1992 y, más tarde, en el vigente código del año 2000. El artículo IX del Título Preliminar de este código dice:

En toda medida concerniente al menor que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Ministerio Público, de los gobiernos regionales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del menor y el respeto de sus derechos.

Así también se lo considera dentro de las funciones de la Defensoría del niño y adolescente al establecer en el artículo 45(b) que debe intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados los derechos del niño para hacer prevalecer el principio del interés superior.

Por otro lado, en el artículo 78 sobre la restitución de la Patria Potestad, se menciona que los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva y que el Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

En el caso del régimen de visitas, el artículo 88 y 90 disponen que el interés superior ha de ser el principio que se respetará al asignar o extender el régimen de visitas adecuado a las circunstancias del niño o adolescente.

La importancia y alcance de este principio puede verse representada en la aplicación de este principio por nuestras cortes es la Sentencia de Casación del Expediente 001961-2010, proveniente de la Corte Superior de Lima, de 04 de Octubre del 2011<sup>615</sup>, en la que se establece que el artículo del Código de los Niños y Adolescentes que contiene el principio del interés superior del niño (artículo IX) es una norma de procedimiento y que ha de aplicarse en toda medida estatal, incluyendo naturalmente las decisiones judiciales.

Se menciona que debe aplicarse ante la existencia de intereses en conflicto mediante el razonamiento lógico jurídico que permita priorizar los intereses de los niños y adolescentes sobre los intereses de terceros.

También desarrolla lo que los jueces deben tener en cuenta al aplicar este principio y establece que estos deben otorgar prioridad a los derechos humanos del niño. Al resolver un conflicto de derechos, los jueces deberán asegurar que el niño goce de una protección especial, disponiendo de oportunidades y servicios para poder desarrollarse física, mental, mora, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, en condiciones de libertad, dignidad, debiendo crecer al amparo y bajo la responsabilidad de los padres o, en su defecto, de un ambiente de afecto y de seguridad moral y material siendo protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación, etc.

Es claro, entonces, que este principio obliga a los jueces a la realización de un análisis que abarque todas las formas en que puede afectar su decisión al niño y adolescente, prefiriéndose la alternativa que sea más favorable para el niño o adolescente en cuestión.

Un caso particularmente esclarecedor en cuanto a la aplicación y alcance del principio del interés superior es el que dio lugar a la sentencia de casación del Expediente 000563-2011, proveniente de la Corte Superior de Lima, de 04 de junio de 2012<sup>616</sup>. En este caso, una madre que había dejado a su hija en el cuidado de sus tíos apenas días luego de haber nacido ésta, acepta en un principio que la niña fuera adoptada por vía de excepción por sus tíos. Luego se retracta, y aduce que al no dar su consentimiento, como lo exige la ley, la adopción no puede proceder.

---

<sup>615</sup> PODER JUDICIAL- Portal institucional. En:

[http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID\\_PROD=338&FE\\_PROD=20120829&DE\\_RUTA=/opt/repositorio/ext/imgs/0001/0001/&TI\\_INGRESO=2](http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=338&FE_PROD=20120829&DE_RUTA=/opt/repositorio/ext/imgs/0001/0001/&TI_INGRESO=2) (Visitado por última vez el 12 febrero de 2013).

<sup>616</sup> PODER JUDICIAL- Portal institucional. En:

[http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID\\_PROD=630&FE\\_PROD=20121210&DE\\_RUTA=/opt/repositorio/ext/imgs/0001/0001/&TI\\_INGRESO=2](http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=630&FE_PROD=20121210&DE_RUTA=/opt/repositorio/ext/imgs/0001/0001/&TI_INGRESO=2) (Visitado por última vez el 12 febrero de 2013).

En este caso la Corte Suprema, siguiendo la posición del Tribunal Constitucional, reafirmó que existe un deber de velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que se enfrenten o esté en riesgo el interés superior del niño, sea preferido siempre este último antes que cualquier otro interés. En esa línea, en esta sentencia se extendió que existían dos derechos en contraposición, el de la madre de ejercer su patria potestad y prestar su asentimiento para dar en adopción a su hija y el de la hija a vivir en una familia idónea, la misma que desde una edad muy temprana había incluido a los padres que pretendían adoptarla.

Este conflicto fue resuelto guiado por el principio del interés superior del niño, prefiriéndose entonces que la niña fuese adoptada por su familia de hecho sin necesidad del consentimiento de la madre.

Se puede ver que el poder de discrecionalidad que tienen los jueces al aplicar este principio es muy amplio pues incluso permite que los mismos no apliquen normas legales luego de un análisis de lo que se considera más beneficioso para el niño o adolescente en cuestión.

A manera de conclusión, concordamos con Ramírez<sup>617</sup> en que en nuestro ordenamiento este principio tiene tres formas de manifestación en nuestro ordenamiento jurídico: 1) inspiradora pues delimita el accionar del legislador al aprobar normas que conciernan a los niños y adolescentes; 2) interpretativa, ya que es una herramienta de interpretación para los funcionarios que tienen a su cargo tomar decisiones que impliquen a los niños; e 3) integradora porque se la utiliza cuando exista una deficiencia normativa.

## 6. Definición

A partir de lo ya desarrollado hasta aquí se esbozará una definición de este principio que trata de comprender sus principales características.

El interés superior del niño es un principio de interpretación fundamental en el sistema de derechos humanos de los niños y adolescentes que funciona como una regla procedimental que garantiza que los Estados y particulares, encargados de tomar medidas que conciernan a los niños y adolescentes, evaluarán el impacto de tal decisión en los intereses de los mismos como paso previo a la toma de una decisión en particular.

---

<sup>617</sup> RAMIREZ SÁNCHEZ, Felix Enrique. “El principio del interés superior del menor como eje interpretativo en la justicia civil: “el cambio de nombre no está sujeto al interés de los padres”. En: <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/El%20cambio%20de%20nombre%20no%20esta%20sujeto%20al%20interes%20de%20los%20padres%20-%20Felix%20Ramirez%20Sanchez.pdf>



A la vez, funciona como un criterio de control pues a través de la valoración de efectos y consecuencias que una medida en particular (sea ésta una norma, una resolución judicial, una política en particular, etc.) puede llegar a tener, se controla que el ejercicio de derechos y obligaciones de los niños y adolescentes serán facilitados y cumplidos.

Es, por tanto, el principio inspirador de construcción de normas legales pues le otorga el fundamento o justificación a toda medida que concierna a los niños; también lo es a la hora de resolver conflictos de derechos pues es una herramienta de ponderación, y sirve, además, como un criterio de evaluación de leyes, políticas y prácticas existentes con el fin de verificar su adecuación con los intereses de los niños y adolescentes y sus derechos.

La naturaleza de este principio lleva a su determinación en cada caso concreto y, por tanto, es flexible y da pie a que a una protección de los intereses del niño más dinámica haciendo uso de los adelantos que la ciencia, las investigaciones doctrinarias y los consensos sociales vayan generando siempre en pro de una mejor protección de los derechos del niño y adolescente.

Tanta importancia tiene este principio que nuestro ordenamiento jurídico le otorga el estándar más alto de protección pues el interés superior del niño será preferido ante cualquier otro interés en juego en cualquier tipo de decisión que concierna a los niños y adolescentes, y no sólo en casos específicos como lo señala la Convención de los Derechos del Niño.

Naturalmente, la adopción internacional y todo lo que ésta implica, su regulación, el procedimiento de adopción, sus requisitos, su limitación o promoción etc., deben responder a este principio y son pasibles de ser evaluados a partir del mismo. A eso nos dedicaremos en lo que queda de este capítulo.

## **II. Determinación del interés superior en la adopción internacional**

### **1. Interés superior como principio rector de la adopción internacional**

De lo explicado en el punto anterior queda claro que el interés superior del niño en nuestro ordenamiento será privilegiado a cualquier otro interés (estatal o particular) a la hora de tomar cualquier decisión que los incumba. Esto también es aplicable a la figura de la adopción internacional, en la que los el principio del interés superior del niño es pieza fundamental para su desarrollo.

Los Tratados Internacionales se refieren al mismo resaltando que el interés del niño será el que prevalecerá siempre en todo lo que respecta a la adopción internacional. Esto es digno de mencionarse porque, como se vio, la Convención de los Derechos del Niño sólo otorga esta primacía en casos contados.

Así, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en los Estados Partes que permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y que en el caso específico de la adopción internacional, ésta será considerada cuando no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado, a una familia adoptiva o en cualquier otra forma alternativo de cuidado alternativo que pueda ocuparse del niño o adolescente adecuadamente, estableciéndose, así, lo que se llama el llamado principio de subsidiariedad.

Se regulan, además, unas obligaciones al Estado como la de velar por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables, teniendo en cuenta toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, de ser necesario, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

El Estado deberá velar también para durante la misma, el adoptado goce de las salvaguardias y normas equivalentes de las que goza en el país de origen. También se exige que el Estado tome todas las medidas de prevención de los beneficios financieros indebidos en las adopciones internacionales.

En el artículo 1 del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional se deja muy claro que uno de sus objetos es el de establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional. De la misma forma, según el artículo 4, las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen, entre otras cosas, hayan constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño.

Es evidente entonces que el interés superior del niño es el principio rector por excelencia de la adopción internacional. No obstante, el contenido del mismo en lo relacionado a la adopción internacional no ha sido señalado, dejándose así su determinación a las autoridades estatales, siendo que tampoco existen guías de determinación como la existente para el caso del interés superior de los niños refugiados, publicada por la ACNUR.

## 2. Criterios de determinación del interés superior en la adopción internacional

Como lo expresan González y Rodríguez<sup>618</sup>, la indeterminación del concepto de interés superior del niño exige a los operadores jurídicos mayor responsabilidad y esfuerzo en el diseño de los parámetros máximos y mínimos en los que debe moverse el diseño del interés superior del niño y adolescente.

Cuando se habla del interés superior del niño y adolescente se apunta hacia la búsqueda de medidas, normas, decisiones, políticas, etc. que favorezcan de mejor forma el desarrollo del niño y adolescente, así como la consecución sus derechos.

En el primer acápite se vio que este principio llega a funcionar en dos esferas. Por un lado, sirve como regla de procedimiento al imponer a los funcionarios encargados de tomar medidas que conciernan a niños y adolescentes, la obligación de evaluar el impacto de su decisión en el bienestar de un niño o adolescente en particular, debiendo tomar la medida que favorezca de mejor manera a su bienestar.

Por otro lado, también funciona como un criterio de control ya que a través de la obligación de realizar el análisis del interés superior del niño o adolescente, la consiguiente decisión o medida a la que se llegará buscará asegurar que el ejercicio de los derechos y obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos.

Así, este principio cumple los roles de criterio de interpretación y evaluación de la regulación existente que tiene como fin verificar que su aplicación garantice que su impacto sea el más beneficioso posible a los intereses de los niños y adolescentes. Como es evidente, también podrá justificar cambios propuestos a las normas ya existentes.

Aplicado a la adopción internacional, este principio implicará un análisis en dos etapas: En una primera etapa, el interés superior del niño y adolescente será principio guía y de

---

<sup>618</sup> GONZALEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BERNOT, Andrés (Coordinadores). Óp. Cit. p. 25

interpretación durante la evaluación de la adopción internacional como opción de protección de un niño en particular. Servirá para guiar y dar sustento a las decisiones que se tomen en cada caso en concreto, optándose por la adopción internacional cuando se compruebe que es la opción más beneficiosa para el niño o adolescente.

En una segunda etapa, el interés superior del niño y adolescente significará una evaluación de la mejor forma de regular la adopción internacional como alternativa permanente de protección de niños sin cuidado parental que no pueden ser reunificados con sus padres, teniendo en cuenta su ubicación y función dentro del sistema de protección estatal del Perú, con el fin de promover de mejor manera el bienestar de los niños y adolescentes.

Así, el interés superior del niño es la herramienta clave para la evaluación de las normas, prácticas y políticas de la adopción internacional actuales con el fin de la verificación de su adecuación al favorecimiento del bienestar de los niños y adolescentes.

Al ser un elemento a tomarse en cuenta y que ha de ser priorizado al implementar toda figura que concierna a los niños y adolescentes, la regulación y aplicación de la adopción internacional deberá servir de la mejor manera posible a los intereses de todo niño o adolescente pasible de beneficiarse con esta institución.

Si bien es innegable que la flexibilidad inherente a este principio impide generalizaciones sobre los beneficios universales de esta figura y obliga a que se considere el interés superior de cada niño en particular en cada caso en que se evalúe la aplicación de esta medida de protección, esto no significa que pueda analizarse esta figura de forma general con el fin de mejorar su regulación o aplicación.

Es en este sentido que la determinación de criterios de regulación o aplicación de la adopción internacional que respondan al interés superior del niño resulta muy importante. Su ausencia genera que se corra el peligro de la politización de esta figura, pudiendo ser influenciada por perspectivas culturales en contraste y de desacuerdos ideológicos. Como veremos en el próximo acápite al revisar los principales cuestionamientos a la adopción internacional, este principio ha sido y es muchas veces interpretado de acuerdo con consideraciones y presiones políticas que muchas veces poco o nada tienen que ver con el bienestar del niño.

Siendo así y a partir de lo que se viene desarrollando a lo largo de esta tesis, se han identificado los siguientes criterios que se considera responden al interés superior del niño y adolescente en cuanto a la adopción internacional:

1. El interés superior del niño y adolescente busca el favorecimiento de los derechos humanos del niño y adolescente, por tanto, la interpretación de este principio sólo podrá hacerse teniendo en cuenta todo el sistema de derechos humanos que lo protege. En este sentido, cualquier interpretación que viole o restrinja sus derechos es contraria a su interés superior, y siempre que deba tomarse una medida que concierna al niño o adolescente deberá elegirse aquella que favorece la consecución de sus derechos<sup>619</sup>.

De ahí que toda regulación, decisión o política sobre la adopción internacional deberá tener en cuenta lo regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la Haya de 1993, otros instrumentos regionales o internacionales al respecto de los que sean parte, así como las guías que puede ofrecer el Comité de Derechos Humanos y la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, además de su normativa y la jurisprudencia nacional e internacional.

2. Implícito en el análisis del interés superior está el reconocimiento de que la situación de cada niño o adolescente en particular es única y, por tanto, en cualquier medida propia del procedimiento de adopción internacional deberá tenerse en cuenta sus características personales en cuanto a edad, sexo, estado de salud, personalidad, desarrollo afectivo, etc. así como sus necesidades, lazos afectivos, capacidades, intereses, entre otros<sup>620</sup>. El procedimiento deberá estar centrado en el niño y adolescente.
3. Al considerarse a la adopción internacional como medida de protección a un niño en específico deberá necesariamente evaluarse el impacto positivo y negativo de la misma, así como ser comparada con los efectos de otras alternativas de protección, eligiéndola cuando es comprobadamente más favorable a los intereses del niño o adolescente que las otras alternativas.
4. El análisis del interés superior en cada caso en concreto debe tener en cuenta la opinión del niño o adolescente<sup>621</sup>, de acuerdo a su grado de madurez y

---

<sup>619</sup> ACNUR. "Guidelines on Determining the Best Interests of the Child". 2008. p. 67.

<sup>620</sup> Ídem. p. 57.

<sup>621</sup> Artículo 4, Convenio de la Haya de 1993 (*Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que, 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario, 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño, 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este*

discernimiento<sup>622</sup>. Es así que se reconoce que no sólo son objetos de medidas sino sujeto de derechos con capacidad de opinar sobre las medidas que les conciernan.

5. Todo análisis del interés superior del niño o adolescente deberá considerar las consecuencias a corto, mediano y largo plazo que puede tener una decisión, regulación o política sobre adopción internacional en el bienestar de los niños o adolescentes.

De ser un niño o adolescente con capacidad de discernimiento, incluso es recomendable que dé su consentimiento<sup>623</sup>.

6. Está implícito en el sistema de derechos de los niños y adolescentes que el ambiente de desarrollo más favorable al interés superior del niño y adolescente es su propia su familia al ser es criado por sus padres o familiares cercanos. El niño y adolescente tiene derecho crecer dentro de su familia y con sus padres<sup>624</sup>, y a no ser separado de ellos sino excepcionalmente cuando permanecer dentro de la misma pueda resultar negativo a sus intereses<sup>625</sup>.

Ya que todo niño y adolescente tiene el derecho a vivir en familia, en los casos en que esto es imposible, tiene derecho a la protección y asistencia del Estado<sup>626</sup>. El

---

*consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna).*

<sup>622</sup> Artículo 12, Convención sobre los Derechos del Niño (1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional).

<sup>623</sup> UNICEF. Guía de implementación de la Convención sobre los Derechos del niño. p. 296.

<sup>624</sup> Artículo 7, Convención sobre los Derechos del Niño, (1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos).

Preámbulo, Convenio de la Haya de 1993 (Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen)

<sup>625</sup> Artículo 9, Convención sobre los Derechos del Niño (1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño).

<sup>626</sup> Artículo 20, Convención sobre los Derechos del Niño (1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará

Estado está conminado a agotar los esfuerzos por procurarle un ambiente familiar adecuado<sup>627</sup> pues está comprobado que éste ofrece el clima adecuado de felicidad, amor y comprensión favorable a un desarrollo armónico<sup>628</sup>.

Así, el Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección a favor de los niños que no cuentan con cuidado parental para evitar que sean víctimas de explotación o abuso. Deberá agotar esfuerzos por lograr la reinserción familiar de niños y adolescentes que carecen de cuidado parental y cuando esto no sea posible, deberá favorecer toda alternativa que ofrezca la posibilidad de que vivan dentro de un ambiente familiar.

7. No hay duda que la familia es la mejor institución en la cual un niño puede crecer y desarrollar sus potencialidades<sup>629</sup> y, ante la imposibilidad de que el niño o adolescente crezca con su familia biológica o extendida, como es el caso de los niños en estado de abandono, el Estado debe tener como prioridad promoverlo en adopción y, sobre todo, diseñar un procedimiento de adopción más expeditivo y que responda a esta prioridad.

Dentro de las alternativas que ofrecen un ambiente familiar adecuado a los niños sin cuidado parental está la adopción internacional. Siendo que esta figura crea un vínculo familiar permanente, el Estado debe contemplarla y regularla de forma que pueda beneficiar al mayor número de niños sin cuidado parental, siempre que responda a su interés superior en el caso concreto.

---

*particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico).*

<sup>627</sup> Artículo 4, Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. *(Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -- adoptiva o de guarda – o en caso sea necesario, una institución apropiada).*

<sup>628</sup> Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993). Preámbulo, primer párrafo. *(Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión).*

<sup>629</sup> Así lo reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño en el Preámbulo *(Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión)* y el preámbulo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional *(Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión).*

Además, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO en la Sesión No. 40, Día de Discusión General sobre Niños sin cuidado parental, párrafo 650 señala lo propio *(Existe un acuerdo general en que el ambiente familiar ofrece la mejor posibilidad para el desarrollo armónico del niño, por lo que deben encontrarse opciones adecuadas entre la familia de origen y la institucionalización).*

8. La determinación del interés superior del niño y adolescente responde a un espacio y tiempo determinado, por lo que reposa sobre el conocimiento científico. La ciencia, y su constante evolución, ofrece guías objetivas en cuanto a los efectos que diversas figuras tienen sobre los niños y adolescentes.

Estudios científicos ya mencionados en el capítulo II de esta tesis han demostrado que la actual situación de las instituciones de bienestar público y privados generan efectos dañinos en el desarrollo de los niños y adolescentes debido al descuido y pobre estimulación que ofrecen, concluyéndose así que son inadecuadas y perjudiciales y, por tanto, contrarias al interés superior de niño y adolescente.

Las instituciones públicas proveen de alimentación, abrigo y algún nivel de afecto en el mejor de los casos, mas no llegan a ofrecer al niño o adolescente el cuidado que sólo una familia puede darle. Por el contrario, la naturaleza impersonal del cuidado de las instituciones hace que el niño esté expuesto a carencias emocionales que lo marcarán de por vida.

Por tanto, deberán tomarse las medidas adecuadas para lograr que la institucionalización sea realmente una medida de protección temporal y el último recurso en cuanto a las medidas de protección que debe usar un Estado<sup>630</sup> y no debe ser preferida a alternativas familiares permanentes como la adopción internacional.

9. Los bebés y niños más pequeños son aquellos mayormente afectados por las condiciones deplorables de las instituciones<sup>631</sup>. De ahí que deban desarrollarse programas de adopción prioritaria que agilicen la adopción de estos niños con el fin de evitar que sufran daños de por vida.

---

<sup>630</sup> Así lo expresó el Comité sobre los Derechos del Niño en sus Observaciones a Lituania: (*se recomienda que el Estado) se asegure de que la institucionalización sea el último recurso usado meramente como último recursos, es decir, cuando sea profesionalmente indicado y responda al interés superior del niño o adolescente. (Lituania, CRC/C/LTU/CO/2, párrafo 2).* Otro ejemplo es el de Letonia en el que se establece también que la institucionalización debe ser usado como último recurso y *que sólo debe ocurrir cuando las medidas de inserción familiar sean consideradas inadecuadas para un niño en específico (Letonia, CRC/C/LVA/CO/2, párrafo 33).*

<sup>631</sup> La Observación General No. 7 del Comité sobre los Derechos del Niño (2005) sobre la “Implementación de los derechos de los niños en la niñez temprana” resalta esto al mencionar que *la investigación sugiere que la mala calidad de atención y cuidado en las instituciones impiden el desarrollo físico y psicológico saludable, y puede generar consecuencias negativas en la adaptación social a largo plazo especialmente en los niños menores de 5 años. (...) Los Estados partes están llamados a invertir en formas de apoyo de cuidado alternativo que garanticen la seguridad, la continuidad de cuidado y afecto, y la oportunidad de que los niños puedan formar lazos de apego a largo plazo fundados en confianza y respeto mutuos, por ejemplo, mediante la (...) adopción (...).* CRC/C/GC/7/Rev. 1, párrafo 36.



10. Todos los niños y adolescentes tienen el derecho a disfrutar de su herencia étnica, cultural, lingüística y religiosa y, por tanto, a preservar su identidad, nacionalidad, y derechos culturales sin injerencias ilícitas<sup>632</sup>. Con el fin de tratar de preservar la identidad cultural de los niños sin cuidado parental, se ha establecido el principio de subsidiariedad incluido en tanto la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>633</sup> y la Convención de la Haya de 1993<sup>634</sup>.

Este principio establece un deber de priorización de las alternativas de cuidado locales sobre las internacionales con el fin de no cortar los vínculos de los niños y adolescentes con la cultura en que nacieron. De ahí que siempre que exista la alternativa de que el niño sea adoptado dentro del país de origen del niño, será preferida antes que la adopción internacional.

11. El interés superior del niño y adolescente necesariamente ilumina la interpretación del principio de subsidiariedad e impone un límite al grado en que han de priorizarse las alternativas locales<sup>635</sup>. Ante una ponderación entre los derechos culturales y el derecho del niño o adolescente a vivir en familia, deberá prevalecer este último.

Así, en caso un niño no tenga más alternativas de cuidado que la institucionalización y la adopción internacional, deberá preferirse esta última<sup>636</sup> por

<sup>632</sup> Artículo 8, Convención sobre los Derechos del Niño (*1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*) y Artículo 30, Convención sobre los Derechos del Niño (*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma*).

<sup>633</sup> Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño (*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen*).

<sup>634</sup> Convenio de la Haya de 1993, Preámbulo (*Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen*). Artículo 4 (*Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño*).

<sup>635</sup> Al respecto la guía de Implementación de la Convención de los Derechos del Niño explica que una generalización que implique que los niños sólo puedan ser colocados en familias que compartan su misma etnicidad o religión no va de la mano con el interés superior del niño. UNICEF. 2007. Óp. Cit. p. 289.

<sup>636</sup> Al respecto la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya de 1993, p. 32, señala: *El principio de subsidiariedad debe ser interpretado a la luz del principio del interés superior del niño. Por ejemplo (...) La adopción u otro cuidado permanente familiar a nivel nacional es generalmente preferible. Sin embargo, ante*

ofrecer el entorno familiar permanente<sup>637</sup> que requiere el niño o adolescente para desarrollarse adecuadamente.

12. El derecho de preservación de la identidad de los niños y adolescentes significa también que todo niño o adolescente adoptado internacionalmente tiene el derecho a que se le comunique su condición de adoptados, y a tener acceso a la identidad de sus padres biológicos y, si así lo desean, a acceder a sus registros e información originaria<sup>638</sup>.

De ahí que la política de adopciones secretas o cerradas llevada a cabo por algunos países no es adecuada.

13. La adopción internacional es una opción viable para garantizar una familia a un niño o adolescente sin cuidado parental. Como tal, debe ser eficientemente usada por el Estado y potenciada con el fin de que las adopciones sean llevadas a cabo mediante procedimientos expeditivos, que no impliquen demoras innecesarias que signifiquen la permanencia insulsa de niños y adolescentes en instituciones de bienestar.

En este sentido, se entiende necesaria la existencia de un adecuado registro y documentación de todos los niños sin cuidado parental en nuestro país ingresados en instituciones públicas (CAR), albergues privados y aquellos colocados dentro de familias acogedoras, sin que quede ningún niño fuera del sistema.

Un adecuado registro deberá incluir el tiempo de permanencia en la institución o familia acogedora, las medidas de protección de las que ha sido sujeto y los

---

*la ausencia de familias adoptivas adecuadas o personas que ejercerían el cuidado del niño en el país, normalmente no es aconsejable mantener al niño esperando en una institución cuando existe la posibilidad de colocación en una familia adecuada y permanente en el extranjero.*

<sup>637</sup> Las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de Naciones Unidas afirman que una de las finalidades de las mismas es: *a) Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella, o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluida la adopción y la kafala del derecho islámico.*

A su vez, la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya de 1993, p. 32 señala que: *Encontrar un hogar para un niño en el país de origen es una medida positiva, pero en muchos casos una colocación permanente en el extranjero es preferible a una colocación temporal en el país de origen.*

<sup>638</sup> Artículo 30, Convenio de la Haya de 1993 *(1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia).*

2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado. UNICEF. Guía de Implementación de la Convención de los Derechos Humanos. Óp. Cit. p. 296.

resultados del seguimiento que debe haber realizado la institución en cuanto a su desarrollo.

De esta forma se logrará saber de mejor forma el número de niños que pueden beneficiarse con la adopción.

14. Los esfuerzos por hacer más ágil la adopción internacional, no significa una regulación laxa en cuanto a salvaguardas. Por el contrario, de la mano con el principio de no discriminación<sup>639</sup>, no debe dejar de asegurarse que sus ordenamientos otorguen al menos las mismas salvaguardas y estándares con las que cuenta la adopción nacional<sup>640</sup>.

El Estado deberá encargarse de verificar la condición de adoptabilidad del niño<sup>641</sup>, que la adopción sea decidida por autoridades competentes siguiendo los procedimientos de ley, los consentimientos necesarios hayan sido otorgados<sup>642</sup> y que se lleven a cabo estudios que garanticen la adecuación de la familia de recepción<sup>643</sup>.

---

<sup>639</sup> Artículo 2, Convención sobre los Derechos del Niño (*1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares*). Artículo 26 (2), Convenio de la Haya de 1993 (*Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados*).

<sup>640</sup> Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño, Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: (...) c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

<sup>641</sup> Convenio de la Haya de 1993, Artículo 4 (*Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: a) han establecido que el niño es adoptable*).

<sup>642</sup> Artículo 4, Convenio de la Haya de 1993 (*Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: c) se han asegurado de que 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen, 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño*).

<sup>643</sup> Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño (*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: (...) a)*

Por otro lado, si las Autoridades Centrales llegan a delegar funciones a organismos privados o públicos, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar el correcto funcionamiento de los mismos y, de ser el caso, verificar que se contraten personas aptas y éticas.

15. En este sentido, los Estados deben preocuparse por diseñar medidas de prevención de actividades delictivas conexas a la adopción internacional como la sustracción, venta y tráfico infantil. En este sentido, adecuarse a los procedimientos propios del Convenio de la Haya de 1993 es de por sí una forma indirecta de evitar tales abusos<sup>644</sup>.

Deben establecerse medidas que prevengan beneficios indebidos<sup>645</sup> o corrupción de los funcionarios encargados del procedimiento de adopción internacional, otras que establezcan sistemas de supervisión adecuados de los organismos acreditados<sup>646</sup> y de así como la penalización<sup>647</sup> aquellas prácticas indebidas y encargarse de la correcta aplicación de sanciones penales que desincentiven tales actividades ilícitas.

---

*Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario).*

Artículo 5, Convenio de la Haya de 1993 (*Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción: a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado).*

<sup>644</sup> Artículo, Convenio de la Haya de 1993. (*El presente Convenio tiene por objeto: b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños).*

<sup>645</sup> Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño (*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: (...) d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella).*

Artículo 8, Convenio de la Haya 1993. *Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.*

<sup>646</sup> Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya. Óp. Cit. p. 39.

<sup>647</sup> Los Estados parte (entre ellos el Perú) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía están obligados a adoptar medidas para que, como mínimo, los actos y actividades relativas a la venta de niños (artículo 3), entendida como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución (artículo 4, literal a).

Asimismo, este delito deberá ser incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes.

16. Los Estados deberán en lo posible llevar a cabo acuerdos bilaterales o multilaterales<sup>648</sup> que favorezcan la salvaguarda del bienestar del niño a ser adoptado internacionalmente.

La cooperación interestatal es importante en el sentido de que la creación de sistemas de protección e la implementación mecanismos para el intercambio de información y estadístico resultan en un mejor nivel de protección de los intereses del niño y adolescente, reflejándose positivamente en su bienestar.

### 3. Cuestionamientos a la adopción internacional

Hoy en día el interés superior del niño es comúnmente usado como por los detractores de esta institución para proponer su supresión o limitación<sup>649</sup>. Los principales argumentos para negar que puede favorecer el bienestar de los niños y adolescentes son los siguientes:

#### A. La adopción internacional como forma contemporánea de imperialismo

Bajo este punto de vista, la adopción internacional es un retorno interesado al colonialismo de las naciones del primer mundo. Otra forma de sustraer recursos naturales<sup>650</sup> de países no desarrollados. Puede notarse que los niños son considerados un recurso natural más que, por tanto, “pertenece” al país en que nace.

Tras este argumento está la idea de que los miembros de un Estado, cultura o grupo étnico pertenecen a ese grupo y que la adopción internacional sustrae algo propio de un grupo para hacerlo parte de otro. De ahí que se entienda que la adopción internacional o interracial es vista como una explotación<sup>651</sup>.

Se entiende que los niños de países en desarrollo están en una posición social extremadamente vulnerable y carente de poder de decisión<sup>652</sup> y, por eso, son sometidos a una

<sup>648</sup> Artículo 21, Convención sobre los Derechos del Niño (*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: (...) e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes*).

<sup>649</sup> BARTHOLET. "International Adoption: The Child's Story". Georgia State University Law Review N. 25. 2008. p. 339

<sup>650</sup> KLEEM, Curtis. "Airplane Trips and Organ Banks". p. 4. También: KING, Shani. "Challenging Mono humanism: An Argument for Changing the Way We Think About Intercountry Adoption". Michigan Journal of International Law. Vol. 30. 2009. p. 25

<sup>651</sup> CARLSON, Richard R. Óp. Cit. p. 748

<sup>652</sup> SHURA, Robin. "A Critical and Theoretical Analysis of International Adoption of Vulnerable Children: The Commodification of Children". Presentación ante el Annual meeting of the American Sociological Association Annual Meeting Hilton San Francisco, California. 2009. p. 2

ruptura con sus raíces por los intereses egoístas de los adoptantes. Así, con la adopción internacional extranjeros del primer mundo con una alta capacidad adquisitiva explotan una vulnerabilidad socialmente producida.

Hija de la desigualdad global, la adopción internacional hoy en día no responde ya a un acto humanitario sino a la reducción de la fertilidad y la disponibilidad de las adopciones domésticas. Termina siendo una solución creada para satisfacer los intereses de los padres prospectivos y no los del niño adoptado. Así, la motivación para llevar a cabo una adopción internacional es el aprovechamiento de la situación de pobreza de un Estado e incluso las familias del mismo.

Desde esta postura, hoy en día se ha creado un mercado en la que existe una demanda de niños proveniente del primer mundo que se busca satisfacer en el tercer mundo. Esto genera una “reproducción estratificada”<sup>653</sup> propia de un sistema de poder en el que algunas mujeres privilegiadas pueden criar hijos (incluso “ajenos”), mientras otras no debido a razones de clase, raza y origen nacional<sup>654</sup>.

En esta línea, la adopción internacional es una figura inherentemente explotadora<sup>655</sup> ya que los padres biológicos suelen estar inducidos a entregar en adopción o abandonar a sus hijos como consecuencia de la pobreza en que viven. Esta expectativa de que unos realicen funciones reproductivas por otros no es más que una “violencia hecha eufemismo”<sup>656</sup>.

Hubinette<sup>657</sup> incluso compara a la adopción internacional con el tráfico esclavos debido a que, en su opinión, ambas prácticas nacen de la existencia de una demanda de consumo insaciable, interés en la creación de un mercado privado y un lucro cínico que busca solamente la satisfacción de las necesidades de los dueños.

---

<sup>653</sup> NOONAN, Emily J. “Adoption and the Guatemalan Journey to American Parenthood”. *Childhood*. Vol. 14 no. 3. 2010. p. 304.

<sup>654</sup> COLEN, Shellee. En: MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). “International Adoption: Global Inequalities and the Circulation of Children”. New York University Press. 2009. p. 17.

<sup>655</sup> SMOLIN, David M. “Intercountry Adoption as Child Trafficking”. *Valparaiso University Law Review*. 2004. p. 24.

<sup>656</sup> COLEN, Shellee. Óp. Cit. p. 18.

<sup>657</sup> HÜBINETTE, Tobias. “Between European Colonial Trafficking, American Empire – Building and Nordic Social Engineering: Rethinking International Adoption From a Postcolonial and Feminist Perspective”. 2006. p. 2.

## **B. Derecho a la identidad y patrimonio cultural**

Uno de los argumentos esgrimidos con mucha frecuencia es aquel que subraya que la adopción internacional deviene en una pérdida de identidad cultural del adoptado al alejarlo del el país de origen y trasladándolo a otro entorno cultural generando, así, una asimilación o aculturación al entorno de sus nuevos padres. Esta pérdida se considera que deviene en una violación del derecho a la identidad y a su patrimonio étnico.

Todo niño o adolescente separado de su país de su cultura de origen mediante la adopción internacional está siendo irreparablemente dañado.

Los propulsores de este argumento interpretan el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño, que ordena que los Estados presten asistencia a los niños privados de su ambiente familiar y que al considerar las medidas de protección a tomarse (entre ellas la adopción) se prestará atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, como una que reduce a la adopción internacional a ser un último recurso.

Un ejemplo de este discurso es Rusia en el que incluso se habla de la existencia de un “fondo genético” que contiene la información genética valiosa de toda la población rusa y el mismo que se pierde cuando los niños son adoptados internacionalmente<sup>658</sup>.

Otra preocupación es que las adopciones internacionales suelen devenir en adopciones en las que los padres pertenecen a una raza y los niños a otra. Algunos defienden que esto es dañino para la identidad racial y el desarrollo de las destrezas para sobrellevar la discriminación de los niños adoptados internacionalmente<sup>659</sup>.

## **C. La adopción internacional como un signo de fracaso social del Estado**

Otro argumento es aquel que establece que la adopción internacional significa para los Estados que la permiten una admisión de su fracaso como gestor de la protección de los niños y adolescentes sin cuidado parental, imagen que refleja negativamente en el sistema económico y social de un país<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> KHABIBULLINA, Lilia. En: MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). Óp. Cit. p. 174.

<sup>659</sup> TWILA L. PERRY. “Transracial and International Adoption: Mothers, Hierarchy, Race, and Feminism Legal Theory”. Citado en: CARLSON, Richard J. Óp. Cit. p. 746.

<sup>660</sup> SHURA, Robin. Óp. Cit. p. 37.

Así, la adopción internacional no es más que un signo de incapacidad del Estado por lo que no debería ser permitida.

#### **D. La adopción internacional como una solución superficial a problemas de fondo**

Otro argumento es aquel que expone que la adopción internacional no resuelve los problemas sociales, económicos y culturales de fondo que son la fuente de la existencia de tantos niños y adolescentes sin cuidado parental.

Es tan sólo una medida que ayuda a unos pocos niños y que no hace más que evitar que el Estado se preocupe por solucionar los problemas de fondo. Se argumenta que miles de dólares son gastados en la adopción de un solo niño y que ese dinero bien podría ser empleado en mejorar las condiciones de más niños en estado de abandono. Se ha dicho incluso que si es que los padres prospectivos tuvieran un interés caritativo apoyarían a estos niños en estado de desamparo sin necesidad de adoptarlos y removerlos de su ambiente y cultura.

#### **E. La adopción internacional perjudica a los niños no adoptados**

Se menciona que la adopción internacional afecta a los niños que logran ser adoptados de dos formas: La primera se da cuando se establecen diferencias entre niños “adoptables” y “no adoptables” generando una estigmatización en los niños que entran dentro de la segunda categoría.

La segunda se da al desviar el dinero y recursos de otros servicios sociales, como los albergues locales, que bien podría usarlos para mejorar sus servicios. Es por esto que incluso se propone que los Estados den ayuda directa a los padres biológicos con el fin de que no den a sus hijos en adopción.

#### **F. No existe un número elevado de huérfanos por lo que la adopción internacional es innecesaria.**

Hay autores<sup>661</sup> que consideran que la idea de que la adopción internacional es una alternativa que responde a la existencia de millones de huérfanos del mundo es un mito pues realmente

---

<sup>661</sup> ORESKOVIC, Johanna y MASKEW, Trish. “Red Thread or Slender Reed: Deconstructing Professor Bartholet’s Mythology of International Adoptions”. Buffalo Human Rights Law Review. 2008. p. 256. También: GRAFF, E.J. “The Lie We Love”. Foreign Policy. 2008. En: [http://www.foreignpolicy.com/articles/2008/10/15/the\\_lie\\_we\\_love](http://www.foreignpolicy.com/articles/2008/10/15/the_lie_we_love)



no existe un número tan elevado de huérfanos y, por tanto, la adopción internacional no es tan necesaria.

Se menciona que las estadísticas de huérfanos presentada por UNICEF en la que se establece que al 2010 existieron 132, 200 millones de huérfanos<sup>662</sup> en el mundo no se correlaciona necesariamente con los niños adoptables, pues muchos de los niños huérfanos institucionalizados cuestan con familia extendida o tienen a uno de sus padres vivo.

### **G. Riesgos y abusos conexos a la adopción internacional**

Uno de los principales argumentos esgrimidos en contra de la adopción internacional es la existencia de actividades delictivas que, como se vio en el primer capítulo, en muchas instancias se han visto vinculadas a la adopción internacional.

Smolin<sup>663</sup> distingue dos tipos de prácticas abusivas: Por un lado está el llamado *child laundering*, cuya traducción literal sería el *lavado de niños*, denominación que hace un símil con el delito del lavado de activos al referirse a la obtención ilegal de niños a través de transacciones monetarias, engaños o por la fuerza. Esta práctica falsifica una nueva identidad para un niño con el fin de hacerlo pasar como huérfano y, por tanto, pasible de ser adoptado.

Generalmente implica la obtención de niños ilícitamente mediante la fuerza, fraude o con incentivos monetarios; la generación de documentación falsa que hace que el niño en cuestión sea apto para la adopción; y, por último, la adopción de estos niños mediante los canales normales destinados para la adopción internacional dentro del país de forma tal que la adopción muchas veces no puede ser controvertida por cumplir con los requisitos exigidos por ley.

El segundo tipo de práctica abusiva es la entrega de información incompleta y falsificada sobre las familias adoptivas, los niños adoptados y sobre la familia biológica que aparece muchas veces en los documentos oficiales, análisis médicos, estudios psicológicos, etc. con el fin de facilitar la asignación de los niños o para cumplir con los requerimientos exigidos

---

<sup>662</sup> UNICEF. Datos estadísticos sobre número de huérfanos por cada región al 2010 (Cuadro). Children and Youth in History. No. 293. En: <http://chnm.gmu.edu/cyh/primary-sources/293> (Última visita: 19 de febrero de 2013).

<sup>663</sup> SMOLIN, David y Desiree Smolin. "The Aftermath of Abusive Adoption Practices in the Lives of Adoption Triad Members: Responding to Adoption Triad Members Victimized by Abusive Adoption Practices". Charla presentada en el Annual Symposium of the Joint Council on International Children's Services (JCICS). April, 2012. En: [http://works.bepress.com/david\\_smolin/12/](http://works.bepress.com/david_smolin/12/) (Última visita: 15 de febrero de 2013).

por la legislación en materia de adopción internacional. De esta forma los adoptantes reciben información falsa o no completamente cierta sobre el niño que está adoptando generalmente con el fin de hacer más “deseable” al niño en cuestión y facilitar su colocación con una familia adoptiva.

Estos abusos cometidos en muchos países han llevado a algunos a proponer la desaparición de la adopción internacional por considerar que no se pueden desvincular de estas actividades. Un ejemplo es la Baronesa Nicholson, política inglesa y recia opositora de la adopción internacional, quien ha señalado en diversas oportunidades que la adopción internacional ha sido secuestrada por los traficantes de niños y que los padres adoptivos están inconscientemente apoyando este crimen<sup>664</sup>.

#### **4. Los cuestionamientos a la luz del principio del interés superior del niño y adolescente.**

El argumento de la adopción internacional como práctica colonialista es uno radical y notablemente politizado y probablemente tenga que ver en parte con el prejuicio producto del etnocentrismo y la tendencia humana de ver cualquier valor, cultura o raza extraña como influencias externas de las que los niños han de ser preservados<sup>665</sup>.

Esta postura reproduce los resentimientos de un grupo social en contra de otro. La adopción de niños del tercer mundo por personas del primer mundo es vista como un abuso más en un sistema de poder que encuentran injusto. Es una interpretación que deja de lado las motivaciones humanitarias y el estado de necesidad de niños sin cuidado parental que necesitan de una familia, centrándose en la dinámica de poder mundial y el rol que les asignan dentro del mismo a los ciudadanos de cada Estado.

Los argumentos nacionalistas suelen centrarse en intereses nacionales y las relaciones de poder desiguales entre las naciones, mas deja totalmente de lado los efectos nocivos de la institucionalización o la forma en que los niños y adolescentes pueden beneficiarse con esta figura.

Por otro lado, se reduce al niño o adolescente a la condición de “recurso” debido a un supuesto nexo de pertenencia entre éste y el Estado en que nació olvidando que los niños y

---

<sup>664</sup> CARLSON, Richard J. Óp. Cit. p. 741

<sup>665</sup> Ídem. p. 748

adolescentes son personas y, por tanto, sujetos de derechos y no posesiones de un Estado en particular. De ahí que esta postura sea notablemente contraria al interés superior de los niños y adolescentes.

Es su bienestar el que debe ser privilegiado, analizándose las distintas opciones que beneficien a su desarrollo integral y el impacto de las mismas en él, y no el impacto que puede tener en el Estado. Así, el análisis cualquier factor externo de interés político debe quedar fuera. Lo contrario significaría dejar que el bienestar del niño o adolescente sea pospuesto al orgullo nacional prefiriéndose dejarlo languidecer en instituciones públicas demostradamente perjudiciales antes que agotar esfuerzos por que puedan acceder a una familia, sea dentro del mismo Estado o fuera de él.

Si bien las alternativas nacionales a la adopción internacional harán que el niño permanezca en su país de origen y mantenga un nexo con su cultura, debemos preguntarnos si un niño criado con las privaciones propias de las instituciones llegará a tener un disfrute real de sus derechos culturales.

Uno de los derechos más fundamentales del niño o adolescente es el crecer en una familia, por lo que toda medida de protección deberá necesariamente procurar a los niños en estado de abandono un ambiente familiar. Deberán preferirse aquellas opciones permanentes, como la adopción nacional, que evitan un quiebre con el entorno cultural en que nació el niño o adolescente. Sin embargo, ante la imposibilidad de este tipo de adopción, deberá optarse por la adopción internacional relegando opciones como la colocación temporal en familias con las que no se establecen vínculo de filiación, y el cuidado en albergues o instituciones.

Ahora bien, la adopción internacional no significa que el niño no tendrá ningún lazo con cultura alguna. La posibilidad de que el niño se vea dañado por la separación puede ser más factible en el caso de los niños adoptados a una edad en que ya han podido desarrollar identidades lingüísticas, culturales, étnicas o religiosas<sup>666</sup>. Incluso en estos casos la adopción internacional es preferible a cualquier otro cuidado local que no implique un entorno familiar permanente.

Sobre la posibilidad de una aculturación, la posibilidad de que el niño y adolescente adopte una cultura diferente a la originalmente le pertenece, rompiendo con una parte

---

<sup>666</sup> SILVERMAN, Arnold R. y FIEGELMAN, William. "Adjustment in Interracial Adoptees: An Overview". Citado en: CARLSON, Richard J. ídem.

intrínsecamente suya, es claro que el niño o adolescente adoptado no podrá disfrutar del ejercicio de sus derechos culturales de la forma que lo haría si hubiese crecido dentro de su propia familia. La posibilidad de que incluso se adapte a la cultura de sus padres adoptivos es notable. No obstante, hoy en día existen diversas formas de que los padres adoptivos pueden hacer que los niños puedan acercarse a su cultura originaria. Muchos padres se encargan de hacerles conocer sus tradiciones y viajan con ellos a sus países de origen,

El derecho a una identidad en particular no debe predominar sobre los comprobados daños psicológicos que resultan del desarrollo dentro de una institución. Por otro lado, el sentido de la identidad puede verse destruido por el descuido y la desatención propias de las instituciones<sup>667</sup>. La institucionalización no debe ser una medida de protección que se anteponga a la adopción en los hechos, como es el caso actualmente. Por tanto, medidas que reduzcan innecesariamente las adopciones internacionales o reformas que incluyan restricciones o incluso la prohibición de esta figura (como es el caso de muchos otros países) están notoriamente en contra del interés superior del niño.

De esta forma, la institucionalización de niños y adolescentes que responden a los intereses políticos, étnicos o económicos reducen el concepto del interés superior del niño<sup>668</sup>. El mismo que, como vimos, ha de estar guiado por consideraciones de tipo científico y objetivo, en cuanto sea posible.

El argumento de que la adopción internacional sólo ayuda a un número reducido de niños y que por eso es ineficiente y debe ser eliminada no tiene sentido y es hasta contrario a cualquier interpretación sustentada en los derechos humanos.

Es cierto que la adopción internacional no es una figura que pueda beneficiar masivamente a los niños y adolescentes en estado de abandono. Esto se debe a diversos factores como la edad y el estado de salud del niño o adolescente en cuestión puesto que existe la tendencia de preferir la adopción de niños de corta edad y sin problemas graves de salud. Sin embargo, esto no significa que no deba ser potenciada con el fin de que beneficie al mayor número de niños posible.

---

<sup>667</sup> DILLON, Sara. Óp. Cit. p. 200

<sup>668</sup> BARROZO, Paulo. "Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to be adopted". New York Law School Law Review. Vol. 55. 2010 -11. p. 710

Además, el bajo número de niños beneficiados por esta medida de protección no puede significar la desaparición de esta figura. Haciendo un símil con la atención médica o la misma educación en Estados con recursos limitados como el nuestro, por el solo hecho de que no puedan cubrirse las necesidades médicas o educacionales de todos, no debe dejarse de atender a aquellos que sí pueda atenderse.

Asimismo, en los ordenamientos existen figuras como el asilo político<sup>669</sup> que tampoco ayudan a números considerables de personas y aun así existen porque se entiende que protegerán a la persona que lo requiera de acuerdo a una situación particular.

Calificar de superficial a la adopción internacional por no resolver los problemas de fondo que generan la existencia de niños en estado de abandono es mezquino. Es innegable que la adopción internacional no es una figura que pretende solucionar problemas de fondo como son la pobreza, la desinformación sobre métodos de control de la natalidad, entre otros. No obstante, la figura de la adopción en general, sea nacional o internacional, no existe para solucionar tales problemas ya que van más allá de sus objetivos. La adopción está concebida para otorgar a un niño sin cuidado parental una familia. Es una solución a una situación ya existente que puede ni pretende solucionar problemas de fondo.

Aquellos que cuestionan las intenciones humanitarias de los adoptantes sugieren que lo más humanitario sería que donaran las cantidades de dinero destinadas para la adopción con el fin de atender a los niños en estado de abandono dentro de sus mismos países. Este argumento tampoco tiene sentido pues labora bajo el argumento de que la intención de adoptar a un niño extranjero para criarlo como suyo es inmoral por implicar grandes cantidades de dinero.

Esta interpretación es mezquina pues el deseo de adoptar un niño, aun cuando implique el gasto de grandes cantidades de dinero, no implica oportunismo o el aprovechamiento de su favorable situación económica para obtener un beneficio inadecuado. Su deseo de tener un niño a quien criar no hace de la adopción un acto innoble ni significa que es un acto egoísta. La adopción ofrece la oportunidad de que la realización del deseo personal de ser padre o madre signifique también ofrecerle una familia a un niño que no la tiene y que sin esta opción estaría condenado a vivir dentro de una institución.

Asimismo, la restricción o prohibición de la adopción internacional no generará que ese dinero sea donado a instituciones<sup>670</sup>, mas bien significará que se buscará otro país con menos

---

<sup>669</sup> DILLON, Sara. Loc. Cit.

restricciones o que será usado en técnicas de procreación alternativas como el vientre de alquiler, entre otros, que están permitidos por las legislaciones de otros países.

En lo que respecta a la estigmatización de niños “no adoptables”, al existir distintas medidas de protección, algunas de las cuales no pueden ser aplicadas a todos los niños y adolescentes, siempre existirá la separación en grupos debido a las características de la situación de cada niño o adolescente. Lamentablemente no será posible a favorecer a todos con la adopción. Sin embargo, la idea de una estigmatización entre niños adoptables y no adoptables parece ser exagerada y no tiene tanta fuerza como la verificada estigmatización que viven los niños condenados a permanecer dentro de las instituciones de cuidado.

En cuanto al argumento de que la adopción internacional implica la derivación de recursos que podrían usarse para mejorar las condiciones de las instituciones, esto no es del todo cierto pues la adopción internacional no requiere necesariamente de tantos recursos y hasta en muchos países la adopción internacional es autofinanciada<sup>671</sup>. En estos casos los padres adoptivos son los que pagan los costes del proceso, los mismos que incluyen la obtención de documentación adecuada y los estudios psicológicos requeridos.

Esto significa que la adopción internacional no sólo releva al Estado del costo de manutención de los niños y adolescentes sino que, además, existe la posibilidad de que el procedimiento no resulte oneroso para el Estado. Además, como bien lo señala Bartholet<sup>672</sup>, muchos padres adoptivos suelen colaborar con donaciones que ayudan a paliar en alguna medida las condiciones en las que viven los niños que no han podido ser adoptados.

Se arguye también que la adopción internacional puede desincentivar las adopciones nacionales y otras formas de cuidado tradicional (familia extendida, allegados) del niño o adolescente ya que muchas veces aquellas implican donaciones y, por tanto, pueden ser preferidas. Un argumento similar ha llevado a la interpretación del principio de subsidiariedad como una relegación de la adopción internacional a la condición de último

---

<sup>670</sup> BARTHOLET, Elizabeth. “International Adoption: Thoughts on the human rights issues”. 2007. Harvard Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 21. P. 183 En: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=harvard\\_faculty](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=harvard_faculty)

<sup>671</sup> Ídem. p. 185

<sup>672</sup> BARTHOLET, Elizabeth. “International Adoption: The Child’s Story”. Óp. Cit. p. 351

recurso<sup>673</sup>, generando que el niño deba esperar a una determinación de que todas las opciones nacionales han sido intentadas antes de poder ser adoptado internacionalmente.

El retraso innecesario en la adopción de un niño es muy dañino<sup>674</sup>. Se viene repitiendo que dejar que los niños permanezcan dentro de las instituciones no sólo retrasa su posibilidad de ser adoptados si no que puede llegar a ser dañino al retrasar la formación del vínculo de apego con las personas que tendrán a su cargo su cuidado, así como su desarrollo físico y mental.

Se vio en capítulos anteriores que el vínculo de apego se forma durante los primeros años de vida siempre que exista una figura parental permanente y está comprobado científicamente que el desarrollo mental y emocional del niño, así como la posibilidad de que establezca relaciones afectivas saludables en un futuro dependen de la formación de ese vínculo. Permitir que bebés y pequeños infantes crezcan dentro de una institución es una condena a un daño emocional terrible.

Esto requiere un cuestionamiento de las prioridades que ha de tener el Estado a la hora de diseñar un programa de bienestar infantil. El Estado debe apuntar a que el menor número de niños sufran este tipo de daños y en el caso de los más pequeños promover su adopción expeditiva para evitarlos.

De esta manera, la combinación de un número reducido de personas nacionales de un Estado dispuestas a adoptar más una política restrictiva de la adopción internacional puede llevar a defender opciones alternativas de cuidado infantil, como el llamado *Foster care* o colocación del niño o adolescente dentro de familias, las mismas que son compensadas por el Estado para alojar y cuidar a niños sin cuidado parental, con el fin de no someterlos a una institución pública. Esfuerzos al respecto han sido llevados a cabo y los resultados parecen no ser los mejores<sup>675</sup> y no puede siquiera compararse al cuidado que la familia adoptiva puede

---

<sup>673</sup> Sobre el tema, la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya de 1993, p. 32, señala que *se dice a veces que la correcta interpretación del principio de “subsidiariedad” es que la adopción internacional debe ser vista como “último recurso”*. Esta no es la intención del Convenio. Las soluciones nacionales para los niños, tales como permanecer permanentemente en una institución, o cambiar constantemente de familia de acogida, no pueden, en la mayoría de casos, ser consideradas como soluciones preferibles antes que la adopción internacional. En este contexto, el cuidado institucional es considerado como “último recurso”.

<sup>674</sup> El Comité de los Derechos del Niño se ha manifestado al respecto señalando que las demoras son perjudiciales al interés superior del niño. En un comentario a Filipinas, señala que “(está preocupado) por el extenso proceso que se sigue para declarar a un niño pasible de adopción debido a que resulta en una estadía prolongada en las instituciones”. (Filipinas, CRC/C//Add. 259, párrafo 48).

<sup>675</sup> BARTHOLET, Elizabeth. 2007. Óp. Cit. p. 181.

otorgar a un niño<sup>676</sup>. La principal y más saltante diferencia en es la falta de estabilidad y permanencia de este tipo de medida<sup>677</sup>.

Por otro lado, la mayoría de críticas a la adopción internacional están centradas precisamente en las actividades delictivas como el tráfico infantil, sin tener en cuenta que la exposición mediática de sólo aquellas prácticas delictivas causa en el imaginario colectivo una asociación inexacta de la adopción internacional.

Estas deleznable prácticas existen en la realidad, sin embargo esto no significa que la adopción internacional sea por ello inherentemente corrupta. Esta idea que algunos opositores buscan generalizar colabora con la formación de un estereotipo negativo que puede llegar a provocar políticas restrictivas que no siempre responderán a un análisis adecuado del interés superior del niño. Lo cierto es que la adopción internacional ha ofrecido y viene ofreciendo un hogar a miles de niños en el mundo. Cualquier práctica delictiva conexas debe ser duramente combatida sin que esto deba traducirse en el entorpecimiento de la expedición del procedimiento de adopción.

El argumento de prohibición o restricción innecesaria de la adopción internacional debido a la existencia de riesgos y abusos es una respuesta regulatoria inadecuada pues atenta contra el derecho del niño a vivir en una familia, siempre que esto sea posible, y, además, no ofrece mayor solución a la situación en que viven los niños sin cuidado parental o los efectos psicológicos que la institucionalización tiene en los niños y adolescentes.

Esto no significa que el Estado no deba agotar esfuerzos con el objetivo de reducir los riesgos y contrarrestar los abusos que pueden surgir conexos a la adopción internacional. Como se vio en el acápite anterior, el respeto de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes durante el proceso de adopción responde a su interés superior y, por tanto, los Estados deben preocuparse por diseñar un modelo que reduzca o llegue a eliminar los riesgos de corrupción mediante la búsqueda continua de salvaguardas prácticas y vigilancia contra conductas anti éticas, estudiando con realismo los fines, beneficios y riesgos conexos a la adopción.

---

<sup>676</sup> CARLSON, Richard J. Óp. Cit. p. 762

<sup>677</sup> *Ibidem*.



Empero, no implica la prohibición o restricción de la adopción internacional con medidas como las moratorias o los requisitos y procedimientos innecesariamente largos, sino más bien una reforma de la regulación que garantice un procedimiento con las salvaguardas del caso.

Se puede concluir entonces que la adopción internacional como institución responde al interés superior del niño pues le ofrece la posibilidad de vivir en una familia estable que le permitirá desarrollarse adecuadamente. No obstante, el desafío está en el diseño de un sistema que permita que en cada etapa del proceso de adopción se sean concedidas cuando respondan al interés superior de cada niño en particular y que sus intereses sean promovidos en cada estadio del procedimiento de adopción.

### **5. El Interés superior, el derecho a vivir en una familia y la adopción internacional.**

Si bien no existe un derecho a adoptar por lo que una persona no puede exigir que se le asigne un niño o adolescente tras cumplir ciertos requisitos, cabe preguntarnos si el interés superior de los niños o adolescentes hace que exista que los niños y adolescentes sí cuenten con el derecho a ser adoptados cuando se vean privados de cuidado parental.

De lo ya visto tenemos que el Estado no es el más indicado para ofrecer un cuidado adecuado para los niños y adolescentes sin cuidado parental. Está comprobado que la familia es el mejor medio en que un niño o adolescente puede crecer o desarrollarse, de ahí que la permanencia indefinida de niños y adolescentes dentro de instituciones de bienestar o inclusive totalmente desatendidos en las calles deviene en violatoria de sus derechos humanos causando efectos que se extenderán durante toda su existencia.

Los niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia, y en ausencia de los cuidados de su propia familia, a tener un ambiente familiar adecuado dentro del cual crecer y, en este sentido, a que los Estados agoten esfuerzos por liberarlos de las condiciones existentes en las que viven. Tal obligación se encuentra inscrita en su deber de tomar las medidas apropiadas para el cuidado y protección de niños y adolescentes.

Ya se ha visto que es contrario al interés superior del niño la institucionalización prolongada de niños y adolescentes por razones de cualquier tipo (político, étnico, religioso, económicos, etc.) cuando su bienestar físico, mental y emocional pueda verse comprometido y que la adopción en general es beneficiosa pues precisamente puede ofrecerle a los niños y adolescentes el ambiente familiar al que tienen derecho.

La vulnerabilidad propia de los niños y adolescentes requiere protección especial y un cuidado lleno de amor y comprensión que favorezca a su desarrollo futuro. Esto puede lograrse de mejor forma a través de una familia y ante la imposibilidad de que los niños y adolescentes puedan vivir con su propia familia, la adopción es la mejor opción para ellos. De ahí, que pueda concluirse que una interpretación conjunta del derecho a tener una familia y el principio del interés superior del niño nos lleve a coincidir con aquellos que consideran que la institucionalización viola los derechos del niño cuando existen alternativas viables como la adopción<sup>678</sup> y que el derecho a ser adoptado en cualquiera de sus modalidades existe para los niños sin cuidado parental<sup>679</sup>.

Por tanto, todo Estado que tenga una regulación que impida que los niños o adolescentes pasibles de ser adoptados puedan acceder a esta medida debido a fallas estructurales o dilaciones indebidas, resultar en violatoria de los derechos humanos de los niños y adolescentes sin cuidado parental al fomentar el hacinamiento en instituciones de aquellos que bien pudieran beneficiarse con esta medida de protección.

De ahí que es necesario el diseño de un proyecto de vida permanente para aquellos niños sin cuidado parental que apunte a su adopción siempre que se cumplan con los requisitos de adoptabilidad.

En este sentido, Barrozo<sup>680</sup> defiende la teoría de que los niños y adolescentes sin cuidado parental tienen *derecho* a ser adoptados. Considera que este derecho nace del deber del Estado de protección de su dignidad y del cuidado del florecimiento de su potencial. Este autor explica que el derecho de todo niño a vivir en familia se extiende al derecho a que ante la imposibilidad de reunificación con su familia biológica, el Estado tenga como prioridad la gestión de su adopción.

Más allá del debate sobre la existencia de tal derecho, queda claro que el interés superior del niño crea un deber en los Estados de agotar esfuerzos por la promoción y facilitación de las adopciones como medida de protección permanente cuando los niños y adolescentes no puedan ser reinsertados en sus familias.

---

<sup>678</sup> DILLON, Sara. Óp. Cit. p. 199

<sup>679</sup> BARROZO, Paulo. Óp. Cit. p. 714

<sup>680</sup> Ídem. p. 724

En la práctica, esto deviene en trazar un modelo regulatorio eficiente que permita que más niños se favorezcan con las adopciones, sean nacionales o internacionales.

Para lograr esto en el Perú se requiere el análisis de nuestra regulación a la luz del principio del interés superior del niño y adolescente, el mismo que permitirá identificar las fallas que pueden ser mejoradas para favorecer de mejor forma al bienestar de los muchos niños y adolescentes sin cuidado parental existente en nuestro país. De esto nos ocupamos en el próximo punto.

### **III. Análisis de la regulación nacional actual de la adopción internacional a la luz del interés superior del niño y adolescente.**

De lo visto en el segundo punto podemos concluir hasta aquí que a nivel general el Estado tiene el deber de agotar esfuerzos por proveer de un proyecto de vida permanente a aquellos niños sin cuidado parental que no pueden ser reunificados con sus padres, y que la adopción – tanto nacional como internacional– provee el ambiente familiar permanente que los niños y adolescentes requieren para un desarrollo óptimo de sus potencialidades.

No obstante, el análisis no puede terminar en este punto ya que se hace necesario realizar un análisis de la regulación y prácticas actuales con el fin de evaluar si responden al interés superior del niño y adolescente.

Al estudiar las estadísticas presentadas por la Dirección General de Adopciones y comprobar que desde el año 2007 en adelante no se llegan a realizar siquiera 300 adopciones por año, podría concluirse aceleradamente que el Perú tiene la suerte de tener un número bajo de niños con la necesidad de beneficiarse con esta medida.

No obstante, la realidad es que estos números no concuerdan con los miles de niños y adolescentes que pasan sus días dentro de instituciones que no les ofrecen el nivel de cuidado adecuado que la Convención de los Derechos del Niño les reconoce como derecho.

Para explicarnos esta situación debemos comenzar nuestro análisis desde el momento en que el niño sin cuidado parental entra al sistema de protección estatal. Al respecto, en el capítulo dos de esta tesis se revisaron los distintos tipos de medidas de protección que el código vigente tiene el Estado cuando existe la presunción de un estado de abandono y, luego,

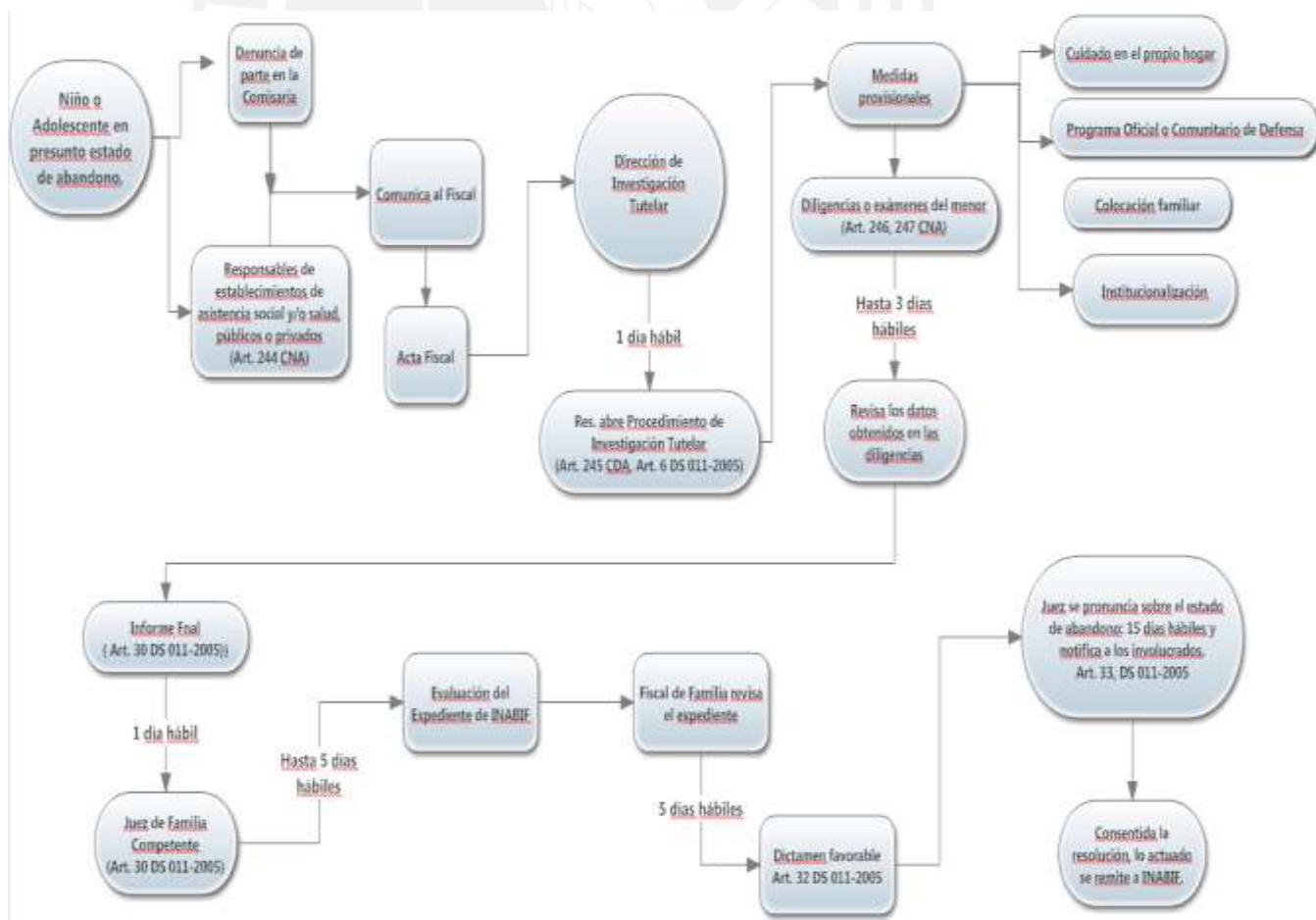
cuando éste ya fue declarado. En este acápite se evaluará el recorrido que debe realizar el niño sin cuidado parental para eventualmente poder acceder a una adopción internacional.

**1. Evaluación del recorrido del niño o adolescente a través del sistema de protección.**

El camino que un niño o adolescente debe seguir para llegar a ser adoptado en nuestro país puede ser dividido en dos etapas. La primera es la etapa mixta, y en el caso de provincias enteramente judicial, en la que previa investigación previa se lo declara en estado de abandono. La segunda etapa incluye el procedimiento enteramente administrativo en el que un niño o adolescente llega a ser asignado y, luego, adoptado.

**A. Primera etapa: etapa pre-adoptiva**

Para que un niño pueda sea adoptado internacionalmente en nuestro país debe ser primeramente declarado judicialmente en abandono por un Juez de Familia. El proceso para llegar hasta este punto puede ser esquematizado de la siguiente forma:



### a. Causales de abandono: ingreso del niño o adolescente al sistema de protección.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 248, establece que el juez puede declarar en estado de abandono a un niño o adolescente siempre que:

- Sea expósito;
- Carezca en forma definitiva de las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta información;
- Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permiten que otros lo hicieran;
- Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y los hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda este plazo;
- Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con evidente propósito de abandonarlo.
- Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas para ser promovido en adopción;
- Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia;
- Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- Se encuentre en total desamparo.

En el capítulo dos se explicó en detalle cada una de estas causales. No obstante, cabe preguntarnos si la estipulación de estas causales es suficiente para servir al interés superior del niño y adolescente ya que como se revisó en el acápite anterior, el interés superior debe ser respetado en cada etapa del proceso de adopción desde su entrada al sistema de protección nacional.

Podemos empezar por comentar que si bien el Código de los Niños y Adolescentes hace bien al mencionar que la carencia de recursos materiales no puede dar lugar a la declaración del estado de abandono, la última causal de “total desamparo” termina siendo un cajón de sastre que puede permitir y, como vimos, en efecto hace que muchos niños entren dentro del sistema de protección por razones de pobreza.

Esto naturalmente debería evitarse con la elaboración de programas estatales que ofrezcan una ayuda efectiva a aquellos padres que no pueden sustentar adecuadamente a sus hijos con el fin de que se mantengan con ellos en la medida de lo posible, y así evitar su institucionalización y posible declaración de abandono posterior.

Por otro lado, dentro de las causales del estado de abandono se contempla la causal de entrega voluntaria de un niño para su adopción. Es decir, los padres de un niño o adolescente tienen la posibilidad de ceder o renunciar a los derechos y responsabilidades respecto de su hijo con el fin de prestar su consentimiento para una adopción posterior.

Esto es muy importante porque nuestra legislación contempla un camino formal para que un padre o madre puedan dar en adopción a su hijo presentándolo a instituciones públicas o privadas. No obstante, genera sorpresa que más allá de esta mención en el Código del Niño y Adolescente no se encuentra mayor difusión de esta información en el portal institucional de la Dirección General de Adopciones.

Una búsqueda simple en la internet al respecto demuestra la existencia de muchos foros en los que las personas buscan personas que buscan dar a sus bebés por nacer o recién nacidos en adopción directamente a personas interesadas, demostrando un total desconocimiento del procedimiento a seguirse para que una adopción sea legal.

La falta de información de los canales formales para que una persona pueda dar a su hijo en adopción puede explicarse por el interés del Estado en prevenir que los padres se deshagan de sus responsabilidades naturales de esta forma. No obstante, la falta de información generalmente termina por generar abandonos causando la pérdida de información esencial que deviene en importantísima en una adopción posterior, así como las entregas directas informales de los padres a otras personas con el fin de que se encarguen del cuidado de los niños y adolescentes<sup>681</sup>, o incluso la entrega informal para el cuidado de otras personas de los niños y adolescentes que no pueden ser atendidos por sus padres.

La Guía de Buenas Prácticas No. 1 del Convenio de la Haya de 1993 menciona que el abandono es común, en particular, en los países que no contemplan un mecanismo formal para la entrega directa, y en los países sin servicios para familias en crisis o, de existir, no tienen un desempeño adecuados<sup>682</sup>. Se puede agregar que algo similar sucede cuando a pesar de la existencia de estos mecanismos, la información no es adecuadamente difundida.

No debe olvidarse que sobre todo en el caso de los bebés e infantes se hace muy importante la gestión de su adopción expeditiva con el fin de que pase el menor tiempo posible en una institución y pueda forzar los lazos de apego esenciales para su futuro desenvolvimiento afectivo.

---

<sup>681</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 75.

<sup>682</sup> Ídem. p. 74.

En la reunión sostenida con una representante de la Dirección General de Adopciones<sup>683</sup> se comentó que en la práctica las madres que se acercan expresando su deseo de entregar a su hijo en adopción, reciben un asesoramiento previo en el que se les explica las consecuencias del mismo. De mantenerse en su decisión, se debe abrir una Investigación Tutelar para una eventual Declaración de Abandono Judicial del niño o adolescente con el fin de que sea adoptado.

Nos comentó la Dra. Sáenz que éste caso es mucho más expeditivo que el realizado ante el abandono ya que no se realizan las investigaciones que dilatan la Investigación Tutelar. Debe recordarse que los niños abandonados tienen más posibilidades de pasar tiempo en instituciones esperando a que se lleven investigaciones con el fin de reintegrarlos a sus familias.

En el caso de que una madre desee dar a su hijo en adopción, durante la Investigación Tutelar se investigan los motivos tras su decisión, se le explican las consecuencias de su renuncia y se realizan evaluaciones sociales, psicológicas y otras que determinan que el consentimiento es válido<sup>684</sup>. Además, se busca encontrar a un familiar que pueda querer asumir el cuidado del niño, y no de ser posible, debe ser explicado así en el Informe y el juez procederá a declarar su abandono<sup>685</sup>.

La difusión de esta opción no sólo crea conciencia de la cultura de la adopción, sino reduciría el número de niños abandonados e incluso el número de abortos realizados clandestinamente en nuestro país.

Esto no significa que el Estado aliente a los padres a renunciar a sus hijos. Por el contrario, una regulación adecuada incluiría la necesaria asesoría antes de tomar esta decisión así como el ofrecimiento de asistencia que pueda hacer que se reduzca la influencia de la pobreza en esta decisión.

## **b. Programas de preservación de la familia**

Todo sistema de protección que responda al interés superior del niño y adolescente debe contar con programas de asistencia estatal que ayuden a los padres a satisfacer las

---

<sup>683</sup> Reunión realizada el 15 de abril de 2013 con la abogada María del Pilar Sáenz Anduaga en las instalaciones de la Dirección General Adopciones tras la amable intermediación de la Sra. Eda Aguilar, Secretaria Nacional de Adopciones.

<sup>684</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. "Perfil del País para la Adopción Internacional". Estado de Origen. Respuestas del Perú. p. 8

<sup>685</sup> *Ibidem*.

necesidades de sus hijos. Y con el fin de lograr una mejor asistencia deberán examinarse las razones más comunes por las que las familias entregan a los niños o los abandonan<sup>686</sup> con el fin de dirigir futuros esfuerzos asistenciales a estas causas.

Actualmente INABIF tiene el programa INABIF en Acción, un servicio que busca atender situaciones de emergencia social, mediante atención directa a personas y/o familias en situación de pobreza y pobreza extrema, enfrentadas a inminente riesgo o vulnerabilidad, y que no puede atender o resolver por sí mismos. No obstante, este programa cuenta con cuatro unidades operativas que se ubican tan sólo en la región de Lima<sup>687</sup>.

A su vez, existen los Centros de Desarrollo Integral de la Familia (Cedif), que son locales que ofrecen servicios y promueven actividades para el desarrollo personal y social de la población en situación de pobreza, pobreza extrema y riesgo social. Actualmente existen 21 Cedif (12 en Lima y 9 en provincias), ubicados en zonas urbanas marginales y rurales<sup>688</sup>.

Los Cedif ofrecen servicios como el cuidado diurno (estimulación temprana y recreación), promoción del adolescente (reforzamiento escolar, talleres de orientación y apoyo nutricional), consejería familiar, escuela de padres y defensoría del niño y la familia, principalmente.

Debe recordarse que distintos instrumentos internacionales establecen el deber del Estado de tomar medidas apropiadas para que los niños se mantengan en su familia de origen. Siendo que la pobreza o las dificultades económicas, la violencia doméstica y el abuso de sustancias<sup>689</sup>, entre otros, los programas de asistencia estatales deberían dirigirse a luchar contra estas causas. Sobre todo teniendo en cuenta que la pobreza no debería ser un factor por el que los padres se vean privados de sus hijos.

---

<sup>686</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 76

<sup>687</sup> Para poder ver el mapa con los servicios proporcionados por INABIF: <http://www.inabif.gob.pe/portalweb/uo/index.php>

Uno en la sede institucional del INABIF, un Módulo en San Juan de Lurigancho, un Módulo en Puente Piedra y un Módulo en Ventanilla, Callao. Entre las estrategias de intervención se encuentran la atención de casos sociales (previa visita domiciliaria), intervención en campo (campañas y otros) con un enfoque de Prevención y Promoción Familiar y en alianza estratégica con organismos estatales y no gubernamentales, a fin de contribuir a mejorar la calidad de vida de la población usuaria. En: <http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebugdpr/index.php?id=aW5kZXgzYi5waHA=>

<sup>688</sup> INABIF. En: <http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebugdipv/index.php?servicio=2&val=1&id=aW5kZXgyMy5waHA%3D>

<sup>689</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 77.



Por lo que hemos visto, los programas mencionados con los que cuenta nuestro país son a todas luces insuficientes en cuanto a número y a calidad de servicio para todo nuestro país.

Se puede concluir entonces que actualmente el Perú no cumple con tener servicios adecuados para familias en crisis y preservación de la familia, lo que resulta notablemente contrario al interés superior del niño y adolescente<sup>690</sup>.

### c. Medidas de protección temporal

Una vez que la Dirección de Investigación Tutelar es informada del presunto abandono de un niño o adolescente, esta entidad abre una Investigación Tutelar con el fin de tomar medidas de protección provisionales de confirmarse que encaja en una de las causales de ley. Dentro de estas medidas se encuentran: el cuidado en el propio hogar, la participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social, la incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y la institucionalización. Estas medidas buscan menguar una situación de desamparo ya existente.

Cabe mencionar que estas alternativas se dan sólo ante un presunto estado de abandono previamente denunciado a la policía, o comunicado por las instituciones de salud o albergues, como puede verse en el esquema.

El cuidado en el propio hogar, como su nombre lo indica, es un apoyo y monitoreo que se lleva a cabo sin separar al niño o adolescentes de su familia, cuando los hechos que configuran la situación de abandono no significan mayor gravedad y no ponen en riesgo la integridad física y psicológica del niño y adolescente<sup>691</sup>. El Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social tampoco requiere una separación y es una medida que puede darse en conjunto con cualquier otra.

La colocación familiar o familia sustituta por su parte mantener al niño en un ambiente familiar considerándose primariamente el grado de parentesco de la familia que vaya a asumir su cuidado, prefiriéndose a quienes permanecen en el entorno local del niño<sup>692</sup>. Así, para evitar la institucionalización del niño o adolescente, la Dirección de Investigación Tutelar está facultada a disponer de forma inmediata esta medida a los familiares del niño o

---

<sup>690</sup> Ídem. p. 76

<sup>691</sup> Decreto Supremo 011-2005-MIMDES. Artículo 23.

<sup>692</sup> Artículo 105 del Código de los Niños y Adolescentes y Decreto Supremo 011-2005-MIMDES. Artículo 25.

adolescente<sup>693</sup>, luego de una constatación domiciliaria y evaluación psicológica, facultando que los familiares puedan presentar los documentos requeridos en el plazo de 10 días. Ahora bien, también existe la posibilidad de que puedan ser cuidados por familias previamente calificadas y registradas<sup>694</sup>.

La norma no incluye guía alguna para la elección de una medida sobre otra, dejándose a criterio del ente administrativo o el juez elegir la medida que considera satisface el interés superior del niño o adolescente en cuestión. No obstante, el mismo artículo menciona que se ha de tener como prioridad del fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios así como el tratamiento de los casos como problemas humanos.

Un análisis a la luz del interés superior de niño y adolescente lleva a concluir que la última opción debería ser la institucionalización. No obstante, para aquellos niños que no pueden permanecer en su familia nuclear o extendida, la colocación no familiar no es una opción realmente alternativa pues esta opción está todavía en el proceso de difusión y no existe aún una red extensa de familias acogedoras.

Por tanto, la institucionalización termina siendo la única alternativa real para la mayoría de niños en presunto estado de abandono, lo cual termina siendo contrario a su interés superior debido a la realidad que los niños viven en los CAR no es la apropiada para su desarrollo.

Según el estudio de la Defensoría del Pueblo de sobre la realidad vivida en 80 CAR bajo administración estatal y a partir de los testimonios otorgados por los niños y adolescentes, así como el análisis de su manejo, se concluyó que estas instituciones tienden más a la satisfacción de sus necesidades materiales inmediatas y no existe un esfuerzo real por la reinserción familiar.

El tiempo promedio de permanencia en los CAR es de tres años. El 38.4% de los niños que permanecen en estos ambientes tienen entre uno y cinco años<sup>695</sup>. El 66.3% de niños y adolescentes mantienen algún vínculo con sus padres, de ahí que el trabajo de reinserción familiar debería ser prioritario y, el seguimiento debe ser tal, que de caer en la causal de desatención por un periodo de 6 meses deba ser promovido para su adopción.

---

<sup>693</sup> DECRETO SUPREMO 011-2005-MIMDES. Artículo 28. Los documentos requeridos son: a) Copia del Documento Nacional de Identidad; b) Partida de Nacimiento; c) Certificado de Antecedentes Penales; d) Certificado Domiciliario; e) Certificado Médico de Salud, con antigüedad no mayor de tres (3) meses, expedido por un Centro de Salud o Institución autorizada adjuntando los resultados de los exámenes VIH, VDRL y rayos X de Pulmones; y, f) Documentación que sustente sus ingresos económicos. 2011. p. 11,

<sup>694</sup> INABIF. "Instructivos Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar". 2011. P. 11

<sup>695</sup> Ídem. p. 438

El estudio dejó ver también la situación deficiente de los CAR en cuanto a infraestructura, número de personas que trabajan en los CAR, y que el equipo técnico necesario y los niveles remunerativos del personal no es la mejor. También se evidenciaron la existencia de castigos físicos y humillantes como medidas disciplinarias así como la prohibición de realizar actividades recreativas.

UNICEF<sup>696</sup> ha resaltado que el costo de mantener un niño en un centro residencial es más alto que el de ofrecer ayuda previa a la familia para que puedan criar al niño y adolescente. Por tanto, el cuidado institucional se convierte en una forma muy cara además de desventajosa de cuidar a los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad.

Se puede concluir que en los casos que la institucionalización es inevitable, deberá hacerse lo posible por reducir la estadía de los niños o adolescentes buscando soluciones alternativas temporales como la colocación y, realizando con celeridad las investigaciones que lleven a determinar si una solución permanente es necesaria.

Con el fin de reducir el uso de las instituciones debe potenciarse debidamente la alternativa de la colocación familiar, con una adecuada financiación estatal con el fin de que más niños puedan beneficiarse de un ambiente familiar adecuado.

#### **d. Declaración de abandono**

Una vez que la Investigación Tutelar ha terminado luego de realizarse las averiguaciones del caso de la situación del niño, su examinación física y psicológica, se han llevado a cabo las visitas sociales y los intentos de reinserción familiar de aplicarse o se han agotado intentos por ubicar a los padres del niño presuntamente abandonado, se remite al Ministerio Público para su opinión con el fin de que el expediente esté expedito para que el juez pueda pronunciarse sobre el estado de abandono del niño, quien pasará luego a ser registrado en el Programa de Adopciones.

Como se ve en el esquema antes presentado, si bien existen plazos para los informes, la remisión de documentos y la realización de diligencias, no existe un plazo establecido o máximo para llevar a cabo la investigación tutelar. Como se mencionó en el Capítulo II, las investigaciones tutelares llevadas a cabo en vía judicial demoran muchos años, y la instancia administrativa no hace un trabajo mucho mejor al respecto. Esta falta de plazos y las

---

<sup>696</sup> UNAIDS, UNICEF y USAID. Óp. Cit. p.20

dilaciones propias de la carga procesal hacen que muchos niños y adolescentes tengan una estadía indefinida en un CAR.

Si a esto se le agrega la inexistencia de un sistema adecuado de registro nacional de niños y adolescentes que incluya tanto a los CARS como a los albergues privados, así como un monitoreo y control continuo que permita tener las cifras claras de los niños dentro del sistema de protección, el número de niños ingresados como medida provisional, las medidas tomadas en busca de la reinserción familiar, su comunicación o incomunicación con sus padres o responsables legales, y el tiempo que llevan dentro de estas instituciones, la situación se agrava

La representante de la Dirección General de Adopciones con quien nos reunimos nos hizo referencia de que cuando esta entidad llevaba por nombre la Secretaría Técnica de Adopciones existía un equipo llamado de Impulso Tutelar, el mismo que se encargaba de impulsar la Investigación Tutelar, que en esa época se llevaba a cabo sólo judicialmente, mediante la revisión de expedientes de los niños y adolescentes con el fin de identificar aquellos casos potenciales de ser promovidos a adopción, se acompañaban y hasta conducían a estos niños a la realización de los exámenes que deben realizarse por ley en medio de esta investigación y asistían al juez a la hora de señalar los casos ya listos para la declaración de abandono.

De esta forma la Investigación Tutelar seguía las exigencias de ley pero de manera más rápida con su asistencia. Hoy en día, la Dirección General de Adopciones no cuenta con esta función por la razón de que entre sus funciones no está el seguimiento de la Investigación Tutelar y porque se entiende que esta función está asumida por la Dirección de Investigación Tutelar. Sabemos ya que en provincias la investigación tutelar sigue siendo judicial y, por tanto, toma mucho más tiempo debido a la carga procesal. Incluso en Lima, donde es realizada administrativamente, no se da prioridad a la identificación de niños que pueden ser adoptados porque la función de este organismo es realizar la Investigación Tutelar de todo niño en presunto estado de abandono, sin especial atención a ningún caso particular.

Al eliminarse este servicio de asistencia se ha generado que niños y adolescentes que bien podrían ser adoptados más rápidamente, sigan permaneciendo en las instituciones durante largos periodos. Sería importante volver a considerar entregar esta facultad a la Dirección General de Adopciones.

Por otro lado, no pude dejar de mencionarse la falta de control del Estado de la administración de los hogares o albergues privados, los mismos que reciben niños y niñas sin mediar investigación tutelar y que, por tanto, en la práctica resultan estar fuera del sistema de protección estatal y no podrán ser declarados en estado de abandono perdiendo toda expectativa de ser adoptados.

Ahora bien, no sólo existen dilaciones en la realización de la Investigación Tutelar sino que en el mismo proceso de Declaración de Abandono Judicial. No existen estadísticas oficiales llevadas a cabo por el Poder Judicial sobre el número de declaraciones judiciales de abandono realizadas por año, no obstante en una investigación realizada por la Dra. Bennett Oyarzu<sup>697</sup> pudo comprobar que en un juzgado en el periodo del 2008 al 2009 se declararon en abandono a sólo 9 niños y adolescentes.

Además, es preocupante también saber que de 19 873 niños y adolescentes que al 2009 se consideraba vivían dentro de instituciones públicas o privadas, sólo el 13.5% contaban con declaración de abandono<sup>698</sup>.

En la reunión sostenida con la representante de la Dirección General de Adopciones se nos comentó que cuando INABIF llevaba a cabo las investigaciones tutelares, éstas presentaban muchas veces fallas que causaban que el juez devolviese lo actuado a esa institución para subsanar las fallas causando demoras. Al preguntar la razón tras este trabajo inadecuado, nos explicaron que debido a que INABIF se manejaba por criterios de cumplimiento de un número de investigaciones tutelares meta por mes, la calidad de las mismas estaban gravemente comprometidas resultando en mayores dilaciones.

La conjunción de estos problemas lleva a que exista un número aparentemente reducido de niños adoptables. La realidad es otra pues las dilaciones propias de la ineficiencia del sistema de protección, la carga procesal de tanto la Dirección de Investigación Tutelar como de los Juzgados de Familia hace que muchos niños y adolescentes pasibles de adopción permanezcan en instituciones viendo con el pasar de cada día reducida sus posibilidades de ser promovidos en adopción.

Se hace evidente la urgencia de una regulación más eficiente del sistema de protección infantil de nuestro país. En este sentido, se requiere el personal y los recursos adecuados para poder llevar a cabo un trabajo de registro, ayuda personalizada, monitoreo y control de las

---

<sup>697</sup> OYARZU, Bennet. Óp. Cit. p. 304.

<sup>698</sup> *Ibidem*.

instituciones públicas y privadas en la aplicación de las medidas provisionales y permanentes que se estimen convenientes con el fin de que ningún niño pueda estar “fuera del sistema”, como sucede en la práctica, y puedan agotarse todos los esfuerzos porque el niño o adolescente sea reinsertado en su familia, sea colocado en un ambiente familiar o institucional adecuado temporalmente, o pueda llegar a ser adoptado de manera expeditiva.

Además, se considera que deben crearse juzgados especiales tutelares que se encarguen exclusivamente de este tipo de la Investigación Tutelar y el proceso de Abandono, asistidos por un equipo de impulso tutelar de parte de la Dirección General de Adopciones con el fin de identificar con mayor celeridad a aquellos niños pasibles de adopción.

De preferirse que la investigación tutelar sea sólo administrativa, entonces el Estado debería invertir los recursos necesarios para que la Dirección de Investigación Tutelar pueda llevar a cabo las investigaciones tutelares en todo el país de manera adecuada.

Debe recalarse que toda dilación es contraria al interés superior del niño y adolescente y que, por tanto, nuestro actual sistema de protección del Perú no provee a los niños y adolescentes de un estándar de cuidado y protección adecuados que apunte a su acceso a un proyecto de vida permanente adecuado.

Otro problema encontrado se da luego de la declaración de abandono judicial. Esta declaración tiene como efecto inmediato la pérdida de la patria potestad de los padres<sup>699</sup>. No obstante, nuestra ley no contempla quién asume la patria potestad de este niño o adolescente aún no adoptado. Es claro que el Estado tiene la obligación de proteger y asistir al niño o adolescente en situación de abandono pero no se señala si la patria potestad recaerá en la institución o las personas que lo tienen acogido. Esta situación de limbo legal debe ser solucionada.

## **B. Segunda Etapa: Medidas de protección permanente**

Ya vimos que en la primera parte que en nuestro sistema de adopción existen graves deficiencias que devienen en dilaciones y la reducción del número de niños adoptables. En esta segunda etapa se evaluará el procedimiento de adopción una vez el niño es declarado adoptable.

---

<sup>699</sup> Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 77: La Patria Potestad se extingue o pierde: (...) c) Por declaración judicial de abandono (...).

El Estado debe agotar esfuerzos por que el niño permanezca con su familia de origen o con su familia extendida. De no ser esto posible, como en el caso de niños abandonados o que son desatendidos por más de 6 meses en las instituciones, podrán ser adoptados, preferiblemente dentro de una familia dentro del país de origen y subsidiariamente con una pareja extranjera.

El desarrollo un proyecto de vida permanente para los niños que no pueden ser reinsertados en su familia con la debida celeridad del caso responde al interés superior del niño y adolescente. Es importante resaltar que las opciones permanentes como la adopción siempre han de ser preferidas a las opciones temporales. Por tanto, el interés superior del niño exige que la adopción, de cualquier tipo, sea una opción preferible a la colocación en familias acogedoras y la institucionalización.

Cualquier retraso en la elaboración del proyecto de vida es contrario al interés superior del niño<sup>700</sup> y si éste es debido a un sistema de protección deficiente, es obligación del Estado rediseñarlo y adecuar sus procedimientos y actuaciones a lo que mejor beneficie a los niños y adolescentes.

Nuestra regulación contiene tres tipos de adopción. Una de ellas es la adopción de mayores de edad y la adopción judicial por excepción de niños y adolescentes, así como la adopción administrativa de niños adolescentes, la misma que puede dividirse entre adopción nacional e internacional.

Es esta última adopción la que nos concierne directamente. La Dirección General de Adopciones, entidad que desarrolla el llamado Programa de Adopción<sup>701</sup> y, por tanto, gestiona las actividades que buscan brindar un hogar definitivo a un niño o adolescente, es la encargada de llevar a cabo el trámite el procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes judicialmente declarados en abandono, entre otras funciones<sup>702</sup>.

---

<sup>700</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p.80.

<sup>701</sup> Artículo 121, Código de los Niños y Adolescentes, artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 26981 y artículo 5 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 010-2005-MIMDES .

<sup>702</sup> Según el Portal Web de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES, en concordancia con el artículo 3 del Reglamento de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, Ley 010-2005-MIMDES, sus funciones son: a. Proponer al Despacho Vice Ministerial de la Mujer la política nacional, planes y programas en materia de adopciones y fiscalizar su cumplimiento; b. Proponer las normas para el desarrollo del programa de adopciones; c. Impulsar y desarrollar el programa de adopción de niñas, niños y adolescentes judicialmente declarados en abandono; d. Proponer la suscripción de convenios en materia de adopciones internacionales con los gobiernos extranjeros. e. Acreditar a las entidades colaboradoras de adopción internacional en el Perú, previamente autorizadas por su Autoridad Central; así como determinar el número de instituciones, el número de expedientes en lista de

A diferencia de lo que sucede en otros países, el procedimiento de adopción sea nacional o internacional es realizado estrictamente por la Dirección General de Adopciones sin intervención de otras autoridades públicas u organismos acreditados. En otros países como es el caso de Colombia, Chile y Estados Unidos, partes del procedimiento de adopción son delegadas a organismos acreditados, entidades públicas o privadas.

Cuando el niño y adolescente es declarada en estado de abandono por el Juez de Familia, éste comunica lo actuado a la Dirección General de Adopciones. En la conversación sostenida con la representante de la Dirección General de Adopciones se nos manifestó que si bien sólo pueden promoverse en adopción niños y adolescente previamente declarados en abandono, esto no significa que todo niño declarado en abandono sea adoptable.

Este deslinde se realiza en la práctica pues no aparece en ninguna norma. Trabajadores capacitados del Equipo de Evaluación Integral de la Dirección General de Adopciones tienen a su cargo la evaluación de la adoptabilidad del niño o adolescente. Al final de la misma redactan un Informe en el que declaran que el niño es pasible de ser adoptado. Los criterios y el procedimiento exigible para declarar esta adoptabilidad no aparecen tampoco en ninguna norma y, según se nos refirió, están en proceso de elaborarlos.

En las respuestas ofrecidas a los cuestionarios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado sólo se menciona el requisito de declaración de abandono para la promoción en adopción. Sería recomendable ser más explícitos en cuanto lo comentado anteriormente.

Otro comentario merece la inexistencia de un registro formal de los casos de niños y adolescentes declarados en abandono que llegan a la Dirección General de Adopciones para su gestión. La representante de la Dirección General de Adopciones nos comentó que actualmente manejan un registro interno que está, según nos dijo, en proceso de formalizarse.

---

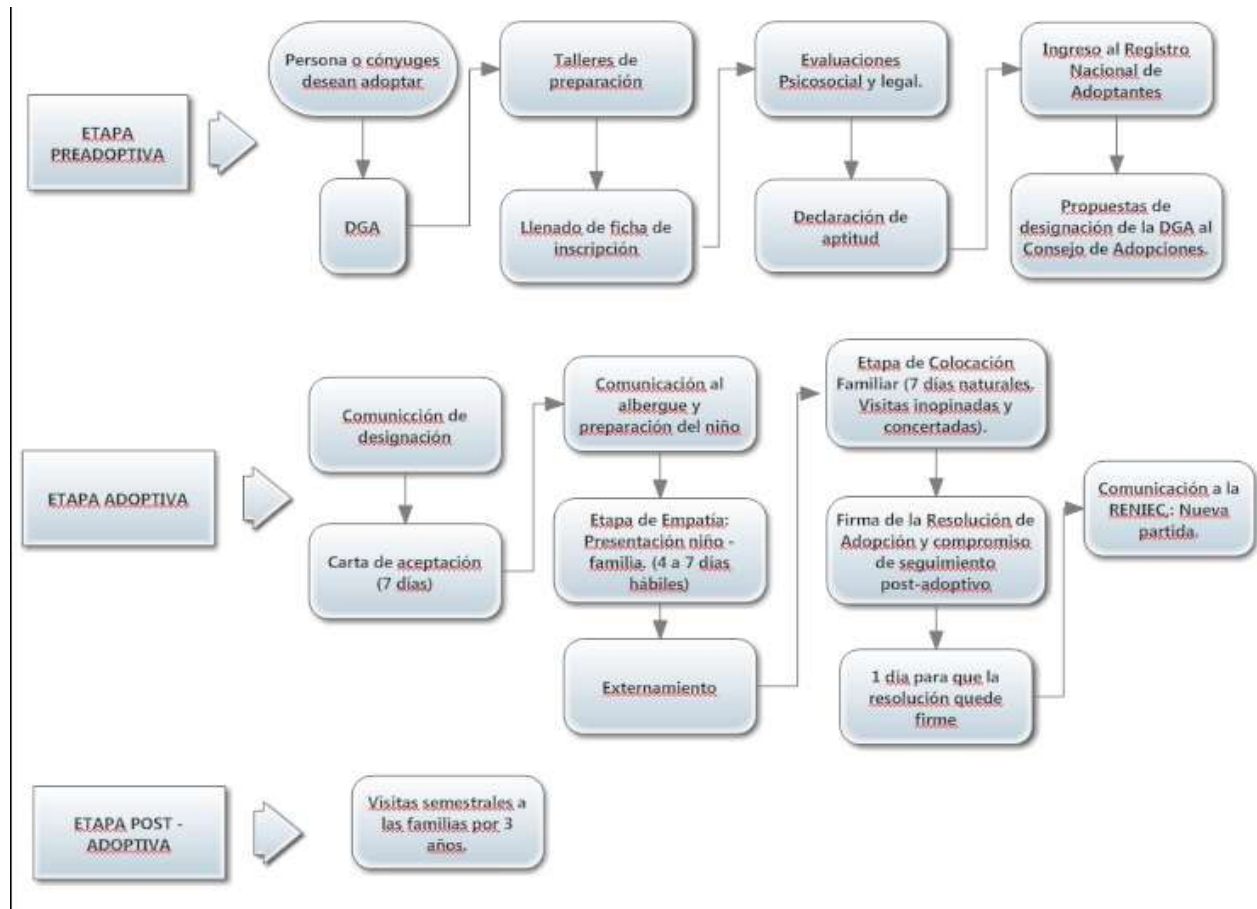
espera y la rotación de cada una de ellas para la designación; f. Dictar las políticas administrativas y operativas que deben observarse a nivel nacional e internacional respecto al desarrollo del programa de adopciones; g. Realizar la evaluación y selección de los adoptantes, emitir los informes técnicos y las propuestas de designación de los niños, niñas y adolescentes, judicialmente declarados en abandono; h. Tramitar el procedimiento administrativo de adopción de niñas, niños y adolescentes judicialmente declarados en abandono, emitiendo las respectivas resoluciones administrativas.; i. Recibir información sobre los procesos de investigación tutelar que realiza la instancia administrativa del MIMDES competente en la materia, j. Realizar el seguimiento post adoptivo de las niñas, niños y adolescentes adoptados por un período de tres años tratándose de adopciones nacionales y cuatro de adopciones internacionales; k. Llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono; l. Llevar y mantener el Registro Nacional de Adoptantes; m. Coordinar con los Juzgados, Fiscalías, Oficinas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y demás instituciones públicas o privadas, para el cumplimiento de sus fines, n. Informar, difundir y sensibilizar sobre el procedimiento y alcances del programa de adopción; o. Velar por el cumplimiento de la normatividad en materia de adopciones, p. Coordinar con el INABIF la investigación tutelar de los niños, niñas y adolescentes hasta la declaración de abandono; q. Las que sean propias para el cumplimiento de sus fines.

En: [http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1576&Itemid=400](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1576&Itemid=400)



### a. Adopción nacional

El procedimiento a seguirse para que una adopción nacional fue ya desarrollado en el capítulo y puede ser esquematizado de la siguiente forma<sup>703</sup>:



Como puede verse en el esquema, la Dirección General de Adopciones selecciona los eventuales adoptantes y una vez que un niño o adolescente es declarado judicialmente en abandono, tras una evaluación previa, el Equipo de la Dirección General de Adopciones propone al Consejo Nacional de Adopciones ternas o duplas de adoptantes a favor del niño o adolescente pasible de adopción. El Consejo Nacional de Adopciones el que designa al adoptante más idóneo o compatible de acuerdo a las características de los adoptantes.

La elección de las personas más idóneas para adoptar debe tener en cuenta el principio de subsidiariedad. La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de la Haya de 1993<sup>704</sup> establece que en todo diseño apropiado del sistema de adopción ha de tenerse en cuenta primeramente

<sup>703</sup> Cuadro elaborado a partir de la información brindada por la Dirección General de Adopciones en portal institucional. En:

[http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=340&Itemid=348](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=340&Itemid=348)

<sup>704</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 79.

el principio de subsidiariedad, el mismo que insta a que los Estados hayan examinado las posibilidades de colocación nacional antes que las internacionales.

Interpretado a la luz del principio de interés superior del niño, esto lleva a que concluyamos que se han de preferir las alternativas permanentes nacionales antes que las internacionales, es decir, se preferirá dar en adopción a un niño o adolescente a una familia nacional antes que extranjera.

Con el fin de una aplicación adecuada del principio de subsidiariedad, varios Estados han desarrollado procedimientos para asegurar que se agoten esfuerzos apropiados por asignar al niño a familias nacionales, entre ellos está la existencia de periodos fijos tras cuyo cumplimiento el niño o adolescente es pasible de ser adoptado internacionalmente.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esta preferencia no debe ser absoluta. Se reconoce que si bien encontrar una familia en el país de origen es preferible, una adopción internacional siempre será preferible a una medida de tipo temporal (como es el caso de las colocación dentro de familias sustitutas) en el país de origen<sup>705</sup>.

Esto debe tenerse especialmente en cuenta a la hora de diseñar el sistema de protección ya que se considera que el interés superior del niño apunta a que se elabore un proyecto de vida permanente que tenga como fin la adopción, de no ser posible la reinserción familiar. Cualquier otra medida como lo pueden ser las familias sustitutas o el acogimiento familiar si bien mucho mejores que la institucionalización, no deben ser entendidas más que temporales y que deberán cesar al momento de que la adopción, sea nacional o internacional, del niño o adolescente sea factible.

Así lo recalca la Guía de Buenas Prácticas No. 1 al mencionar que interpretar a la adopción internacional como último recurso no responde al interés superior del niño y adolescente y no es la intención del Convenio. Las soluciones nacionales para los niños y adolescentes como la permanencia en una institución o el cambio de familia de acogida constante no son soluciones preferibles a la adopción internacional<sup>706</sup>.

Siendo esto así nos toca evaluar la aplicación del principio de subsidiariedad en nuestro país. Este principio se aplica cuando el Consejo de Adopciones debe designar a la familia que mejor se adecúa a las necesidades del niño o adolescente a adoptarse.

---

<sup>705</sup> Ídem. p. 32.

<sup>706</sup> Ibídem

Una vez que un niño es declarado en estado de abandono y considerado adoptable por la Dirección General de Adopciones, un equipo interdisciplinario de psicólogos, trabajadores sociales y abogados de acuerdo a criterios como las necesidades del niño o adolescente, su historia de vida, el tiempo de institucionalización, etc. presentan como propuestas de familias en ternas, duplas o designación directa para el caso de las adopciones prioritarias (programa Ángeles que aguardan).

Al realizar las propuestas, la Dirección General de Adopciones busca en el Registro Nacional de Adoptantes a familias peruanas que tienen condiciones similares que puedan responder a las necesidades del niño y, a la vez, acepten las características presentadas por el niño o adolescente. Sólo de no haber familias peruanas aptas para un niño en particular, se estudiará si existen familias extranjeras que puedan ser aptas para la adopción de un niño<sup>707</sup>.

En el cuestionario para el Perfil de Estado de Origen que respondió el Perú ante la Conferencia de Derecho Privado de la Haya, mencionó que muchos de los niños que son propuestos tienen antecedentes familiares (alcoholismo, drogadicción, enfermedades mentales, incesto, etc.) o son niños mayores que parejas nacionales rechazan por lo que son propuestos para familias extranjeras de contarse en la lista de espera con niños acepten tales características ante el Consejo de Adopciones. De forma similar aunque en designación directa se realiza la propuesta de los niños que entran dentro del programa de adopciones prioritarias<sup>708</sup>.

Debido al número reducido de niños adoptables, en la práctica las parejas extranjeras son propuestas para aquellos niños o adolescentes que son previamente rechazados por las parejas nacionales.

En cuanto a la promoción de la adopción nacional, en nuestro país es todavía incipiente. Se requiere mayor trabajo en la llamada cultura de la adopción pues históricamente nuestro país tiene un índice bajo de adopción nacional. Aun luego de la aplicación del principio de subsidiariedad, un número de mayor número de niños son destinados a la adopción internacional que a la nacional, como puede verse en las estadísticas presentadas por la Dirección General de Adopciones.

---

<sup>707</sup> Así lo manifestó la representante de la Dirección General de Adopciones en la entrevista antes mencionada.

<sup>708</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 81.

Actualmente existen tan sólo sesiones informativas para las personas que manifiestan un interés previo para adoptar mas no existen campañas masivas de información y difusión de las ventajas que trae la adopción.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ADOPTADOS POR TIPO DE ADOPCIÓN<sup>(1)</sup>  
2007 - 2013\*

AÑO	NACIONAL	INTERNACIONAL	TOTAL
2007	81	144	225
2008	96	143	239
2009	101	145	246
2010	95	163	258
2011	74	130	204
2012	81	122	203
2013*	6	4	10

\* Información al 31 de enero.

Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

(1) El tipo de adopción esta relacionado al lugar de residencia de los/as solicitantes.

Hacer que la adopción sea considerada una opción para el cuidado de niños sin cuidado parental requiere una concientización de toda la población de los beneficios de la misma en los niños y adolescentes, así como en la responsabilidad compartida que como miembros de una nación debe tenerse por los más indefensos miembros de nuestra comunidad.

Las formas en que puede promoverse la adopción en nuestro país son mediante campañas publicitarias o anuncios públicos. Hacer que la adopción nacional sea parte del debate público es una forma importante de darle mayor popularidad y exposición mediática. El Perú tiene mucho por trabajar en este sentido.

Consideramos que es un buen paso el que ha dado la Dirección General de Adopciones al crear recientemente la Dirección de Capacitación y Registro de la Información, siendo una de sus funciones el formular implementar y conducir planes de Promoción de la Cultura de la Adopción así como la promoción de una cultura de adopción que permita a la niña, niño o adolescente la restitución de su derecho a vivir en el seno de una familia<sup>709</sup>. Quedamos a la espera de los frutos de su trabajo.

Claro está que generar un incremento de padres adoptivos nacionales implica también redoblar esfuerzos por la capacitación y asesoramiento de los mismos antes de su aprobación como padres adoptivos. Al respecto la Dirección General de Adopciones realiza un muy buen

<sup>709</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. Portal Institucional. En:  
[http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=415&Itemid=360](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=415&Itemid=360)

trabajo en la actualidad llevando a cabo Sesiones Informativas para aquellas personas que muestran interés por adoptar<sup>710</sup>, como parte de lo que se llama la etapa pre adoptiva.

Ciertamente es necesario el establecimiento de criterios y procedimientos de evaluación de la aptitud y adecuación de los futuros adoptantes que busquen la protección del interés superior del niño en cada etapa del procedimiento. Al respecto nos extenderemos en el próximo acápite al evaluar el procedimiento de adopción internacional en nuestro país.

## **b. Adopción Internacional**

La adopción internacional de niños y adolescentes en nuestro país está regida por las normas del Convenio de la Haya de 1993 y las normas nacionales pertinentes. Este Convenio estipula los estándares mínimos a ser observados durante el proceso de instrucción previo a la constitución de la adopción internacional y además establece un sistema de reconocimiento de las adopciones bajo su ámbito de aplicación. Fue elaborado con el fin de salvaguardar el interés superior del niño o adolescente a adoptarse y la consecuente la protección de sus derechos cuando sean sujetos de un procedimiento de adopción internacional en al menos dos ordenamientos distintos.

Vimos antes que el tratado presenta procedimientos básicos para la adopción internacional que regulan el proceso de solicitud, la preparación de informes sobre el niño y los futuros padres adoptivos, la obtención de los consentimiento necesarios, el intercambio de información entre los dos Estados involucrados, la decisión de confiar al niño, la autorización para el niño de residir permanentemente en el Estado de recepción y su desplazamiento del Estado de origen al Estado de recepción<sup>711</sup>.

Siendo que el Convenio de la Haya de 1993 presenta una regulación de mínimos, los Estados son libres de exigir otros requisitos que consideren necesarios. Además, no contiene una regulación de normas materiales vinculantes y, así, guarda distancia de las definiciones y deja en manos de cada Estado el desarrollo de criterios como lo que significa el interés superior del niño en el caso concreto.

Así, el Convenio distribuye entre las autoridades centrales de ambos Estados la verificación de los requisitos de la adopción y otorga una responsabilidad conjunta por la adopción a

---

<sup>710</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. Portal Institucional. En: [http://www.mimp.gob.pe/aplicativos\\_sites/sna\\_sesion\\_informativa/mensaje3.html](http://www.mimp.gob.pe/aplicativos_sites/sna_sesion_informativa/mensaje3.html)

<sup>711</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 106.

realizarse, sin mencionar en ningún momento la ley aplicable, dejándose esto a la aplicación del sistema conflictual de cada Estado involucrado.

Es importante resaltar que este Convenio regula tan sólo la etapa previa a la constitución de adopciones (o de “instrucción”) y el reconocimiento posterior de las mismas. La constitución se deja a lo dispuesto por las normas de cada Estado.

Sobra decir entonces que la aplicación de este Convenio responde al interés superior del niño, y que la regulación que vaya más allá de los mínimos propuestos por este tratado deberán y cualquier interpretación deberá también responder al principio antes mencionado.

Procederemos a evaluar la aplicación del Convenio en el Perú.

- *Ámbito de aplicación*

Debe comenzarse por señalar que el Convenio de la Haya de 1993 se aplica cuando un niño o adolescente residente habitual de un Estado contratante del Convenio es o será desplazado a otro Estado contratado luego de la constitución de su adopción en el Estado de origen o para la constitución de la misma en el Estado de recepción por una persona o familia con residencia habitual en el Estado de recepción. La adopción deberá establecer un vínculo de filiación.

Téngase en cuenta que el factor de conexión usado es la residencia habitual y no la nacionalidad. Así, los adoptantes y el adoptado deben residir habitualmente en Estados contratantes distintos, siendo su nacionalidad irrelevante.

Se trae a colación este punto porque en el Perú, se ha regulado<sup>712</sup> que tratándose de peruanos residentes en el extranjero éstos están relevados de la obligatoriedad de presentar su solicitud y su documentación a través de las Autoridades Centrales de su país de residencia, pudiendo hacerlo directamente a través de la Dirección General de Adopciones.

La Guía de Buenas Prácticas No. 1<sup>713</sup> es clara al establecer que si una legislación permite la adopción en el país de origen por un ciudadano que vive en el extranjero como si fuera una adopción nacional se están contraviniendo las obligaciones que impone el Convenio es su artículo 2.

<sup>712</sup> Art. 17, Reglamento No. 010-2005-MIMDES.

<sup>713</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 122.

De ahí que la legislación peruana esté en clara contravención del Convenio de la Haya de 1993 en este caso, negando la calidad de internacional a las adopciones por peruanos residentes en el extranjero.

Las consecuencias de esto es que las autoridades del país no están en posición de certificar, de acuerdo al artículo 23 del Convenio, que la adopción ha sido realizada de conformidad con el Convenio y, por tanto, no puede ser reconocida automáticamente en los otros Estados al haberse evadido las garantías que ofrece el Convenio de la Haya de 1993<sup>714</sup>.

- *Condiciones previas al procedimiento de adopción internacional*

El Convenio de la Haya de 1993 establece que antes de iniciarse el procedimiento de adopción los Estados de origen deberán haber establecido la adoptabilidad del niño o adolescente, haber tenido en cuenta el principio de subsidiariedad antes de la designación de una familia extranjera, se han asegurado de que se haya asesorado debidamente a las personas que deban dar su consentimiento para la adopción de un niño o adolescente y hayan dado tal consentimiento libremente sin mediar pagos o compensaciones y que el niño o adolescente en cuestión también haya sido debidamente asesorado, y dé su consentimiento libre de ser necesario y se tomen en cuenta sus opiniones.

Sobre la adoptabilidad del niño y la aplicación del principio de subsidiariedad se trató en el punto anterior siendo que también están vinculados con el proceso de adopción en general regulado en nuestro país.

Bajo lo ordenado por el Convenio de la Haya de 1993, el Perú tiene la obligación de obtener los consentimientos informados y libres de los padres, cuando deseen dar a su hijo en adopción, y del mismo niño o adolescente. La necesidad del consentimiento informado y libre de los padres biológicos es clave para evitar la posible sustracción, venta y tráfico de niños.

Debido a nuestra legislación, los padres que deseen dar en adopción a su hijo no pueden elegir a los padres adoptivos del mismo, reduciéndose la posibilidad de presión indebida sobre los mismos.

En cuanto a la opinión o consentimiento que debe prestar el niño o adolescente a adoptarse, éste se da durante la investigación tutelar que es cuando deberá preguntarse al niño o

---

<sup>714</sup> Ídem. p. 125.

adolescente si desea ser promovido en adopción. Esto será tomado en cuenta por el juez al decidir la medida de protección provisional.

Así también, la Dirección General de Adopciones solicita que la opinión del niño sea tomada en cuenta y deberá constar en los informes técnicos, y principalmente durante el procedimiento de adopción tanto en la etapa de presentación o empatía así como en la colocación familiar a cargo de un psicólogo<sup>715</sup>.

Nuestras normas exigen que el adoptado deberá prestar su asentimiento si es mayor de 10 años y que su opinión siempre será tomada en cuenta de acuerdo a su edad y nivel de madurez.

A su vez, los Estados de recepción deberán haber constatado la adecuación y aptitud de los futuros padres, que estos hayan recibido la asesoría necesaria y hayan constatado que el niño será autorizado a entrar y residir permanentemente en esos Estados.

- *El procedimiento de adopción internacional*

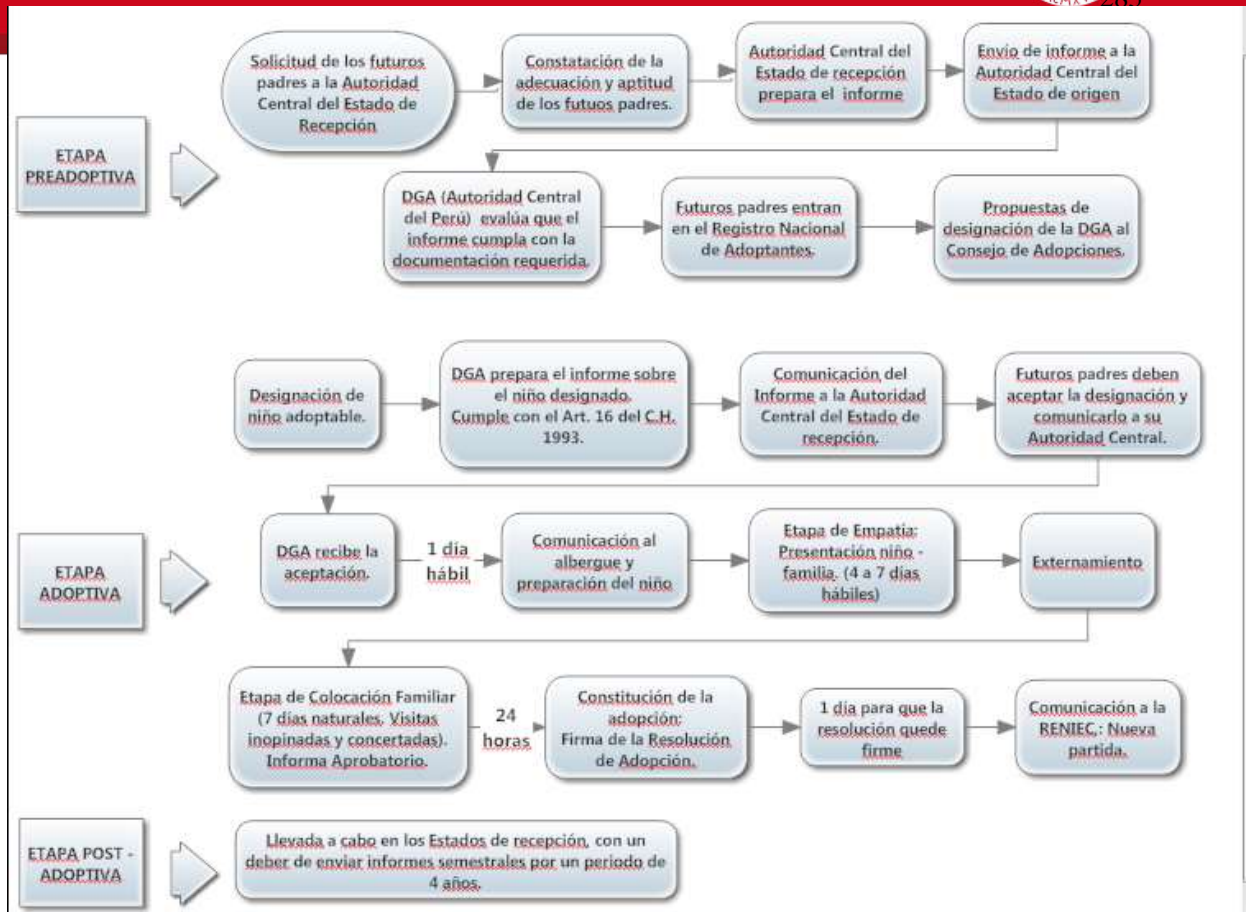
Nos atañe en este punto evaluar la aplicación del Convenio de la Haya de 1993 en el procedimiento de adopción internacional. Cabe resaltar que este tratado regula el procedimiento de instrucción previo a la constitución de la adopción internacional y reconocimiento posterior de la adopción ya constituida, de ahí que las normas aplicables a la constitución de la adopción son las mismas aplicables a la adopción nacional.

El procedimiento a seguirse para realizar una adopción internacional fue desarrollado en el Capítulo 3 y puede ser esquematizado de la siguiente forma:

---

<sup>715</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. “Perfil de país para la adopción internacional”. Estado de Origen. Respuestas del Perú. p. 8.





- Entidades a cargo de las etapas del procedimiento de adopción internacional.

Al igual que la adopción nacional, el procedimiento de la adopción internacional es llevado a cabo exclusivamente por la Dirección General de Adopciones, la que funciona como Autoridad Central del Perú ante toda solicitud de adopción internacional de un niño declarado adoptable y residente habitual en el Perú por una familia con residencia habitual en otro Estado contratante del Convenio de la Haya de 1993.

Las Autoridades Centrales tienen unas funciones indelegables y específicas contenidas en el artículo 7 (deber de cooperación entre Autoridades Centrales para la protección de los niños y para cumplir los fines del Convenio, tomar medidas para proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción, información estadística y formularios, así como el deber de informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y sumar esfuerzos para suprimir obstáculos), y otras que pueden compartir sólo con autoridades públicas contenidas en el artículo 8 (medidas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación con la adopción e impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio).

No obstante, el Convenio contempla la posibilidad de que las Autoridades Centrales puedan delegar algunas de sus funciones a organismos acreditados. Un organismo acreditado es una generalmente una agencia privada de adopción o un organismo público que luego de un proceso de acreditación, regulado por el Convenio y las normas del país de acreditación, cumple con desempeñar algunas funciones del Convenio en lugar o junto con la Autoridad Central<sup>716</sup>.

De ser privados, logran su financiación a través de los montos cobrados a los futuros padres adoptivos por los servicios prestados. Si son públicos, su financiamiento es estatal y no dependen del número de solicitudes de adopción para su viabilidad financiera.

Los organismos acreditados pueden ser nacionales o extranjeros. De ser organismos acreditados en el país de recepción, deberán ser autorizados previamente por la Dirección General de Adopciones previamente a su actuación en nuestro país.

Las funciones generales delegables a organismos acreditados están contenidas en el artículo 9 del Convenio como son:

- Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en cuanto sea necesario para llevar a cabo la adopción,
- Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción,
- Promover el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones,
- Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional,
- Responder las solicitudes de información formuladas por otras Autoridades Centrales o autoridades públicas.

Según el artículo 22, inciso 2 del Convenio, otras funciones pasibles de ser delegadas a organismos acreditados son todas aquellas contenidas en los artículos 15 a 21 que el Convenio les otorga a las Autoridades Centrales en el marco del proceso de instrucción previo a la constitución de la adopción sobre el que versa este tratado.

De este modo, salvo algunas excepciones ya mencionadas el procedimiento de instrucción puede ser delegado a organismos acreditados, con el deber de control de las actividades de la Autoridad Central.

Las funciones delegables que conciernen a los Estados de origen como el Perú son:

---

<sup>716</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Acreditación y organismos acreditados para la adopción”. Principios generales y Guía de Buenas Prácticas No. 2”. 2013. p. 31.

- La preparación del informe del niño adoptable asignado a los futuros padres, conteniendo la información específica sobre el mismo.
- El deber de asegurarse de que se hayan tenido en cuenta las condiciones de educación del niño y su origen étnico, religioso y cultural.
- El deber de asegurarse de que los consentimientos libres e informados de los padres biológicos y los niños y adolescentes, de ser el caso.
- La constatación, teniendo como base los informes del niño y los de los padres adoptivos, de que la colocación obedece al interés superior del niño.
- La transmisión del informe sobre el niño a la Autoridad Central u organismo acreditado, la prueba de los consentimientos, la motivación de la colocación.
- Deber de asegurarse de que los futuros padres adoptivos hayan dado su consentimiento a la asignación, deber de asegurarse de que ambas autoridades estén de acuerdo para proseguir con la adopción y la constatación de la adecuación y aptitud de los futuros padres adoptivos y que el niño será autorizado para entrar y residir antes de confiar al niño a los futuros padres adoptivos.
- Gestión de la autorización de salida del Estado de origen
- Garantía del desplazamiento seguro, en condiciones adecuadas y en compañía de los padres adoptivos.
- El deber de información sobre el procedimiento de adopción y las medidas para finalizarlo, y el periodo probatorio, de ser necesario.

No obstante la facultad que otorga el Convenio, la Dirección General de Adopciones no ha acreditado a ningún organismo nacional o extranjero para llevar a cabo labor alguna suya como Autoridad Central, por lo que sola lleva a cabo todos los deberes impuestos por el Convenio ya comentados<sup>717</sup>.

En países como los Estados de Unidos, cuando actúa como estado de origen, el procedimiento de instrucción es llevado en su integridad por organismos acreditados. En este país pueden incluso identificar niños pasibles de ser adoptados, asegurar la obtención de consentimientos, realizar los informes pertinentes de la situación del niño<sup>718</sup>.

En Sudamérica, Chile ha acreditado cuatro organismos nacionales que ejecutan los programas de adopción de este país y cuyas funciones son básicamente el apoyo y orientación de la familia de origen del menor, la recepción y cuidado del mismo, la evaluación técnica de los solicitantes y la búsqueda de orígenes de la persona adoptada<sup>719</sup>

La elección de delegación de funciones generalmente se hace con el fin de hacer el procedimiento uno más ágil. Las funciones cumplidas como la elaboración de informes sobre el niño, las evaluaciones psicológicas, médicas y sociales, las constataciones de que una

<sup>717</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. "Perfil de país para la adopción internacional". Estado de Origen. Respuestas del Perú. pp. 4 -5.

<sup>718</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. "Perfil de país para la adopción internacional". Estado de Origen. Respuestas de los Estados Unidos de América. pp. 4-5

<sup>719</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. "Perfil de país para la adopción internacional". Estado de Origen. Respuestas de Chile. p.4

asignación cumple con el interés superior del niño entre otras gestiones toman tiempo, recursos y requieren de personal calificado.

La delegación a organismos privados o incluso públicos especializados en estos temas podría agilizar el procedimiento de adopción. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el Perú la demora en la adopción internacional no se encuentra durante el procedimiento de instrucción previo contemplado por el Convenio o la misma constitución de la adopción.

Sólo basta ver que una vez que el niño y adolescente es declarado en estado de abandono judicial en el mismo mes de esta declaración es considerado para ser asignado por el Consejo de Adopciones<sup>720</sup>. Y a partir de la aceptación de la designación por los padres adoptivos futuros, pasarán alrededor de 33 días hasta la inscripción de la nueva partida de nacimiento<sup>721</sup>.

Téngase en cuenta que los futuros padres adoptivos deberán viajar hacia el Perú luego de aceptada la designación, e iniciada la etapa adoptiva con una estancia aproximada de 33 días también, es decir, el tiempo que ha de transcurrir hasta constituida la adopción en nuestro país<sup>722</sup>.

De ahí que puede bien concluirse que no es necesaria la delegación de funciones a organismos acreditados desde que esta etapa del sistema de adopción es más bien eficiente.

Como se vio, las reformas deben darse en el acceso de los niños y adolescentes al sistema de adopción. Téngase en cuenta que los futuros padres adoptivos deben sobrellevar una espera prolongada que puede llegar a ser de 2 a 3 años<sup>723</sup> hasta que se les designó un niño o adolescente. Esto se debe al número limitado de niños y adolescentes que son declarados adoptables y, como se analizó antes, no a la inexistencia de niños que podrían beneficiarse con una adopción.

---

<sup>720</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. “Perfil de país para la adopción internacional”. Estado de Origen. Respuestas del Perú. p. 15

<sup>721</sup> *Ibidem*.

<sup>722</sup> *Ídem*. p. 13.

<sup>723</sup> Así nos los refirió una persona que trabaja dentro de un organismo autorizado. En la entrevista sostenida con la representante de la Dirección General de Adopciones no se nos dio una respuesta exacta, sólo estableciendo que en promedio las adopciones nacionales podían tardar 9 meses y las adopciones internacionales “mucho más” (cita textual). Esto depende de las características del niño, dependiendo de las expectativas de las características del niño.

Por otro lado, la Dirección General de Adopciones ha autorizado a 24<sup>724</sup> organismos acreditados en sus países de procedencia y que son organismos colaboradores en materia de adopción internacional pues cumplen los siguientes roles<sup>725</sup> en nuestro país:

- Presentan las solicitudes de las familias a las que representan durante el proceso de evaluación y designación.
- En el procedimiento de adopción los representantes legales de estos organismos acompañan a los adoptantes, asistiendo a sus representados en lo que sea necesario.
- Constituida la adopción, realizan el seguimiento post adoptivo del niño o adolescente adoptado.
- En el caso de los organismos autorizados para el Programa Ángeles que Aguardan, se encargan de la difusión de información, social, médica, psicológica y legal del niño o adolescentes para que se promueva el interés de las familias que representan.

Desde el año 2002 la Dirección General de Adopciones sólo autoriza a nuevos organismos para colaborar en materia de adopciones prioritarias “Ángeles que aguardan”.

- *Preparación de Informes sobre el niño*

Esta función es propia de la Dirección General de Adopciones, como Autoridad Central. El Informe de la Comisión Especial del año 2000, en su Recomendación No. 5 establece que este informe deberá contener la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su historia médica y la de su familia, así como sus necesidades particulares.

De la mano con el artículo 30 del Convenio y el deber de conservación de la información relativa a los orígenes del niño, en particular la información sobre sus padres, su historia médica y la de su familia.

Proveer de esta información es conforme con el interés superior del niño porque conlleva a una asignación más apropiada. El problema en nuestro país es que mucha de la información requerida no está disponible por ser niños abandonados o porque las instituciones no llevan a cabo adecuadamente la función de registro y seguimiento adecuado de la situación de los niños y adolescentes ingresados.

<sup>724</sup> Información a marzo del 2013. En:

[http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/Dirección\\_General\\_de\\_Adopciones/acreditacion\\_Organismos\\_marzo2013.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/Dirección_General_de_Adopciones/acreditacion_Organismos_marzo2013.pdf)

<sup>725</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. “Perfil de país para la adopción internacional”. Estado de Origen. Respuestas del Perú. p. 4

De ahí que es recomendable que la investigación sobre los antecedentes de niño a cargo de las instituciones deba iniciarse en el momento que el niño y adolescente ingrese el sistema de protección del Estado, y han de ser lo más exhaustivas posibles. Durante su estadía en las instituciones deberá además tener un seguimiento médico y psicológico constante.

La existencia de Informes adecuados y los más exactos posibles no sólo favorece una mejor asignación, sino que una asignación más rápida, eliminándose las demoras por estudios nuevos que deban hacerse ante la ausencia de los mismos a lo larga de la estancia del niño y adolescente en el albergue o institución. Debe tomarse esto cuenta debido a que cualquier causa de un retraso indebido le es perjudicial y contrario a su interés superior<sup>726</sup>. Así, la Guía de Buenas Prácticas No. 1 en su Anexo 7 contiene un Informe Modelo que se recomienda usar con el fin de mejorar la calidad del Informe.

Como bien lo dice la Guía de Buenas Prácticas No. 1, es imposible garantizar que una adopción responda al interés superior de un niño si se retiene la información sobre él y, por tanto, no poder determinar si los futuros padres adoptivos son los más adecuados para satisfacer las necesidades del niño en particular a adoptarse.

Por otro lado, la preparación del informe tampoco debe presentar retrasos indebidos.

- *Asignación del niño o adolescente*

El Consejo de Adopciones es el encargado de constatar que la elección de los futuros padres responda al interés superior del niño, a propuesta de la Dirección General de Adopciones. Esta decisión implica que se identifiquen a los padres adoptivos entre las propuestas de la Dirección General de Adopciones y se escoja a la familia que mejor pueda satisfacer las necesidades del niño, sobre la base de la información presentada en los informes tanto del niño como de los futuros padres.

La Guía de Buenas prácticas establece que la asignación no debe ser realizada por una sola persona sino que por un equipo de profesionales especializados en el tema<sup>727</sup>. En este sentido, la regulación peruana cumple perfectamente con lo sugerido pues el Consejo Nacional de Adopciones es integrado y presidido por el Secretario Nacional de Adopciones, un representante del MIMP, un representante del Ministerio de Justicia, un representante del

<sup>726</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 89

<sup>727</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 92

Colegio de Trabajadores Sociales del Perú, un representante del Colegio de Psicólogos del Perú y un representante del Colegio de Abogados de Lima<sup>728</sup>.

Cabe resaltarse que las propuestas realizadas por la Dirección General de Adopciones al Consejo Nacional de Adopciones pueden darse de dos formas. En el caso de adopciones nacionales o internacionales regulares, la Dirección General de Adopciones propone ternas o duplas de adoptantes a favor de cada niño susceptible de adopción.

Para los criterios de presentación de propuestas se deberá tomar en cuenta el tiempo de presentación y aprobación del expediente de los adoptantes, los casos de adoptantes que aceptan la adopción de niños y niñas mayores de 5 años y/o con discapacidad y/o hermanos, los que tendrán prioridad en su designación. También contemplarán las expectativas de los adoptantes respecto de la edad, sexo y otras características del niño o adolescente.

La otra forma es la designación directa para los casos que entran dentro del programa de adopciones prioritarias Ángeles que aguardan, integrado por niños y niñas mayores de 9 años, adolescentes, grupos de hermanos, niños(as) con problemas de salud y niños(as) con necesidades especiales<sup>729</sup>.

Esto responde al interés superior de los niños con necesidades especiales, los cuales debido a su situación requieren una asistencia particular. La Guía de Buenas Prácticas No. 1 menciona que es recomendable que estos niños y adolescentes reciban prioridad en la búsqueda de un plan permanente para su futuro<sup>730</sup>.

Esto es muy importante porque en un país como el nuestro en el que no muchos niños son “adoptables” legalmente, la mayoría de niños sin necesidades especiales se terminan asignando a los nacionales, quedando aquellos niños con necesidades especiales cuya asignación es más difícil para las adopciones internacionales.

Con el fin de fortalecer las oportunidades de estos niños con necesidades especiales la mencionada Guía sugiere<sup>731</sup> que luego de evaluar el número y perfil de niños con necesidades especiales que pueden ser adoptados se deben compartir estos datos de estos niños protegiendo su identidad y privacidad con los organismos acreditados con el fin de que estos los puedan hacer llegar a las familias interesadas debidamente preparadas para aceptar el reto

---

<sup>728</sup> Art. 3 Reg 010-2005-mimdes

<sup>729</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. Portal Institucional. En:  
[http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=341&Itemid=349](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=341&Itemid=349)

<sup>730</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 97

<sup>731</sup> Ídem. p. 98

de este tipo de adopciones y, así, evaluar la posibilidad de asumir tal reto. De esta manera existe una cooperación efectiva del organismo de recepción para ubicar padres adecuados para estos niños o adolescentes.

En ese sentido lo que nuestra regulación contempla se adapta a lo recomendado por esta Guía. En el Perú para el caso del programa Ángeles que Aguardan se lleva a cabo la difusión de la información social, psicológica y legal del niño o adolescente con los representantes de organismos acreditados autorizados en el Perú con la finalidad de agotar esfuerzos por encontrar una familia adecuada para estos niños o adolescentes. De cumplir con las aptitudes necesarias y probarse adecuados los futuros padres, pueden incluso a acceder a una designación directa.

Debe hacerse hincapié en que con el fin de evitar prácticas indebidas antes de la asignación el Convenio prohíbe en su artículo 29 el contacto entre los futuros padres adoptivos y los funcionarios que tengan la decisión de la asignación a su cargo, con excepción de las adopciones intrafamiliares. En concordancia con esto, nuestra legislación no solicita la presencia de los padres en el Perú sólo hasta luego de que ha sido aceptada la designación, lo que naturalmente es concordante con el interés superior del niño.

- *Transmisión del informe sobre el niño y aceptación de la asignación*

Luego de que la Dirección General de Adopciones designa al niño a adoptarse luego del análisis de su interés superior que conlleva la aplicación adecuada del principio de subsidiariedad, se remitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción o al Organismo Acreditado el informe sobre el niño, la prueba de los consentimientos y la motivación de la asignación.

Luego de comunicada la designación, el Informe y demás información, los futuros padres tienen 7 días calendarios para aceptar la misma<sup>732</sup>. De aceptarse, se lo comunicarán a su Autoridad Central u Organismo Acreditado, los que comunicarán a la Dirección General de Adopciones la aceptación.

Según la Guía de Buenas Prácticas No. 1, es en este momento del procedimiento que se deberán iniciar los trámites para que el niño pueda ser autorizado a salir del Estado de origen e ingresar y residir de manera permanente en el Estado de recepción.

---

<sup>732</sup> CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. “Perfil de país para la adopción internacional”. Estado de Origen. Respuestas del Perú. p. 13.



De acuerdo a nuestra legislación una vez constituida la adopción y la consiguiente nueva partida otorgada por la RENIEC, el niño o adolescente es hijo de los adoptantes, los mismos que podrán viajar con él a su país de origen, siguiendo los trámites de aplicación y obtención de pasaportes como todo nacional peruano debe realizar. La Dirección General de Adopciones no se encarga de realizar tales trámites.

- *Acuerdo de las Autoridades Centrales para proceder con la constitución*

Una vez que se ha cumplido con lo exigido por el Convenio en cuanto a la aceptación de la designación por parte de los futuros padres adoptivos, a su vez las Autoridades Centrales u Organismos Acreditados deberán aprobar la designación.

Así, la Dirección General de Adopciones tiene una última oportunidad para objetar la adopción internacional si es que consideran que no responde al interés superior del niño o porque el procedimiento cuenta con una deficiencia de algún tipo. No se requiere expresión de causa específica pues es facultad de la misma frustrar el procedimiento y evitar proceder hacia la constitución de la adopción.

La Dirección General de Adopciones requiere una carta de la Autoridad Central del Estado de Recepción expresando la conformidad con la adopción para proceder a la siguiente etapa<sup>733</sup>.

- *Etapa de empatía, externamiento y colocación familiar*

El Convenio de la Haya de 1993 establece que no se pueda confiar el niño a los futuros padres adoptivos sino hasta que se hayan cumplido con la asignación y la aceptación de la misma.

Nuestra legislación se adecúa perfectamente a esto estableciendo que luego de la aceptación de la designación, la etapa de empatía en la que un psicólogo deberá emitir el informe favorable, y un día hábil después se notificará al Ministerio Público a la instancia que llevó a cabo la Investigación Tutelar. Al día siguiente se dispone el externamiento previo oficio al CAR o institución donde se encuentre el niño o adolescente.

Luego del externamiento, se emite en la Dirección General de Adopciones una Resolución Administrativa para disponer la Colocación Familiar que dura 7 días naturales prorrogables por otros 7 durante los cuales un especialista de la Dirección General de Adopciones

---

<sup>733</sup> *Ibídem.*

realizará visitas y entrevistas para evaluar la adecuada adaptación del niño y adolescente con su familia adoptiva.

- *Constitución*

A diferencia de muchos países en que la constitución de la adopción internacional se da en vía judicial, en el Perú ésta es concedida en la vía administrativa por la Dirección General de Adopciones.

En los países en que las Autoridades Centrales no son los que constituyen las adopciones sino más bien son realizadas en los Tribunales se da el fenómeno de que el juez realizará un examen de la ley aplicable a las condiciones, requisitos, efectos, etc. y, si bien tomará en cuenta lo actuado en el proceso de instrucción previo a la constitución, no se verá necesariamente vinculado por lo actuado durante este procedimiento previo, pudiendo denegar la adopción.

En nuestro país la Dirección General de Adopciones, encargada del procedimiento de instrucción es la misma que constituye la adopción por lo que no se corre el riesgo de que toda la actuación previa a la constitución que implica la evaluación de la adoptabilidad del niño, y la evaluación y aceptación de lo actuado por la Autoridad Central u organismo acreditado del país de recepción para declarar aptos y adecuados a los futuros padres adoptivos, pueda ser desestimada ante una nueva evaluación judicial.

Evaluated a la luz del interés superior del niño, consideramos que siendo que la Dirección General de Adopciones fue la encargada de llevar a cabo el procedimiento de instrucción, la asignación fue realizada por el Consejo Nacional de Adopciones analizando el interés superior del niño teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, y que antes de la constitución se ha llevado a cabo una colocación familiar en la que se ha evaluado la adaptación del niño a su familia, es la Dirección General de Adopciones la que está en mejores condiciones de constituir las adopciones.

Requerir que se lleve a cabo un análisis judicial posterior, ya habiéndose realizado un análisis serio por una entidad que cuenta con personas calificadas, implicaría mayores dilaciones debido a la carga procesal que aqueja a los jueces en nuestro país. Se mencionó en el capítulo II que el Proyecto de Nuevo Código de Niños y Adolescentes pretende agregar este cambio. Consideramos que a la luz de lo ya desarrollado resultaría manifiestamente contrario al interés superior del niño.

Una vez expedida la respectiva resolución que declara la adopción, la cual debe ser motivada y firmada por el Secretario Nacional de Adopciones, será comunicada al Juzgado de Familia o a LA DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN TUTELAR, dependiendo de qué entidad llevó a cabo la Investigación Tutelar del niño o adolescente adoptado, así como a RENIEC para que se deje sin efecto la partida original y proceda inmediatamente la nueva partida sin que se exprese que el niño o adolescente es adoptado.

Al haberse cumplido con todas las exigencias del Convenio, la Dirección General de Adopciones deberá expedir el certificado de conformidad, el mismo que servirá para lograr su reconocimiento automático en los demás países contratantes

### **C. Cuestiones posteriores a la adopción internacional**

#### **a. Residencia y nacionalidad**

Si bien el Convenio de la Haya de 1993 no regula si es que el niño luego de constituida la adopción adquirirá la nacionalidad de los padres adoptivos, se aplicarán los tratados bilaterales, de existir, o la legislación nacional de cada país.

No obstante, ante todo debe evitarse que el niño se convierta en apátrida, es decir que se dé la situación en que el niño o adolescente adoptado internacional pierda automáticamente la nacionalidad de origen y el Estado de recepción no considere entre sus normas la adquisición automática de la nacionalidad de los padres adoptivos.

Debe tenerse en cuenta que es un derecho humano de todo niño y adolescente el adquirir una nacionalidad<sup>734</sup>, el Convenio concerniente Determinadas Cuestiones relativas a los Conflictos de Leyes de Nacionalidad, del que el Perú es parte, estipula que la pérdida de nacionalidad por la adopción será condicional hasta la adquisición por parte del adoptado de la nacionalidad del adoptante.

Al respecto nuestra legislación responde al interés superior del niño al hacer imposible que el niño adoptado internacionalmente pueda devenir en apátrida. Nuestra Constitución establece en el artículo 53 que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante el funcionario consular mediante acta de renuncia o escritura pública. Así, en nuestro país es posible la existencia de doble y hasta múltiple nacionalidad pues para efectos prácticos la nacionalidad peruana no se pierde.

---

<sup>734</sup> Artículo 7, Convención sobre los Derechos del Niño.

Incluso si es que el Estado de recepción le otorgase la nacionalidad al niño adoptado, según la Ley de Nacionalidad, Ley No. 26574, artículo 9, al ser un peruano de nacimiento que adopta la nacionalidad de otro país no pierde su nacionalidad, salvo que se haga una renuncia expresa de ella ante autoridad competente una vez adquirida la mayoría de edad.

Respondería también interés superior del niño y adolescente que los Estados de recepción otorgaran la nacionalidad inmediata a los niños adoptados internacionalmente, siempre que alguno de los adoptantes sea nacional del mismo<sup>735</sup>. Este es el caso del Reino Unido.

La Guía de Buenas Prácticas No. 1 señala que esto se hace muy importante pues en unos Estados se dieron casos en que los niños adoptados en el extranjero que no adquirieron la nacionalidad de su nueva residencia habitual, cuando llegaron a ser adultos fueron deportados a su Estado de origen luego de cometer delitos menores<sup>736</sup>. Esta repatriación se entiende contraria a todo principio humanitario sobre todo en los casos en que los niños fueron adoptados muy pequeños, por lo que la vinculación con su país de origen es mínima.

#### **b. Informes de seguimiento post-adoptivo**

En cumplimiento del Convenio de la Haya de 1993, la Dirección General de Adopciones requiere que los Organismos Acreditados cumplan con la presentación de informes de seguimiento de los niños y adolescentes adoptados con el fin de conocer sobre su adaptación con su nueva familia. Esto debido a que debe existir conexión y continuidad entre la preparación previa a la adopción y la asistencia posterior a la adopción<sup>737</sup>.

La Dirección General de Adopciones exige a los organismos acreditados autorizados que se presenten informes semestrales en un periodo de 4 años posteriores a la constitución de la adopción internacional, independientemente de la edad del niño. En los casos de Italia y Canadá son 3 años por los acuerdos bilaterales existentes con estos países<sup>738</sup>.

El artículo 9 del Convenio incluso faculta a la Dirección General de Adopciones a realizar solicitudes de información de algunas adopciones siempre que sean debidamente motivadas. Esto es particularmente importante en los casos de niños con necesidades especiales.

---

<sup>735</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 117

<sup>736</sup> Ídem. p. 118

<sup>737</sup> Ídem. p. 134

<sup>738</sup> CONVENCION DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. "Perfil de país para la adopción internacional". Estado de Origen. Respuestas del Perú. p. 16

Este seguimiento no debería ser sólo en lo relativo a casos concretos, sino que los Estados de recepción a través de sus organismos acreditados deberían proporcionar información o confirmación de que la decisión tomada responde en la práctica al interés superior del niño y que éste viene desarrollándose en un ambiente familiar adecuado.

Como bien se concluyó en la Comisión Especial del 2005 sobre el Convenio de la Haya de 1993, estos informes son necesarios pues mejoran la opinión pública interna de la adopción internacional al demostrar que responden al interés superior del niño y adolescente, mejoran la preparación de los niños para la adopción y la de los padres adoptivos y ofrecen información para determinar con qué Estados las adopciones internacionales suelen ser más exitosas<sup>739</sup>.

### **c. Conservación y disponibilidad de la información del adoptado**

El Convenio, en el artículo 30, requiere a los Estados contratantes la obligación de conservar cualquier información que dispongan relativa al niño y a sus orígenes, además de la obligación de asegurar que el niño pueda acceder a tal información eventualmente.

Esta información es básicamente aquella contenida en el Informe preparado por la Dirección General de Adopciones y que luego es transmitido a los futuros padres adoptivos luego de la designación<sup>740</sup>.

Debido a que muchas personas adoptadas internacionalmente buscan a sus familias biológicas al crecer, es importante mantener el mayor número de información sobre los orígenes del niño adoptado internacionalmente.

Ya se mencionó anteriormente que lamentablemente la calidad de la información con que se cuenta desde las instituciones no es la mejor o a veces es inexistente en el caso de los niños que fueron abandonados. Esto resulta en contrario al interés superior del niño y adolescente por negarle el acceso a información importante que forma parte de su identidad.

En el Perú la autoridad responsable de conservar la información sobre el origen del niño es la instancia encargada de la Investigación Tutelar. La Dirección General de Adopciones mantiene copias parciales del expediente también, las que pueden ser proporcionadas al adoptado de requerirlo.

---

<sup>739</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 137

<sup>740</sup> Ídem. p.131.

A esta información puede acceder el adoptado alcanzada la mayoría de edad o mediante sus padres adoptivos como sus representantes legales. No obstante, los padres biológicos no tienen acceso a la misma ya que con la declaración de abandono del niño han perdido los derechos de patria potestad.

Vale la pena mencionar que sería importante que como sucede en Chile<sup>741</sup>, se cree un programa de búsqueda de orígenes mediante el cual un Estado de recepción pueda contactar a la Dirección General de Adopciones para solicitar asistencia al adoptado para encontrar sus orígenes. En Chile incluso esto incluye la búsqueda de la madre biológica, y la preparación para una futura reunión entre la madre biológica y el hijo. Esto responde al interés superior del niño ya adolescente pues el Estado agota esfuerzos por hacer respetar su derecho a la información.

#### **d. Prevención de beneficios materiales indebidos y delitos asociados a la adopción internacional**

Seguir lo estipulado en el procedimiento de instrucción previo a la constitución contenido en el Convenio de la Haya de 1993 así como las normas aplicables a la etapa posterior a dicha constitución es en sí mismo una forma de garantizar que la adopción internacional responderá al interés superior del niño. Por tanto, la mera aplicación del Convenio de la Haya trae implícita una forma de protección del niño y adolescente a adoptarse internacionalmente.

Hay que recordar que es un objeto del Convenio instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes con el fin de asegurar el respeto de las garantías del interés superior del niño y, así, se prevenga la sustracción, venta o tráfico de niños.

No obstante, más allá de esta garantía indirecta no existen medidas específicas para combatir los abusos comúnmente asociados a la adopción internacional y se deja en manos de cada Estado la regulación al respecto.

Como viene mencionándose a lo largo de esta tesis, los Estados tienen el deber de hacer que las adopciones internacionales respondan al interés superior de niño y adolescente. Es por esto que además de ofrecer las garantías propias en cada etapa del procedimiento, debe asegurarse también de prevenir actividades delictivas conexas y penalizarlas en caso se den.

- *Beneficios materiales indebidos y corrupción*

---

<sup>741</sup> Ídem. p. 132.

El Convenio es claro al prohibir la obtención de beneficios materiales indebidos como consecuencia de una actividad relativa a la adopción internacional y establecer el deber de prevenir los mismos.

Se entiende por un beneficio indebido a la recepción de ventajas económica de cualquier tipo por quienes tengan a su cargo el procedimiento de adopción internacional con el fin de acelerar, facilitar o concertar una adopción.

En muchos países existen cobros que entran dentro de la categoría de “debidos”, al ser tasas estipuladas por los propios países que servir para cubrir los gastos incurridos al llevarse a cabo la adopción internacional. En estos casos, ésta suele ser financiada por los adoptantes.

La forma de evitar actos de corrupción es a través de la transparencia en el sistema de costes de una adopción, la regulación y supervisión de funcionarios, la existencia de sanciones pasibles de ser ejecutadas, la regulación de los honorarios de los funcionarios y la prohibición de prácticas como las adopciones privadas e independientes<sup>742</sup>.

En el caso del Perú se ha optado por evitar todo tipo de pago a la Autoridad Central, haciendo que el procedimiento de adopción internacional sea completamente gratuito. Es decir, el Perú asume los costes de administración y coordinación, legales, médicos, de actualización de informes del niño, etc.

No existen tasas por los servicios prestados durante este procedimiento, ni se exige una contribución obligatoria o la realización de donaciones. No se exige tampoco que los organismos autorizados en el país realicen actividades de cooperación al desarrollo. Esto sin duda con el fin de evitar todo viso de corrupción en el procedimiento de adopción internacional.

No obstante, esto no significa que los futuros padres adoptivos no hayan realizado pagos directos a los organismos acreditados en su Estado de recepción. Sobre estos costes y el manejo ético de los organismos acreditados, el Estado peruano sólo cumple con evaluar durante el procedimiento de autorización las características éticas de estos organismos. En el Perú, la Dirección General de Adopciones no tiene mayor injerencia en los cobros realizados por estos organismos acreditados.

Si bien es loable que se busque erradicar la posibilidad de corrupción, la posibilidad del cobro de tasas o la especificación de hacer una donación que apoye a alguna institución

---

<sup>742</sup> Ídem. p.140.

encargada de la protección del bienestar infantil de niños sin cuidado parental no siempre generará corrupción.

En un país como el nuestro con una multitud de niños carentes no sólo de un ambiente familiar sino de acceso a bienes materiales, debería evaluarse la posibilidad de estipular una contribución recibida o administrada por una institución distinta a la Dirección General de Adopciones, con el fin de apoyar programas de ayuda a otros niños sin cuidado parental, como puede ser el programa de familias sustitutas o acogedoras.

Así sucede el caso de Suecia, país en el que las contribuciones son administradas por un organismo acreditado llamado *Adoptionscentrum* que desarrolla estrategias de cooperación internacional para el desarrollo, incluyendo estrategias para prevenir el abandono de niños, proporcionar una familia dentro del país a aquellos niños que están dentro de instituciones, sensibilizar a los encargados de diseñar políticas sobre niños sin cuidado parental, la guía para que los niños criados en instituciones logren tener una vida independiente y refuerza a las ONG que promueven el derecho a los niños a vivir en su familia<sup>743</sup>.

Así, no sólo gestiona las contribuciones provenientes de las adopciones internacionales sino que trabaja independientemente para generar las mismas y ofrecer incluso ayuda a países como la India, Kazajstán, Rusia, Filipinas, Sudáfrica, entre otros.

Existen casos similares de organismos acreditados como *Werelkinderen*<sup>744</sup> de Holanda y NORAD<sup>745</sup> de Noruega.

Respondería al interés superior de tantos niños y adolescentes sin cuidado parental que en el Perú se pudiese acreditar a un organismo (una ONG, por ejemplo) que se encargase de funciones análogas e, incluso, solicitar un Convenio de nuestro país con organismos ya existentes con el fin de realizar estas actividades de apoyo.

- *Prevención de la sustracción, la venta y el tráfico de niños para la adopción.*

La primera medida que toma nuestro país para prevenir los delitos conexos a la adopción internacional es que no se admiten las adopciones internacionales con Estados no parte del Convenio de la Haya de 1993. Por tanto, no existe el problema de otros países en los que

---

<sup>743</sup> Ídem. p. 65

<sup>744</sup> Werelkinderen. Portal institucional. En:  
<http://www.werelkinderen.nl/>

<sup>745</sup> NORAD. Portal Institucional. En:  
<http://www.norad.no/en/front-page;jsessionid=071B1C6E968668E0093387C936595BDE>



existe una dualidad de procedimientos para las adopciones internacionales. Así, las garantías otorgadas por el Convenio están garantizadas para todas las adopciones internacionales constituidas en el Perú.

Una de las garantías previstas por el Convenio con el fin de proteger a los niños de la sustracción, venta o tráfico para la adopción es la protección de las familias mediante medidas que prevengan las presiones indebidas, coacción, inducción o petición para que los padres biológicos de un niño de en adopción a un niño. En ese sentido, la Convención es clara al señalar que el consentimiento no debe ser obtenido mediante pago o compensación de ningún tipo.

Al respecto, nuestro país lidia contra este tipo de presiones de distintas formas. Una de ellas es prohibiendo que se puedan dar adopciones directas, es decir, aquellas en las que los padres biológicos pueden escoger a la persona a quien quieren dar su hijo en adopción. Estas situaciones sin un debido control se prestan a presiones y al surgimiento de mafias de tráfico infantil.

El niño o adolescente que ha de adoptarse en nuestro país debe ser declarado previamente en estado de abandono por un Juez de Familia. Si los padres biológicos deciden dar a su hijo en adopción, ellos no podrán tener vinculación alguna con tal procedimiento pues tras la declaración de abandono ellos pierden la patria potestad del niño.

Como excepción a esto existen las adopciones judiciales en vía de excepción sin que medie la declaración de estado de abandono del niño o adolescente, cuando lo requiera: 1) aquel que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. 2) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; 3) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años<sup>746</sup>.

Esto debe llamar nuestra atención porque por definición el Convenio, y todas sus normas, se aplican siempre que la adopción de un niño o adolescente signifique el desplazo de la residencia habitual del mismo en su país de origen al país de residencia habitual de sus futuros padres adoptivos. Por tanto, el Convenio es igual de aplicable para las personas que pretenden adoptar que caen dentro de estos supuestos y tienen a la vez su residencia habitual en otro país.

---

<sup>746</sup> Art 248 Código de los Niños y Adolescentes.

Esta exención indirecta de las garantías del Convenio de la Haya de 1993 por este medio contraviene lo estipulado por el Convenio y, por ende, es contrario al interés superior del niño y adolescente. Por tanto, estas normas deberán ser inaplicadas para aquellas personas con residencia habitual en el extranjero, siempre que sea un Estado contratante del Convenio de la Haya de 1993.

Como resultado, estas adopciones no pueden ser certificadas y pueden no ser reconocidas por los países de recepción.

La Guía de Buenas Prácticas No. 1 menciona que esta práctica al parecer no sólo se realiza en el Perú, sino que en muchos otros países los peruanos residentes en el extranjero realizan adopciones como si tuviesen residencia habitual en el Perú<sup>747</sup>. Y, es más, en caso sea el cónyuge del padre biológico o sea familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, está incluso exento del procedimiento administrativo, pudiendo realizarlo en vía judicial.

Por otro lado, en el Perú para evitar el uso fraudulento de documentación en el proceso de adopción, sólo el Secretario Nacional de Adopciones tiene la facultad de expedir resoluciones administrativas de adopción. Su firma está registrada en la Dirección General de Migraciones de la Policía Nacional y el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Hasta el momento en nuestro país parece no haber existido casos de uso de documentación fraudulenta<sup>748</sup>.

Así también, para que un niño o niña adoptado internacionalmente salga del país deberá haber sido adoptado aquí y, por tanto, contar con una partida de nacimiento. Esta partida les permite a los padres solicitar por el niño o adolescente adoptado el pasaporte para poder salir del país.

Otra forma de prevenir estos delitos es mediante la garantía de que las leyes penales impondrán sanciones severas para los mismos. Así como el Estado debe garantizar las investigaciones necesarias para su detención y juzgamiento.

En el caso del Perú, un paso importante ya se dio al haber ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

---

<sup>747</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas Prácticas No. 1. Óp. Cit. p. 115.

<sup>748</sup> “Cuestionario sobre sustracción, venta y tráfico de niños y sobre algunos aspectos del funcionamiento práctico del Convenio de 29 de Mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”. Respuesta del Perú al Cuestionario sobre Sustracción, Venta y Tráfico de Niños y sobre algunos aspectos del funcionamiento práctico del Convenio de la 29 de mayo de 1993. En: p. 2

Este Protocolo define en el artículo 2 a la venta de niños a todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

A su vez, impone el deber a todo Estado parte a adoptar medidas para que, como mínimo, los actos y actividades como la venta de niños y la inducción indebida en calidad de intermediario para que una persona preste el consentimiento para la adopción de un niño en violación de normas internacionales aplicables, entre otros delitos, queden íntegramente comprendido en la legislación penal cuando se hayan cometido dentro de sus fronteras, individual o colectivamente<sup>749</sup>.

A su vez, estos delitos se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a la extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes y se incluirán en tratados futuros sobre la materia<sup>750</sup>.

Por otro lado, a nivel regional, el Perú también es parte de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, fruto de los trabajos de la quinta conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V).

Por este Convenio los Estados contratantes<sup>751</sup> están obligados por este Convenio a asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior; instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor<sup>752</sup>.

La Convención es aplicable a cualquier niño o adolescente que se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor<sup>753</sup>.

Además, se establece un deber de asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada

---

<sup>749</sup> Artículo 3.

<sup>750</sup> Artículo 5.

<sup>751</sup> Los Estados parte de este Convenio así como el estado de la ratificación del mismo en sus países puede encontrarse en:

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-57\\_Convencion\\_Interamericana\\_sobre\\_Trafico\\_Internacional\\_de\\_Menores\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores_firmas.htm)

<sup>752</sup> Artículo 1

<sup>753</sup> Artículo 2

Estado Parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención<sup>754</sup>.

Por otro lado, deberán establecer por medio de sus Autoridades Centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados<sup>755</sup>.

A pesar de la importancia de este Convenio, el Perú a la fecha no ha asignado Autoridad Central<sup>756</sup> para la aplicación de este Convenio por lo que en la práctica los mecanismos de cooperación antes descritos no tienen aplicación.

En cuanto a la legislación nacional al respecto, está la Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, Ley 28950, que modifica el Código Penal en los artículos 153 y 153 A. Esta ley sanciona el tráfico ilícito de migrantes cuando se favorezca, financie o facilite la entrada o salida ilegal del país de otra persona con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o un tercero. Se le otorga una pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años.

Y, tratándose de padres adoptivos o funcionarios, promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial que aprovecha su condición o actividades, la ley considera que son formas agravadas de delito de Tráfico ilícito de migrante.

El Reglamento de esta ley establece acciones de prevención, persecución, protección y asistencia, en las que distintos organismos públicos, incluido el MIMP, deberán coordinar para prevenir estos delitos y generar mecanismos de información sobre las implicancias de estos delitos y sus consecuencias<sup>757</sup>.

Por último, de tenerse conocimiento de un posible caso de sustracción, venta o tráfico de un niño adoptado, se iniciará una investigación policial sobre el delito, y se lo comunicará a la Dirección de Investigación Criminal y Apoyo a la Justicia de la Policía Nacional del Perú, se ingresará tal información al Sistema de Registros y Estadísticas del delito de Trata de

---

<sup>754</sup> Artículo 8.

<sup>755</sup> *Ibidem*.

<sup>756</sup> Esto puede constatarse en:

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_autoridades\\_centrales\\_Convencion\\_Interamericana\\_sobre\\_Trafico\\_Internacional\\_de\\_Menores.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_autoridades_centrales_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm)

<sup>757</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Oficina Permanente. "Cuestionario sobre Sustracción, Venta y Tráfico de Niños y sobre algunos aspectos del funcionamiento práctico del Convenio de la 29 de mayo de 1993". Respuestas de Perú. p. 1.

Personas y Afines. La investigación es llevada por la policía, pero participa a su vez el Ministerio Público<sup>758</sup>.

De darse los casos en el exterior, el Estado buscará la repatriación segura y la atención del niño y adolescente en el Perú<sup>759</sup>.

## **2. Medidas recomendadas para que la adopción internacional responda al interés superior del niño y adolescente.**

Antes concluir con la investigación realizada a lo largo de esta tesis, se ha considerado adecuado reunir las medidas más importantes que se han venido proponiendo con el fin de que la regulación de la adopción internacional pueda responder al interés superior del niño y adolescente de manera adecuada.

Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento el Estado tiene la obligación de hacer primar el interés superior del niño sobre otros tipos de intereses. Toda reforma deberá ser llevada a cabo no sólo en el plano legal, sino que deberá ser implementada asignándose los recursos necesarios para obtener los fines buscados.

El interés superior del niño y adolescente debe aplicarse en cada estadio del proceso y en cada medida de protección aplicada a los niños y adolescentes sin cuidado parental. De ahí que el análisis del sistema de protección infantil en general es necesario pues tienen implicancia directa en los resultados obtenidos por la adopción internacional.

Para este fin se recomiendan las siguientes medidas específicas para nuestro país:

1. El Estado deberá desarrollar un programa de apoyo generalizado a las familias que enfrentan crisis y requieren de asistencia con el fin de que no se vean en la necesidad de separarse de sus hijos, tras su internamiento en una institución o albergue.
2. El Estado debe agotar esfuerzos por que se reduzca el tiempo en que pasan los niños sin cuidado parental en instituciones públicas. En los casos en que se haga necesaria la intervención del aparato estatal ante una carencia de cuidado parental o de un cuidado adecuado por los mismos, se deberán fomentar e invertir en la expansión de programas de acogimiento familiar o *foster care* con el fin de que la

---

<sup>758</sup> Ídem. p. 3.

<sup>759</sup> Ibídem.

institucionalización sea en la práctica el último recurso a usarse como medida de protección temporal.

3. A su vez, en el marco de la investigación tutelar las esperas propias de las investigaciones sobre la existencia de familiares, no deberán significar una estancia indeterminada en las instituciones, albergues o familias sustitutas.
4. Desde que el niño ingresa al sistema de protección estatal, deberán recolectarse sus datos personales y toda la información médica y psicológica con que se cuente al momento del ingreso. De este modo debe combatirse la falta de claridad legal y de registro de datos sobre el número de niños en albergues e instituciones, privadas o públicas, las causas de su internamiento, las medidas de protección aplicadas, entre otros datos importantes para evaluar sus necesidades.
5. Este registro no puede quedar sólo en el albergue o institución, deberá necesariamente formar parte de un registro nacional que permita saber con certeza el número de niños parte del sistema de protección, las medidas de protección aplicadas a su favor, los resultados de sus informes médicos y psicológicos realizados, entre otros datos esenciales.
6. Es particularmente importante que se estipule el número de exámenes obligatorios que deben realizarse por año, la frecuencia de los mismos, y la exigencia del monitoreo de la adecuación de las medidas protección brindadas de acuerdo a la evolución de la situación del niño a lo largo de su estancia en un albergue o institución.
7. Debe hacerse un esfuerzo por crear perfiles de los niños y adolescentes sean realizados no ante la existencia de solicitantes sino que desde que ingresa al sistema de protección. Esto significará un análisis más completo del interés superior del niño y adolescentes a la hora de declarar su adoptabilidad y, posteriormente, al momento de ser asignado a sus futuros padres adoptivos.
8. Debe identificarse claramente a los niños que no podrán ser reinsertados en sus familias con el fin de ejercitar su derecho a la familia, mediante la elaboración de un proyecto de vida permanente. Las dilaciones en la elaboración de este plan de vida son contrarias al interés superior del niño. Es deber del Estado prevenir todo obstáculo a la posibilidad de que un niño acceda a una familia.

9. Se requiere un trabajo dedicado para lograr la identificación de los niños y adolescentes que requieren medidas de protección permanentes como la adopción. Esta identificación no debe reducirse a las instituciones y albergues, a través del registro obligatorio de información antes mencionado. Sería importante que el Estado diseñe programas que permita identificar también a los niños que viven en las calles, muchos de ellos sin cuidado parental y que no están realísticamente en posición de tener un cuidado inmediato por sus padres.
10. Esto significa la facilitación de la identificación de niños y adolescentes que pueden beneficiarse con una adopción nacional o internacional, con el fin de encaminarlos hacia ese fin siguiendo los procedimientos y respetando las salvaguardas propias de procedimiento formal. Así se evita su hacinamiento indefinido en las instituciones y que con el transcurrir del tiempo vean cada vez más lejana la posibilidad de su adopción.
11. La identificación de niños y adolescentes pasibles de adopción también debe darse dentro de la etapa de la investigación tutelar. De ahí que sea importante que la Dirección General de Adopciones cuente nuevamente con un equipo de impulso para acelerar esta etapa.
12. Debe prestarse particular atención a aquellos niños más pequeños que entran dentro del sistema de protección siendo que la institucionalización en edades tempranas es incluso más perjudicial. De este modo, debe priorizarse la adopción expeditiva de los mismos con el fin de evitar daños irreversibles futuros.
13. El Estado de cumplir una labor fundamental en la elaboración de políticas para evitar el abandono de niños y adolescentes. El abandono significa terribles consecuencias para los niños y adolescentes que terminan perdiendo información esencial para su identidad como la filiación biológica y su historial clínico.
14. Esta labor no debe reducirse a la asistencia económica para prevenir los abandonos, sino que está en la obligación de llevar a cabo políticas de educación sexual y la difusión de los medios formales para dar un hijo en adopción. La desinformación genera mayores abandonos o la entrega informal del cuidado de niños y adolescentes a personas que no siempre serán las más aptas para realizarlo.
15. Los albergues privados en el Perú deben ser monitoreados adecuadamente, sometidos a las mismas obligaciones de registro con el fin de que no queden

- niños fuera del sistema de protección, hacinados en estas instituciones. El control de los mismos es primordial para evitar que se permita el ingreso de niños sin expresión de causa que para fines prácticos quedan fuera del sistema de protección formal y carecen de las salvaguardas ofrecidas por el mismo.
16. El Estado debe comprometerse con su obligación de desarrollar proyectos de vida permanentes para los niños y adolescentes sin cuidado parental que, en caso de ser imposible la reunificación familiar, deberán devenir en agotar esfuerzos para su adopción.
  17. El proyecto de vida permanente no puede ser elaborado si es que no se llevan a cabo un esfuerzo por la identificación de aquellos pasibles de adopción nacional e internacional, y la temprana elaboración de los perfiles de los mismos.
  18. Debe realizarse un esfuerzo estatal por reconocer, refrendar y difundir el derecho a un niño a no ser institucionalizado, y a que se agoten esfuerzos para su eventual adopción. Además, se requiere enfatizar el reconocimiento de que el principio de subsidiariedad no será interpretado privilegiando medidas de protección no permanentes nacionales.
  19. Ya que el principal obstáculo a las adopciones expeditivas se da durante la fase pre-adoptiva, deberá invertirse los recursos necesarios para que ésta sea asumida en todo el país por la Dirección de Investigación Tutelar o se creen juzgados especializados en materia tutelar. Con ambas opciones se reducirá la carga procesal de los Juzgados de Familia y se podrá agilizar la declaración de abandono de los niños y adolescentes para su futura promoción en adopción.
  20. Debe crearse un registro formal de los niños declarados en abandono que son conducidos a la Dirección General de Adopciones con el fin de que se pueda contrastar estadísticamente el porcentaje de niños adoptados respecto del número de niños que son pasibles de abandono.
  21. Siendo que en la práctica la declaración de abandono judicial no es sinónimo de adoptabilidad, deberán establecerse legalmente los criterios a usarse la Dirección de Evaluación Integral de la Dirección General de Adopciones para determinar que un niño o adolescente puede ser promovido en adopción y los procedimientos a seguir para llegar a esta conclusión.



22. Debe determinarse por ley la patria potestad del niño y adolescente del niño declarado judicialmente en abandono.
23. El Estado deberá insistir en sus esfuerzos por adecuarse a los requerimientos y salvaguardas del Convenio de la Haya de 1993, diseñados para la consecución de interés superior del niño. De lo visto a lo largo de esta evaluación se ha podido comprobar que nuestra regulación ha hecho un esfuerzo importante por adecuarse a lo estipulado por el Convenio de la Haya de 1993. No obstante existen algunos puntos que podrían pulirse.
24. Nuestra legislación permite la posibilidad de que puedan realizarse adopciones internacionales fuera del marco ofrecido por el Convenio de la Haya de 1993 a través con países no contratantes mediante acuerdos directos con organizaciones de estos países. Si bien en la actualidad ya no existen casos de adopciones internacionales fuera del Convenio, debería anularse la posibilidad de la existencia de esta dualidad debido a que se permite potencialmente que unas adopciones cuenten con las garantías propias del Convenio y otras no.
25. Ya que el factor de conexión usado en el Convenio es la residencia habitual y no la nacionalidad, todo residente habitual de un Estado contratante que busque adoptar a un niño con residencia habitual en Perú deberá para luego trasladarlo a su lugar de residencia deberá someterse a lo estipulado por el Convenio. No obstante en el Perú se permite que los peruanos residentes en el exterior puedan realizar el trámite directamente en nuestro país y, en caso sea un familiar del niño o adolescente en cuestión, pueda hacerlo por vía de adopción sin que se apliquen las normas del Convenio. Esta exención deberá ser inaplicada por contravenir el Convenio.
26. El Convenio insta a los Estados contratantes la obligación de conservar cualquier información que dispongan relativa al niño y a sus orígenes, además de la obligación de asegurar que el niño pueda acceder a tal información eventualmente. Con el fin de garantizar el cumplimiento del deber de conservación de la información relativa a los orígenes del niño y el derecho del niño y adolescente de acceder a su información personal, los Estados deberán agotar esfuerzos para que la recolección y registro de información esencial de todo niño y adolescente que entre al sistema de protección infantil deba ser lo más exhaustiva posible.

27. Debe considerarse el uso de los Informes Modelos contenidos en la Guía de Buenas Prácticas No. 1 con el fin de uniformizar el registro de datos esenciales de los niños y adolescentes que entran al sistema de protección infantil.
28. Debe también considerarse emular lo realizado en Chile en cuanto al ofrecimiento de servicios de búsqueda de los orígenes del niño adoptado y la asistencia para la reunión con sus padres biológicos, cuando así lo soliciten.
29. De alentarse las contribuciones de los padres adoptivos, éstas no deberá ser pre-adoptivas. Y para fines de su administración, podría acreditarse a una entidad distinta a la Dirección General de Adopciones encargada no sólo de la administración de las donaciones provenientes de los adoptantes sino de otras contribuciones fruto de la concientización de la necesidad de asistir a los niños y adolescentes institucionalizados.
30. Siguiendo el ejemplo sueco, este organismo podría encargarse no sólo de la administración de las posibles contribuciones, sino que también de la realización de funciones de promoción y difusión de la cultura de la adopción, así como brindar servicios de apoyo a las familias con carencias económicas para prevenir los abandonos y asistir la preparación de los niños y adolescentes que no pudieron ser adoptados para su adecuación a la realidad fuera de las instituciones una vez lograda la mayoría de edad.
31. Una alternativa a esto podría ser la búsqueda de Convenios con estos organismos acreditados y autorizarlos en nuestro país para que realicen algunas de aquellas funciones, como sucede en otros países.
32. En los casos que el Perú trabaje como Estado de recepción en adopciones internacionales constituidas en el extranjero, deberá establecerse claramente si se reconocerán adopciones provenientes de Estados no parte del Convenio de la Haya de 1993 y el procedimiento para hacerlo; así como también se deberán instituir procedimientos claros para el registro de los niños y adolescentes como hijos de los adoptantes y regular si se les otorgará nacionalidad peruana automática.

## CONCLUSIONES

1. La adopción es una institución tan antigua como la misma sociedad humana que ha gozado de una casi total universalidad a lo largo de los tiempos. Existen algunas excepciones como la cultura islámica en la que está prohibida la formación de lazos familiares artificiales.
2. Las motivaciones para la realización de adopciones han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo. Antiguamente fue utilizada para evitar que un hombre sin hijos biológicos muriera sin dejar descendientes y en la actualidad esto ha evolucionado hasta ser considerada como una medida de protección para niños y adolescentes sin cuidado parental, promoviendo así sus intereses como prioritarios.
3. A diferencia de la adopción doméstica, la adopción internacional sí es una institución moderna. Surge tras la Primera Guerra Mundial, cobra mayor importancia tras la Segunda ante la existencia de miles de huérfanos que fueron adoptados por familias extranjeras. No obstante, empezó a tener mayor auge en los años 60 cuando una serie de factores sociales devinieron en la reducción de los índices de natalidad en los países desarrollados por lo que hubo menos niños aptos para la adopción nacional.
4. Debido a la demanda creciente a partir de los años 60 y los lamentables casos de tráfico infantil que surgían con aparente rapidez, la adopción internacional se complejiza en cuanto a la fundamentación de su existencia ya que a pesar de haber surgido como una forma de asistencia a niños y adolescentes en estado de necesidad, parecía haberse convertido en una respuesta a las necesidades de personas del primer mundo.
5. Se han dado diversos intentos de regulación, no obstante ninguno de los instrumentos internacionales que buscaron regular esta figura tuvo mucha acogida y se limitaron a dar guías y principios generales. De ahí, no lograron hacer una

mella real en el tráfico infantil. No es hasta el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional o Convenio de la Haya de 1993, que se logra llegar a acuerdos para la regulación de la adopción internacional.

6. Hoy en día se ha llegado al consenso de que la adopción internacional es ante todo una institución en servicio de los niños y adolescentes, por lo que su regulación y aplicación deberá tener en cuenta su interés superior.
7. Debido a los condicionamientos sociales y demográficos, el Perú es principalmente un país de origen. Los casos de adopción internacional que proliferan en el Perú son aquellos en los el elemento extranjero proviene de los adoptantes.
8. En el Perú existen tres tipos de adopciones: la adopción de mayores de edad, la adopción judicial por excepción de niños y adolescente, así como también la adopción administrativa de niños y adolescente declarados en estado de abandono. Todas ellas pueden contar con el elemento de extranjería.
9. El Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional sólo es aplicable a niños o adolescentes con residencia en un país distinto a la de los adoptantes, siempre que la adopción implique un traslado fuera de su país de residencia luego de la adopción o para llevarla a cabo en el país de residencia de los padres adoptivos. En el Perú no está permitido este último escenario.
10. A la adopción de mayores de edad, la adopción de niños y adolescentes por nacionales o extranjeros residentes habituales en el Perú, y la mayoría de supuestos dentro de la adopción judicial por excepción, no les es aplicable el Convenio de la Haya de 1993. De ahí que ante la existencia de un elemento de extranjería les son de aplicación las normas contenidas en el Libro X del Código Civil y, supletoriamente, los principios y criterios de Derecho Internacional Privado.
11. Nuestro Código Civil opta por la aplicación distributiva de la ley personal del adoptante y la del adoptado para distintos supuestos. Las condiciones necesarias

- que ha de cumplir el adoptante serán reguladas según las leyes del domicilio del mismo. Así, ésta regulará la capacidad para adoptar, la edad y estado civil del adoptante, la necesidad de la aceptación del cónyuge (de ser necesaria) y otras condiciones que sean necesarias en su Estado para poder adoptar.
12. La ley del domicilio del adoptado regulará la capacidad para poder ser adoptado (entendida como la residencia habitual), la edad y el estado civil del adoptado, por tanto su capacidad; la necesidad del consentimiento de los progenitores, si es que se va a producir la ruptura de los vínculos de parentesco con la familia biológica; y también regulará la forma a procederse para obtener el permiso para que el menor salga del país.
  13. Nuestro Código Civil no regula la ley aplicable a la revocación y la nulidad. De ser constituida la adopción en nuestro país y al no tener normas específicas sobre la nulidad y la revocación de la adopción consideramos que sería razonable que se aplicara la misma ley aplicable a la constitución de la misma.
  14. En nuestro país, el artículo 380 del Código Civil es categórico al establecer que la adopción es irrevocable. No obstante, el adoptado podría pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente de su mayoría de edad y en tal caso recuperaría su filiación consanguínea y la partida original. Consideramos que aun cuando se contempla esa excepción, la irrevocabilidad sigue existiendo para los adoptantes y es una norma de orden público internacional. De esta forma, no podría aplicarse una norma extranjera que dispusiese la revocación de una adopción en nuestro país.
  15. La ley aplicable a los efectos de la adopción tampoco ha sido regulada en nuestra legislación. El Libro X sólo hace mención que la ley del domicilio del adoptado regulará la eventual ruptura del parentesco. Otros efectos no regulados son los de la nacionalidad, el domicilio, el ejercicio de la patria potestad, el nombre, el derecho alimentario y los impedimentos matrimoniales. Consideramos, como es la tendencia habitual en otros ordenamientos, que deben someterse los efectos de la

- adopción a la ley de la residencia habitual de los adoptantes ya que los efectos se darán en el país de residencia de los mismos.
16. El libro X tampoco regula lo referente al reconocimiento en el Perú de las adopciones constituidas en el extranjero. La adopción internacional se constituye por una resolución de tipo no contenciosa, la misma que según nuestro ordenamiento no requiere de exequátur.
  17. El Perú actualmente no cuenta con un procedimiento para dotar de eficacia a las resoluciones extranjeras no contenciosas. La sentencia de adopción extranjera, en su condición no contenciosa, tiene un efecto de hecho jurídico vinculante que garantiza el reconocimiento automático de la existencia de la adopción.
  18. El reconocimiento automático de la existencia de la adopción no significa que no se pueda realizar una valoración al momento de la inscripción en el Registro. Por tanto, si esta adopción violase el orden público internacional, podría evitarse su inscripción. Este es el caso de las adopciones constituidas en el extranjero por una pareja homosexual.
  19. El Perú no cuenta con regulación sobre el procedimiento y requerimientos para realizar la inscripción de una adopción realizada en el extranjero. Sólo de forma general se menciona que las adopciones son inscribibles en el Registro (artículo 4, Ley No. 26497), por lo que no existe impedimento alguno para que fueran solicitadas. Consideramos que debería regularse este vacío apropiadamente.
  20. A las adopciones de niños y adolescentes, se les aplicará el Convenio de la Haya a menos que el adoptante y/o adoptado tenga su residencia habitual en un Estado no contratante, ni a aquellas otras en las que adoptante y adoptando son nacionales de distintos Estados contratantes pero tienen su residencia en el mismo Estado contratante.
  21. En el Perú, según nuestras normas internas, sólo pueden constituirse adopciones internacionales de ciudadanos con cuyos Estados de residencia exista un tratado

- previo o convenios interinstitucionales previos. Si bien hoy en día no existen organismos acreditados de países que no hayan ratificado el Convenio de la Haya de 1993, la posibilidad de la existencia de la dualidad antes mencionada existe y se dio en la práctica antes de que Estados Unidos ratificara este Convenio. Consideramos que la existencia de esta dualidad debe erradicarse de nuestra regulación.
22. En el caso de las adopciones realizadas excepcionalmente en vía judicial, si los familiares que buscan adoptar residen en el extranjero, el Convenio de la Haya también les es aplicable. No obstante, el Poder Judicial no ha sido declarado Autoridad Central y, por tanto, no aplica las normas y garantías del Convenio a las adopciones intrafamiliares realizadas por residentes en el extranjero. Esto es una contravención del Convenio que debe ser subsanada.
  23. El Convenio de la Haya es un tratado de cooperación administrativa y judicial interestatal, y no un tratado de Derechos Humanos. Su objeto principal es la estipulación de normas y procedimientos de cooperación que haga más seguro el procedimiento de adopción internacional para los niños y adolescentes involucrados.
  24. El Convenio de la Haya de 1993 tiene tres objetivos principales: establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional; establecer un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías, y crear un sistema de reconocimiento automático de las adopciones entre los países contratantes.
  25. El procedimiento incluido en el Convenio de la Haya de 1993 es uno previo al de la constitución de la adopción. Es un proceso de instrucción. La constitución de la adopción se dará de acuerdo a lo que las legislaciones de cada Estado estipulen.
  26. Cada Estado aplicará normas y requisitos específicos además de los que indica el Convenio, de acuerdo a la ley aplicable a los mismos. Si los requisitos de adecuación y aptitud del Estado de recepción no coinciden con los del Estado de

origen, el Convenio permite a través del artículo 17 que el Estado de origen pueda negarse a que la adopción internacional concluya.

27. El Convenio de la Haya ha otorgado indudables aportes. Uno de ellos es la regulación de estándares mínimos destinados al procedimiento de instrucción previo a la adopción que deben ser cumplidos por todos los Estados al margen de la ley aplicable señalada en sus ordenamientos, logrando una uniformización mínima en todos los Estados.
28. El aporte más significativo es el sistema de reconocimiento automático en todos los Estados contratantes de las adopciones bajo su ámbito de aplicación. Otro aporte es el establecimiento de un sistema de cooperación que permite la posibilidad de intercambiar información entre Autoridades Centrales con el fin de hacer del procedimiento de adopción uno más eficiente. Esto reduce significativamente la posibilidad de conflictos entre los Estados.
29. Otro aporte importante es la estipulación del deber de cumplir con el seguimiento post adoptivo de los Estados de recepción. Si bien no se estipula el tiempo que éste ha de durar, dejándose esto a la regulación del país de constitución de la adopción internacional, en la práctica esto se viene cumpliendo adecuadamente debido a que en nuestro país se toma en cuenta este cumplimiento por parte de los organismos internacionales autorizados a la hora de evaluar la renovación de su autorización.
30. Una crítica al Convenio es que no establece un derecho del niño o adolescente a ser adoptado internacionalmente cuando no se encuentren soluciones permanentes alternativas en el país de origen. Esta refrendación hubiera significado una obligación mucho más fuerte a ser cumplida por los Estados.
31. El Convenio es demasiado flexible al existir una flagrante ausencia de determinación de la ley aplicable a la capacidad para adoptar o los efectos de la adopción y los consentimientos necesarios, la determinación del tipo de organismo que constituirá la adopción y la estipulación de una obligación de permitir al niño acceder a su información sobre su identidad, etc. Todos estos temas son dejados al



Derecho Internacional Privado de cada Estado por lo que no existe una uniformidad de criterios.

32. Debido a la inexistencia de criterios uniformes los niños y adolescente de diversos países no cuentan con las mismas garantías. Sobre todo en temas como la adoptabilidad del niño o la aptitud, la adecuación de los padres prospectivos y las normas que rigen el consentimiento. Esto genera que se incremente la posibilidad de que los Autoridades Centrales denieguen la posibilidad de continuar con el procedimiento de adopción o la adopción constituida no sea reconocida en otro Estado por ser manifiestamente contrario al orden público internacional.
33. El Convenio de la Haya de 1993 presenta una intencional falta de definición de términos claves como “huérfanos”, “adopción”, “adoptabilidad”, “interés superior”, “subsidiariedad”, y “beneficios materiales indebidos”. En todos estos casos cada Estado está llamado a definirlos. Las interpretaciones sobre lo que se entiende por cada uno de estos conceptos diferirán en cada Estado. Es criticable que no se haya señalado siquiera mínimamente algunos lineamientos vinculantes para su interpretación que obliguen a todos los Estados.
34. El Convenio de la Haya de 1993 carece de un organismo de control, cuyas decisiones vinculen a los Estados en lo relativo al nivel y grado de adherencia a los principios o procedimientos incluidos en este Convenio. Tampoco existe un ente ante el cual puedan presentarse apelaciones de considerarse que la denegación de la constitución de adopción o del reconocimiento de la misma viola los derechos de los adoptantes.
35. Otra ausencia notable es la del establecimiento de sanciones por las violaciones del Convenio de la Haya de 1993 durante la adopción internacional. De esta forma, no existe una norma que obligue a los Estados a incluir dentro de sus sistemas penales los delitos vinculados con las malas prácticas de la adopción internacional relacionadas al tráfico infantil.
36. El interés superior del niño es el principio rector por excelencia de la adopción internacional. El contenido del mismo en relación con la adopción internacional no

ha sido señalado en el Convenio de los Derechos del Niño ni en el Convenio de la Haya de 1993, tampoco se han elaborado guías que asistan su determinación.

37. La aplicación del interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional debe implicar un análisis en dos etapas: 1) El interés superior del niño y adolescente como principio guía y de interpretación durante la evaluación de la adopción internacional como una opción de protección de un niño en particular y 2) el interés superior del niño y adolescente como criterio supremo de evaluación de la mejor forma de regular la adopción internacional como alternativa permanente de protección de niños sin cuidado parental que no pueden ser reunificados con sus padres.
38. En esta tesis se han identificado distintos criterios que deben aplicarse a la adopción internacional con el fin de que favorezca al cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes.
39. Un primer criterio es aquel que establece que toda medida, aplicación o interpretación de la misma que no tenga en cuenta la totalidad del sistema de derechos humanos que protege a los niños y adolescentes y viole o restrinja sus derechos es contraria a su interés superior. Por tanto, cuando se tome una medida que concierna al niño o adolescente deberá elegirse aquella que favorece la consecución de sus derechos.
40. El análisis del interés superior en cada caso en concreto debe tener en cuenta la opinión del niño o adolescente, de acuerdo a su grado de madurez y discernimiento. De ser un niño o adolescente con capacidad de discernimiento, incluso es recomendable que dé su consentimiento.
41. La situación de cada niño o adolescente en particular es única y, por tanto, en cualquier medida propia del procedimiento de adopción internacional deberá tenerse en cuenta sus características personales en cuanto a edad, sexo, estado de salud, personalidad, desarrollo afectivo, etc. así como sus necesidades, lazos afectivos, capacidades, intereses, entre otros.

42. El niño y adolescente tiene derecho crecer dentro de su familia y con sus padres, y a no ser separado de ellos sino excepcionalmente cuando permanecer dentro de la misma pueda resultar negativo a sus intereses. El Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección a favor de los niños que no cuentan con cuidado parental para evitar que sean víctimas de explotación o abuso. Nuestra regulación distintas medidas de protección: el cuidado en el propio hogar, la participación en programas sociales, la colocación familiar o en una familia sustituta, la institucionalización y la adopción. Esta última es una medida de protección permanente que sólo podrá ser usada después de la declaración de abandono del niño o adolescente.
43. Nuestro ordenamiento prohíbe que la carencia de recursos materiales no puede dar lugar a la declaración del estado de abandono. Sin embargo, existe una causal de “total desamparo” que termina siendo un cajón de sastre que permite que muchos niños entren dentro del sistema de protección por razones de pobreza. La realidad de la existencia de niños y adolescentes en situación de abandono que terminan siendo institucionalizados debido a la pobreza no desaparecerá por la mera existencia de una prohibición.
44. Nuestro país no cuenta con programas estatales adecuados que ofrezcan una ayuda efectiva a aquellos padres que no pueden sustentar adecuadamente a sus hijos con el fin de que se mantengan con ellos en la medida de lo posible, y así evitar su institucionalización y posible declaración de abandono posterior.
45. Si bien dentro de las causales del estado de abandono se contempla la causal de entrega voluntaria de un niño para su adopción, no existe un esfuerzo real por la difusión del camino formal para dar un niño o adolescente en adopción. Esto deviene en contrario al interés superior del niño ya que la falta de información termina por generar abandonos y entregas directas informales de los padres a otras personas con el fin de que se ocupen de ellos. Consideramos que una mayor difusión incluso podría reducir el número de abortos clandestinos en nuestro país.

46. En el marco de la Investigación Tutelar, en la que sólo pueden tomarse medidas de protección temporales, nuestras normas no incluyen guía alguna para la elección de una medida de protección sobre otra. Se deja a criterio del ente administrativo o el juez la elección de la medida que considere satisface el interés superior del niño o adolescente en cuestión. Sólo se hace la mención de que se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios así como el tratamiento de los casos como problemas humanos.
47. Los inminentes daños causados por la institucionalización conminan al Estado a hacer que realmente sea una medida de protección temporal y el último recurso en cuanto a las medidas de protección que debe usar un Estado. No obstante, en la práctica, termina siendo la única alternativa real para la mayoría de niños en presunto estado de abandono que no pueden permanecer en su familia nuclear o extendida. Opciones como la colocación en familias sustitutas no son alternativas reales ya que aún no está extendida. Consideramos que esta situación es contraria a su interés superior y, por tanto, debe invertirse en opciones como la colocación a la vez que iniciar un proceso de desintitucionalización real en nuestro país.
48. La adopción internacional es una medida de protección permanente comprobadamente preferible a otras opciones como la colocación en familias sustitutas y la institucionalización ya que ofrece un ambiente familiar permanente a un niño o adolescente sin cuidado parental. Como tal, es deber del Estado regularla eficientemente y potenciarla con el fin de que las adopciones sean llevadas a cabo mediante procedimientos expeditivos que no devengan en la permanencia insulsa de niños y adolescentes en instituciones de bienestar.
49. Si bien no existe un derecho a adoptar por lo que una persona no puede exigir que se le asigne un niño o adolescente tras cumplir ciertos requisitos, consideramos que una interpretación conjunta del derecho a tener una familia y el principio del interés superior del niño conduce a que existe un derecho a ser adoptado en cualquiera de sus modalidades cuando el niño sin cuidado parental no pueda ser reunificado a su familia.

50. Toda regulación o práctica que impida que los niños o adolescentes pasibles de ser adoptados puedan acceder a esta medida debido a fallas estructurales o dilaciones indebidas, resulta en violatoria de los derechos humanos de los niños y adolescentes sin cuidado parental al fomentar el hacinamiento en instituciones de aquellos que bien pudieran beneficiarse con esta medida de protección.
51. Para poder constituirse una adopción, los Estados de origen, como es el caso del Perú, deberán haber establecido que el niño es adoptable a partir de la definición que le otorgue la ley aplicable. En el caso del Perú, la ley aplicable a la adoptabilidad es la ley del domicilio. La norma interna peruana al respecto establece que sólo pueden ser adoptables los niños o adolescentes declarados judicialmente en abandono, salvo en los casos de adopción de excepción en vía judicial.
52. En esta investigación se ha podido constatar que las mayores dilaciones se encuentran en la etapa inicial del recorrido del niño y adolescente hacia la adopción. Desde que entra al sistema de protección existen demoras tanto en la Investigación Tutelar como en el proceso judicial de declaración de abandono.
53. Un primer problema se presenta cuando las instituciones o albergues reciben niños o adolescentes cuya situación de abandono de estos no es comunicada adecuadamente a las autoridades. De ahí que exista un número de niños que están fuera del sistema de protección estatal y en la práctica están condenados a permanecer indeterminadamente en los Centro de Atención Residencial.
54. En la actualidad, la Investigación Tutelar y el proceso judicial de declaración de abandono pueden llegar a tardar más de dos años<sup>760</sup> aunque debería tomar sólo 7 meses<sup>761</sup>. Esta larga espera se debe a la carga laboral de los 27 juzgados especializados de familia y a que la Dirección de Investigación Tutelar del

---

<sup>760</sup> Información otorgada por Eda Aguilar, titular de la Dirección General de Adopciones a El Comercio. En: SÁNCHEZ, LOURDES. "Las trabas burocráticas impiden que 288 familias adopten a menores abandonados". (Artículo periodístico). El Comercio, edición del lunes 22 de abril de 2013.

<sup>761</sup> *Ibidem*.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables realiza funciones sólo en Lima, dejando el resto de investigaciones tutelares en manos de los juzgados antes mencionados. A su vez, se han reportado<sup>762</sup> en las investigaciones tutelares administrativas que causan que los expedientes estén incompletos y que, una vez dentro del proceso judicial de declaración de abandono, deban ser devueltos para su subsanación, generándose así más dilaciones<sup>763</sup>.

55. Debido a estos problemas, nuestro país vive una carencia de niños y adolescentes legalmente adoptables que no se condice con los 19 873<sup>764</sup> niños y adolescentes que aproximadamente residen en los Centros de Atención Residencial administrados por entidades públicas o privadas, muchos de los cuales no tienen contacto con sus padres y podrían beneficiarse con su adopción. De este número, sólo 2682<sup>765</sup> cuentan con la declaración judicial de abandono que los hace legalmente adoptables. Estas cifras no incluyen los niños que viven en la calle sin cuidado parental.
56. Las estadísticas presentadas por la Dirección General de Adopciones son claras al mostrar que desde el año 2007 a la fecha nunca se ha llegado siquiera a 300 adopciones por año<sup>766</sup>. El año pico fue el 2010 en el que se dieron 258<sup>767</sup>, y desde esa época el número de adopciones declinó hasta los 203 realizados en el 2012<sup>768</sup>.
57. Actualmente no existe un programa adecuado de identificación de niños y adolescentes pasibles de adopción dentro de los propios albergues o instituciones, y, por tanto, no existe un registro nacional de niños y adolescentes aptos para ser adoptados. Esto, sumado a las dilaciones antes mencionadas, el sistema de protección resulta ineficiente resultando en que muchos niños y adolescentes pasibles de adopción permanezcan en instituciones viendo, con el pasar de cada día, reducida sus posibilidades de ser promovidos en adopción.

---

<sup>762</sup> *Ibidem*.

<sup>763</sup> *Ibidem*.

<sup>764</sup> OYARZU, Bennet. Loc. Cit. Cifras al 2009.

<sup>765</sup> *Ibidem*.

<sup>766</sup> SECRETARÍA NACIONAL DE ADOPCIONES. Estadísticas.

En: [http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/Adopciones\\_NNAnacional\\_31Enero2013.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/Adopciones_NNAnacional_31Enero2013.pdf)

<sup>767</sup> *Ibidem*

<sup>768</sup> *Ibidem*

58. Es imperiosa una reforma de la regulación de forma que el sistema de protección infantil de nuestro país sea más eficiente. En este sentido, se requiere el personal y los recursos adecuados para poder llevar a cabo un trabajo de registro, ayuda personalizada, y monitoreo de las instituciones públicas y privadas en la aplicación de las medidas provisionales y permanentes que se estimen convenientes con el fin de que ningún niño pueda estar “fuera del sistema”, como sucede en la práctica, y puedan agotarse todos los esfuerzos porque el niño o adolescente sea reinsertado en su familia, sea colocado en un ambiente familiar o institucional adecuado temporalmente, o pueda llegar a ser adoptado de manera expeditiva.
59. Un sistema de protección que responda al interés superior del niño y adolescente debe contar con un registro nacional de niños y adolescentes que incluya a todos los Centros de Atención Residencial administrados por entidades públicas y privadas. Debe además estipularse un control continuo que permita contar con el número de niños ingresados al sistema de protección, las medidas previsionales tomadas en su favor, las actividades de reinserción familiar intentadas, la frecuencia de su comunicación con sus padres o familiares, los resultados de exámenes físicos y psicológicos, entre otros.
60. La identificación de los niños que no podrán ser reinsertados en sus familias es importante con el fin de ejercitar su derecho a la familia, mediante la elaboración de un proyecto de vida permanente. Esta identificación no debe reducirse a las instituciones y albergues, sino incluso deben diseñarse programas de identificación de niños sin cuidado parental que viven en las calles.
61. Debe hacerse un esfuerzo por crear perfiles de los niños y adolescentes desde que ingresan al sistema de protección, y no sólo recién cuando haya la posibilidad de designarlo a una familia adoptiva. Esto significará un análisis más completo del interés superior del niño y adolescentes a la hora de declarar su adoptabilidad y, posteriormente, al momento de ser asignado a sus futuros padres adoptivos.

62. Consideramos que con el fin de evitar dilaciones deben crearse un número de juzgados especiales tutelares suficientes como para encargarse *exclusivamente* de las investigaciones tutelares y los procesos de declaración de abandono en todo el país. Además, la Dirección General de Adopciones debe contar nuevamente con un equipo de impulso tutelar con el fin de que pueda ayudar a identificar con mayor celeridad a aquellos niños pasibles de adopción.
63. De preferirse que la investigación tutelar sea administrativa, entonces el Estado deberá invertir los recursos necesarios para que la Dirección de Investigación Tutelar pueda llevar a cabo realmente las investigaciones tutelares en todo el país de manera adecuada y no sólo en Lima, de manera que el Poder Judicial no vea recargadas sus ya abultadas funciones. En este sentido debe tenerse particular cuidado en la elaboración de guías de buenas prácticas para la realización de los exámenes propios de la investigación tutelar con el fin de prevenir errores cuya necesaria solución ordenada por el juez retrase el procedimiento.
64. Nuestro ordenamiento señala que es un requisito de adoptabilidad ser declarado judicialmente en abandono. No obstante, en la práctica no es el único requisito usado por la Dirección General de Adopciones ya que según lo manifestado por la representante de la Dirección General de Adopciones el Equipo de Evaluación Integral de la Dirección General de Adopciones realiza una evaluación sobre su adoptabilidad. Es preocupante que los criterios y procedimiento exigible para declarar esta adoptabilidad no aparezcan en ninguna norma. Respondería al interés superior del niño y adolescente que se establecieran claramente los criterios que hacen que un niño sea adoptable o no para nuestro ordenamiento con el fin de reducir la discrecionalidad de la Dirección General de Adopciones.
65. En cuanto a la declaración judicial de abandono, nuestra ley no contempla quién asume la tutela de este niño o adolescente una vez declarado en estado de abandono. Se considera necesario designar a la persona o institución responsable de estos niños y adolescentes.



66. Una vez declarado el niño y adolescente en estado de abandono, los expedientes son enviados a la Dirección General de Adopciones y contrario a lo que sucede en la etapa inicial, una vez lograda la designación del niño o adolescente a una persona previamente encontrada apta, este procedimiento es más bien expeditivo. Una vez aceptada la designación, los padres adoptivos residentes en el exterior deberán viajar al Perú y pasar un periodo de sólo 33 días hasta la constitución de la adopción.
67. La eficiencia del trabajo de la Dirección General de Adopciones desde el procedimiento de instrucción previo a la constitución de la adopción hasta la constitución de la misma demuestra que está en capacidad de llevar a cabo sus funciones, además de ser la instancia que mejor conoce el caso. Por este motivo, no concordamos con el Proyecto de Nuevo Código de Niños y Adolescentes que propone que las adopciones sean constituidas en vía judicial ya que agregaría una revisión más que sólo traería retrasos contrarios al interés superior del niño y adolescente a ser adoptado.
68. No obstante esta eficiencia, no puede dejar de mencionarse que la Dirección General de Adopciones no cuenta con un registro formal de los casos de niños y adolescentes declarados en abandono que llegan a la Dirección General de Adopciones para su gestión. Según lo conversado con una representante de esta institución, hoy en día sólo se maneja un registro interno que está en proceso de formalizarse. Esta situación necesita ser revocada con el fin de poder establecer la proporción entre niños declarados en abandono y aquellos adoptados.
69. La aplicación del principio de subsidiariedad se da al realizar las propuestas. Debido al número reducido de niños legalmente adoptables en nuestro país, y a la obligatoria aplicación del principio de subsidiariedad, en la práctica las parejas extranjeras son propuestas para aquellos niños o adolescentes no aceptados por las parejas nacionales. Es el caso de niños y adolescentes que presentan problemas de salud o tienen antecedentes de padres con trastornos mentales o adictos al alcohol o la droga.

70. A pesar de la aplicación del principio de subsidiariedad el número de adopciones nacionales siempre ha sido menor que las internacionales. En el 2007 se dieron 81 adopciones nacionales mientras que 144 internacionales, en el 2010 la proporción fue de 95 a 163, y en el 2012 fueron 81 nacionales y 122 internacionales. Esto se debe a que en nuestro país no existe una adecuada promoción de la cultura de la adopción por lo que se requiere un mayor trabajo de información y difusión de esta institución.
71. Se considera de acuerdo al interés superior del niño y adolescente que en el Perú la asignación no sea realizada por una sola persona sino que por un equipo de profesionales especializados en el tema. En este sentido, la regulación peruana cumple perfectamente con lo sugerido pues el Consejo Nacional de Adopciones es el encargado de realizar la designación.
72. Responde también al interés superior de los niños y adolescente con necesidades especiales que exista un programa de adopciones prioritarias que agoten esfuerzos para elevar sus probabilidades de adopción. De esta forma, en el Perú se permite la designación directa para los casos que entran dentro del programa de adopciones prioritarias “Ángeles que aguardan”.
73. El derecho de preservación de la identidad de los niños y adolescentes significa también que todo niño o adolescente adoptado internacionalmente tiene el derecho a que se le comunique su condición de adoptado, y a tener acceso a la identidad de sus padres biológicos y, si así lo desean, a acceder a sus registros e información originaria. En nuestro país, los adoptados pueden acceder a la información al cumplir la mayoría de edad. Sin embargo, la calidad de la información con que se cuenta, proveniente en su mayoría de las instituciones, no es la mejor o a veces es inexistente en el caso de los niños que fueron abandonados. Esto resulta en contrario al interés superior del niño y adolescente por negarle el acceso a información importante que forma parte de su identidad.
74. Sería importante que, como sucede en Chile, se cree un programa de búsqueda de orígenes mediante el cual un Estado de recepción pueda contactar a la Dirección

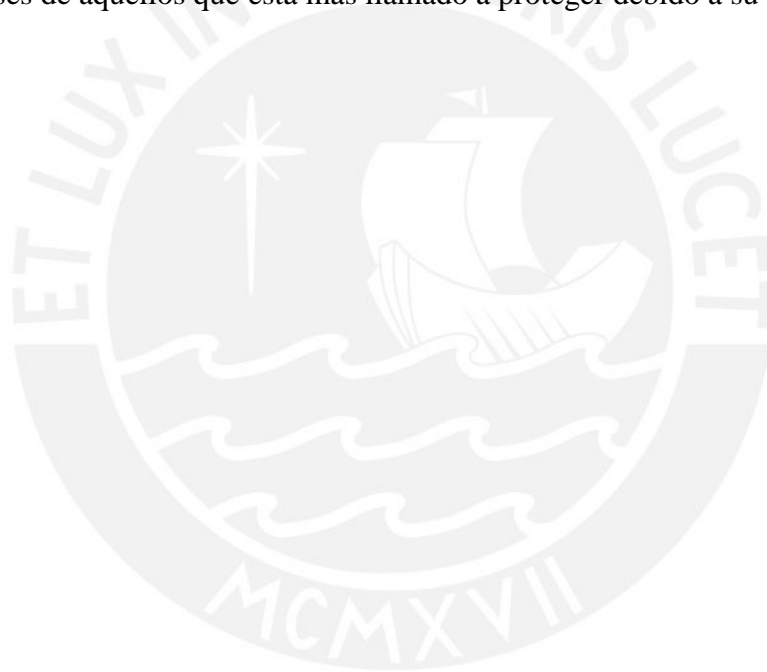
General de Adopciones para solicitar asistencia al adoptado para encontrar sus orígenes y conocer a su familia biológica.

75. El Perú cumple adecuadamente con el deber de evitar cobros indebidos así como la corrupción al evitar todo tipo de pago a la Autoridad Central, haciendo que el procedimiento de adopción internacional sea completamente gratuito. No obstante, la Dirección General de Adopciones no realiza control alguno de los cobros realizados por los organismos autorizados a trabajar en el Perú a los adoptantes, aun cuando se entiende que sería positivo que lo hiciesen debido a las muchas quejas sobre los costos elevados que significan este tipo de adopciones.
76. Nuestro país no contempla tasas por los servicios prestados durante este procedimiento, ni se exige una contribución obligatoria o la realización de donaciones. No obstante, siendo que el Perú es un país con una multitud de niños carentes no sólo de un ambiente familiar sino de acceso a bienes materiales, debería evaluarse la posibilidad de estipular una contribución recibida o administrada por una institución distinta a la Dirección General de Adopciones, con el fin de apoyar programas de ayuda a otros niños sin cuidado parental, como puede ser el programa de familias sustitutas o acogedoras.
77. Otra garantía que nuestro país ofrece para evitar el tráfico infantil es que todo niño o adolescente adoptado internacionalmente saldrá del país siempre que haya sido adoptado aquí y, por tanto, cuente con una partida de nacimiento. Esta partida les permite a los padres solicitar por el niño o adolescente adoptado el pasaporte para poder salir del país.
78. El Perú cumple adecuadamente con su deber de prevención de presiones indebidas, coacción, inducción o petición a los padres biológicos mediante la prohibición de las adopciones directas mediante la estipulación de que los niños y adolescentes deben ser declarados previamente en estado de abandono por un Juez de Familia, evitándose así que los padres biológicos no podrán tener vinculación alguna con el procedimiento de adopción pues tras la declaración de abandono ellos pierden la patria potestad del niño.

79. Otra forma de prevenir los delitos conexos a la adopción internacional en el Perú es a través de sanciones severas para los mismos. Así como la garantía de investigaciones necesarias para su detención y juzgamiento. Nuestro país ha dado un paso importante en la prevención del tráfico infantil al haber ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Así también, a nivel regional, nuestro país es parte de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, fruto de los trabajos de la quinta conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V).
80. El Convenio fruto de la CIDIP V no tiene mayor efecto práctico porque a la fecha no se ha designado Autoridad Central. Esta situación no responde al interés superior del niño y adolescente, que requiere la mayor protección que en un ordenamiento pueda otorgar.
81. A nivel nacional, el Perú cuenta con una Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, que incluye el tráfico infantil. Sin embargo, sería recomendable que se tuviese una ley específica para los casos de tráfico infantil y delitos conexos, en la que los ilícitos penales tengan penas muy severas.
82. La adopción realizada por residentes en el extranjero no significa en nuestro país la pérdida de nacionalidad. Incluso cuando el niño o adolescente adquirió la nacionalidad de sus padres, mantienen la nacionalidad peruana pues nuestras normas señalan que la nacionalidad no se pierde a menos que se renuncie explícitamente ante autoridad competente una vez adquirida la mayoría de edad. Responde al interés superior del niño y adolescente que los Estados de recepción otorguen la nacionalidad inmediata a los niños adoptados internacionalmente, siempre que alguno de los adoptantes sea nacional del mismo. No obstante, esta no es la práctica generalizada.
83. Como se ha visto a lo largo de esta tesis, para una correcta aplicación del principio del interés superior del niño en la adopción internacional debe reformarse el

sistema de protección infantil en su integridad. Los procedimientos a seguir desde que el niño ingresa al sistema de protección y realiza el recorrido hacia una posible adopción requieren una regulación adecuada que tome en cuenta las falencias evidenciadas en este trabajo y busque corregirlas apuntando hacia un sistema más eficiente que logre hacer que, si no todos, la mayoría de niños sin cuidado parental que sean aptos para beneficiarse con la adopción nacional e internacional tengan la oportunidad de ser adoptados lo más pronto posible por personas aptas y a través de procedimientos expeditivos.

Hasta el momento la imposibilidad de lograrlo sólo puede ser atribuida a la falta de voluntad política y compromiso del Estado con la protección de los derechos e intereses de aquellos que está más llamado a proteger debido a su vulnerabilidad.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. Artículos Periodísticos

1. BARTHOLET, Elizabeth y BARROZO, Paulo. “Amid Disaster, Haitian Orphans Find Homes”. NPR. 2010. En:  
<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=122808278>
2. BARTHOLET, Elizabeth. “Slamming the Door on Adoption”. 2007. The Washington Post. En:  
<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/11/02/AR2007110201782.html>
3. CORBETT, Sara. “Where do babies come from?”. The New York Times. 2002. En:  
<http://www.nytimes.com/2002/06/16/magazine/where-do-babies-come-from.html?pagewanted=all&src=pm>
4. DIARIO OFICIAL EL PERUANO. “Judicatura seguirá a cargo de la investigación tutelar”. Publicación de 2 de Octubre de 2011. En:  
<http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia.aspx?key=ELYSiAV/Itw=>
5. DIARIO LA REPÚBLICA. Publicación electrónica de 26 de abril de 2012. En:  
<http://www.larepublica.pe/26-04-2012/diez-mil-metros-del-perez-aranibar-no-se-usan-por-mala-infraestructura>
6. GRAFF, E.J. “Anatomy of an Adoption Crisis”. Foreign Policy. 2010. En:  
[http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/09/07/anatomy\\_of\\_an\\_adoption\\_crisis?hidecomments=yes](http://www.foreignpolicy.com/articles/2010/09/07/anatomy_of_an_adoption_crisis?hidecomments=yes)
7. GRAFF, E.J. “The Lie We Love”. Foreign Policy. 2008. En:  
[http://www.foreignpolicy.com/articles/2008/10/15/the\\_lie\\_we\\_love](http://www.foreignpolicy.com/articles/2008/10/15/the_lie_we_love)
8. JORDAN, Miriam. “Inside Ethiopia’s Adoption Boom”. En: The Wall Street Journal. 28 de abril de 2012. En:  
<http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304811304577368243366708110.html>
9. REUTERS. FACTBOX-What is Zoe's Ark?  
<http://www.reuters.com/article/2007/11/09/idUSL04326758>
10. RPP Noticias. “Denuncian abuso sexual contra menor en albergue de INABIF”. En:  
<http://peru21.pe/2012/01/26/actualidad/denuncian-violacion-sexual-contra-menor-albergue-inabif-2009142>
11. SHERMAN, Geraldine. “From Russia (or China or Peru or Bucharest) with love”. Toronto Life. 1995. En:  
<http://www.geraldinesherman.com/Adoption.html>

12. SÁNCHEZ, LOURDES. “Las trabas burocráticas impiden que 288 familias adopten a menores abandonados”. En: El Comercio, edición impresa del lunes 22 de abril de 2013.
13. SOS Children’s Villages. “Increased International Adoption calls for the Use of “Searchers” to track Child Histories”. 2011. En:  
<http://www.soschildrensvillages.ca/News/News/orphan-charity-news/Pages/Increased-International-Adoption-calls-for-the-Use-of-%E2%80%9CSearchers%E2%80%9D-track-Child-Histories-139.aspx>

## II. Comunicados de Prensa

1. BARROZO, Paul y BARTHOLET, Elizabeth et al. “Save the Children from Save the Children” (Comunicado de Prensa sobre la segunda adopción de Madonna y temas relacionados a la adopción internacional). 2009.
2. BARTHOLET, Elizabeth et al. International Adoption Policy Statement & Supporting Report. 2008.

## III. Libros y artículos académicos

1. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Mariano y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ. “El Certificado de Idoneidad para las Adopciones Internacionales desde la Perspectiva del Derecho Internacional Privado Español”.  
[www.bibliojuridica.org/libros/1/145/10.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/1/145/10.pdf)
2. [AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho”. En: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 35. Editorial Gaceta Jurídica; Lima, Perú. Noviembre, 2010. P. 219](#)
3. ALBERTSON FINEMAN, Martha y Karen WORTHINGTON (Editores). “What is right for children?”. Ashgate. 2009.
4. ALBRECHT, Sabina. “Intercountry Adoption: A Swiss Perspective”. Disertación para obtener el grado de Magíster por la Universidad de Cape Town. Zurich - Suiza.
5. ALSTON, Philip y Bridgett GILMOUR-WALSH. “The Best Interests of the Child”. Innocenti Studies. UNICEF, International Child Development Centre. 1996.
6. ASKELAND, Lori. “Children and Youth in Adoption, Orphanages, and Foster Care: A Historical Handbook and Guide (Children and Youth: History and Culture). Greenwood Press. 2005.
7. BARROZO, Paulo. “Finding Home in the World: A Deontological Theory of the Right to be adopted”. New York Law School Law Review. Vol. 55. 2010 -11.

8. BARTHOLET, Elizabeth. "International Adoption: A way forward". *New York Law School Rev.* No. 55. 2010-2011. pp. 687-699.
9. BARTHOLET, Elizabeth. "Commentary: Cultural Stereotypes Can and Do Die: It's Time to Move on With Transracial Adoption," 34 *J Am Acad Psychiatry Law* 315 (2006).
10. BARTHOLET, Elizabeth. International Adoption. En: "Children and Youth in Adoption, orphanages and foster care" *ed., Lori Askeland* (Greenwood Press, 2006). 2005.
11. BARTHOLET, Elizabeth. "International Adoption: The Child's Story". *Georgia State University Law Review* N. 25. 2008.
12. BARTHOLET, Elizabeth. "International Adoption. The Human Rights Position". *Global Policy*. Global Policy. Harvard Law School (Research Article). 2010.
13. BARTHOLET, Elizabeth. "International Adoption: Thoughts on the human rights issues". 2007. Harvard Law School. Faculty Scholarship Series. Paper 21 En: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=harvard\\_faculty](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=harvard_faculty)
14. BARTHOLET, Elizabeth y BARROZO, Paulo. "Amid Disaster, Haitian Orphans Find Homes". 2010.
15. BELOFF, Mary. "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar". *Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF- Chile y Ministerio de Justicia de Chile. 1999.
16. BENITEZ LUGO, Mariano Aguilar et al. "Lecciones de Derecho Civil Internacional". Madrid: Tecnos. 2006.
17. BISIGNARO, Susan M. "Intercountry Adoption Today and the Implications of the 1993 Hague Convention on Tomorrow". *Dickinson International Law*. 13. 1994.
18. BITZAN, Catherine. "Our Most Precious Resource: How South Korea is poised to Change the Landscape of International Adoption". *Minnesota Journal of International Law*. No. 55. 121. 2008.
19. BRODZINSKY, David. "Adoption by lesbians and gays: a national survey of adoption agency policies, practices and attitudes". *Evan B. Donaldson Adoption Institute*. Nueva York.
20. BRODZINSKY, David, PATTERSON, Charlotte y Vaziri MAHNOUSH. "Adoption Agency Perspectives on Lesbian and Gay Prospective Parents: A National Study" *Adoption Quarterly*. Haworth Press, Inc. Vol. 5(3). 2002.
21. BROWNE, Kevin. "The risk of harm to young children in institutional care". *Save the Children UK*. 2009.
22. BURLESON, Elizabeth. "International Human Rights Law, Co-parent Adoption, and the Recognition of Gay and Lesbian Families". *55 Loy. L. Rev.* 2009. P. 771.



23. CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J.L. “Estatuto personal y multiculturalidad de la familia”. Madrid: Editorial COLEX. 2000.
24. CARLSON, Richard R. “The emerging Law of Intercountry Adoptions: An Analysis of the Hague Conference on Intercountry Adoption”. Tulsa Law Journal. 243. 1994-1995.
25. CARLSON, Richard R. “Transnational Adoption of Children”. Tulsa Law Journal. No. 23 317. 1988.
26. CARRILLO CARRILLO, Beatriz. “Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993”. Granada: Editorial Comares. 2003.
27. CILLERO BRUNOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los Derechos del Niño”. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente de la OEA. En: [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)
28. DAUGHTERY BAILEY, Jo. “A Practice Model to Protect the Ethnic Identity of International Adoptees”. Journal of Family Social Work. The Haworth Press, nc. Vol. 10 (3). 2006.
29. DAUGHTERY BAILEY, Jo. “Expectations of the Consequences of New International Adoption”. Journal of Sociology & Social Welfare. Volume XXXVI, No. 2. 2009.
30. DAVIS, Mary Ann. “Children for Families or Families for Children: The Demography of Adoption Behavior in the U.S. (The Springer Series on Demographic Methods and Population Analysis)”. Springer. 2011.
31. DELGADO BARRETO, César y otros. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.
32. DELPIANO LIRA, Cristián. “Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. En: <http://www.lasil-sladi.org/webdav/site/lasil-sladi/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf>
33. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. “Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria”. Madrid: Eurolex. 1997.
34. DICKENS, Jonathan. “Social Policy approaches to intercountry adoption”. International Social Work. Vol. 52. No. 5 2009. p. 595-607
35. DILLON, Sara. “Making Legal Regimes for Inter-country Adoption Reflect Human Rights Principles: Transforming the United Nations Convention on the Rights of the Child with the Hague Convention on Inter-country Adoption”. Boston University International Law Journal. Vol. 21. 2003.

36. DOWNING, Monica y Gill BROWN. "Globalization and international adoption from China". Child and Family Social Work 2009. Pp. 352–361.
37. ENGEL, Norma, PHILLIPS, K. y DELLACAVA, A. "International Adoption: a sociological account of the US experience". Emerald, International Journal of Sociology and Social Policy. Vol. 27. No. 576. 2007. pP. 257-270.
38. FEDERICI, Ronald S. "Raising the Post-institutionalized child risks, challenges and innovative treatment". En: [www.drfederici.com](http://www.drfederici.com)
39. FEMMIE, Juffer y Marinus H. van IJZENDOORN. "Behavior Problems and Mental Health Referrals of International Adoptees: A meta-analysis". The clinician corner. American Medical Association. 2005
40. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. "Derecho Internacional Privado". Madrid: Editorial Civitas. Cuarta Edición. 2004.
41. FONSECA, Claudia. "An expected reversal: the "demise" of international adoption in Brazil". 2007.
42. FREUNDLICH, Madelyn y Joy Kim LIEBERTHAL. "Adoptees' Perceptions of International Adoption". The Gathering of the First Generation of Adult Korean Adoptees. 2000.
43. GARBI, Silvana, GRASSO, Cecilia y Andrea MOURE. "Infancia institucionalizada: Representaciones y Prácticas profesionales". Proyecto UBACyT (P001). Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. 2007.
44. GATES, Crystal J. "China's Newly Enacted Intercountry Adoption Law: Friend or Foe". Indiana University School of Law. Volumen 7. No. 1. 1999.
45. GONZALEZ BRAVO, Luis y Lorena MENDEZ TAPIA. "Descripción de patrones de apego en menores institucionalizados con problemas conductuales". Revista de Psicología. Universidad de Chile. 2002. pp. 75-92
46. GONZÁLEZ MARÍN, Nuria. "Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumania, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas". Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. V. 2005. pp. 221-278. p.235. Texto completo en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amdi/article/view/16559>
47. GONZALEZ MARIN, Nuria y RODRÍGUEZ BERNOT, Andrés (Coordinadores). Estudios Sobre adopción internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México. 2011.
48. GRAFF, E. J. "The Baby Business". Democracy: A Journal of Ideas. Edición No. 17.2010.

49. GREENE, Sheila et al. “A study of intercountry adoption outcomes in Ireland”. Children’s Research Centre – Trinity College. Dublin. 2005.
50. GROZA, Victor Groza, ILEANA, Daniela e Ivor IRWIN. “A Peacock or a Crow: Stories, Interviews, and Commentaries on Romanian Adoptions”. Williams Custom Publishing. Primera edición. 1999.
51. GUZMÁN LATORRE, Diego. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. 1989.
52. HÜBINETTE, Tobias. “Between European Colonial Trafficking, American Empire – Building and Nordic Social Engineering: Rethinking International Adoption From a Postcolonial and Feminist Perspective”. 2006.
53. INABIF. Instructivo Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar. 2011.
54. INABIF. “Acogimiento Familiar”. 2012. En:  
<http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebbugpi/index.php?servicio=2&val=1&id=aW5kZXg0LnBocA%3D%3D>
55. INABIF. Instructivo Legal, Social, Psicológico, y de Salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar. 2011.
56. JOHNSON, Dana. “Adopting an Institutionalized Child: What are the risks?”. En:  
<http://www.adoption-research.org/risks.html>
57. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. “La familia en la jurisprudencia de la corte europea de derechos humanos en el último trienio”. 2009.
58. KING, Shani. “Challenging Monohumanism: An Argument for Changing the Way We Think About Intercountry Adoption”. Michigan Journal of International Law. Vol. 30. 2009.
59. LANCASTER, Chloe y NELSON, Kaye W. “Where Attachment Meets Acculturation: Three Cases of International Adoption”. The Family Journal. Vol. 17. No. 4. 2009. Pp. 302-311
60. LAW REFORM COMMISSION. “Report: Aspects of Intercountry Adoption Law”. Irlanda. 2008.
61. LAQUER ESTIN, Ann. “Families across borders: The Hague Children’s Conventions and the case for international family law in the United States”. Florida Law Review. Vol. 62. 2010. pp. 47 – 108.
62. LEE, Richard M. “The Transracial Adoption Paradox: History, Research, and Counseling Implications of Cultural socialization”. The counseling Pshycologist. Vol. 31. No. 6. 2003. pp. 711-744.
63. LEIFSEN, Esben. “Child Trafficking and Formalisation: The Case of International Adoption from Ecuador”. Journal Compilation. National Children’s Bureau. 2008.

64. LETSCHERT, Rianne y Jan VAN DIJK (Editores). "The new faces of victimhood". *Studies in Global Justice*. Volumen 8. Editorial Springer. 2011.
65. LIU, Margaret. "International Adoption: An Overview". *International & Comparative Law Journal*. No. 187. 1994.
66. LOGAN, Emily. "The child's best interest: a generally applicable principle". Conferencia organizada por el Concejo de Europa: Comisionado de Derechos Humanos.
67. MACCREERY, Kelley, GROZA, Victor y Daniel P. Lauer. International adoption and child protection in Guatemala. *International Social Work*. Volume 52. Number 5. 2009. pp 649-660.
68. MARX, Molly S. "Whose Best Interests Does It Really Serve? A Critical Examination of Romania's Recent Self-Serving International Adoption Policies". *Emory International Law Review*. Vol. 1, Edición 1. 2007.
69. MARTINEZ MUNOZ, Constanza y Daniela URDANGARIN. "Evaluación del desarrollo psicomotor de niños institucionalizados menores de un año mediante tres herramientas de evaluación". Universidad de Chile. 2005.
70. MARRE, Diana y Laura BRIGGS (Editores). "International Adoption: Global Inequalities and the Circulation of Children". New York University Press. 2009.
71. MATTAR, Mohammed Y. "Trafficking in Persons, Especially Women and Children, in Countries of the Middle East: The Scope of the Problem and the Appropriate Legislative Responses". *Fordham International Law Journal*. Vol. 26. 2002. p. 711-760.
72. MATHIAS, Mathew D., PETRILL, Stephen A., VIANA, Andres G. y Rachel, WELSH. "Ready to Adopt: Characteristics and Expectations of Preadoptive Families Pursuing International Adoptions". *Adoption Quarterly*. Vol. 11(3). 2008.
73. MERINO, Faith. "Adoption and Surrogate Pregnancy" (Global Issues). Fact on File. 2010.
74. MEZMUR, Benyam D. "The Sins of the Saviours: Child trafficking in the context of intercountry adoption in Africa". Information Document No. 2. Hague Conference on Private International Law. 2010.
75. MILLER, Laurie C. "The Handbook of International Adoption Medicine: A Guide for Physicians, Parents, and Providers". Oxford University Press. 2005.
76. MILLER, Robyn. "The Best Interests principles: a conceptual overview". Victorian Government Department of Human Services, Melbourne, Victoria. 2007.
77. MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo. "Derechos fundamentales de los niños y

adolescentes: el interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución”. Lima: Grijley. 2007.

78. MOE, Barbara A. “Adoption: A reference handbook”. ABC-Clio. (Contemporary World Issues. Segunda Edición. 2007
79. NOONAN, Emily J. “Adoption and the Guatemalan Journey to American Parenthood”. *Childhood*. Vol. 14 no. 3. 2010. Pp 301-319.
80. O’HALLORAN, Kerry. “The Politics of Adoption: International Perspectives on Law, Policy & Practice. Springer. 2006.
81. ORESKOVIC, Johanna y MASKEW, Trish. “Red Thread or Slender Reed: Deconstructing Professor Bartholet’s Mythology of International Adoptions”. *Buffalo Human Rights Law Review*. 2008
82. PALACIOS, Jesús y David BRODZINSKY. “Review: Adoption research: Trends, topics, outcomes”. *International Journal of Behavioral Development*. Vol. 34 no. 3. 2010. Pp. 270-284.
83. PARKS, Kathrin. “International Adoption: Another Look at the Quiet Migration”. Conferencia presentada ante la American Sociological Association. Québec, Canadá. 2012. En:  
[http://www.allacademic.com/meta/p103455\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p103455_index.html)
84. PILLOTI, Francisco J. “The Historical Development of the Child Welfare System in Latin America: An Overview”. *Childhood*. Vol. 6 (4) SAGE Publications. 1999. pp. 408-422.
85. POLLACK, Seth D et al. “Neurodevelopmental Effects of Early Deprivation in Post-Institutionalized Children”. National Institute of Health. *Child Development*. 81(1): 224–236. 2010.
86. POSNER, Richard A. “Forum: Adoption and Market Theory: The Regulation of the Market in Adoptions”. 1987.
87. RAMIREZ SÁNCHEZ, Felix Enrique. “El principio del interés superior del menor como eje interpretativo en la justicia civil: “el cambio de nombre no está sujeto al interés de los padres”. En:  
<http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/El%20cambio%20de%20nombre%20no%20esta%20sujeto%20al%20interes%20de%20los%20padres%20-%20Felix%20Ramirez%20Sanchez.pdf>
88. REMIRO BROTONS, Antonio et al. “Derecho Internacional”. Valencia: Tirant Le Blanch. 2007.
89. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). “Código Civil, exposición de motivos y comentarios”. Lima: Grafotécnica editores. Tomo VI. 1988.
90. ROBY, Jini Li y Jim LFE. “Human rights, politics and intercountry adoption: An examination of two sending countries”. *International Social Work*. Vol. 52 no. 5. 2009. Pp. 661-671
91. ROBY, Jini Li y SAW, Stacey A. “The African Orphan Crisis and International

- Adoption". Social Work. Volumen 51. 2006.
92. ROJEWSKI, Jay W, SHAPIRO, Michael S. y Mary SHAPIRO. "Parental Assessment of Behavior in Chinese Adoptees during Early Childhood". Department of Occupational Studies. University of Georgia. En: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11033930>
  93. RYAN, Chantel. "Intercountry adoption: Past, Present and Future Concerns Regarding its Existence and Regulation". Australian Journal of Gender and Law. Volumen 1. 2008.
  94. RYAN, Elisabeth J. " For the best interests of the children: why the Hague Convention of Intercountry Adoption needs to go farther as evidenced by implementation in Romania and the United States". Boston College International and Comparative Law Review. Volumen 29. No. 353. 2006.
  95. SAUNDERS, Robert A. "Transnational Reproduction and its Discontents: The Politics of Intercountry Adoption in a Global Society". Journal of Global Change and Governance. Volumen 1. No. 1. 200
  96. SALAZAR, María Cristina y Felicia KNAUL. "Children without Rights in Latin America". En: [http://pangaea.org/street\\_children/world/rights.htm](http://pangaea.org/street_children/world/rights.htm)
  97. SELMAN, Peter. "El movimiento de niños para la adopción internacional: desarrollos y tendencias en los Estados receptores y en los Estados de Origen 1998 – 2004". Universidad de Newcastle. Reino Unido. En: [http://www.ciimu.org/webs/foruminternacional/pdf\\_cast\\_abstract/selman.pdf](http://www.ciimu.org/webs/foruminternacional/pdf_cast_abstract/selman.pdf)
  98. SELMAN, Peter. "Intercountry adoption in the New Millenium: The "Quiet Migration Revisited". Conferencia presentada en la Universidad de Newcastle. 2001. En: <http://www.student.henny-savenije.pe.kr/adoption/intercountry%20adoption%20the%20quiet%20.pdf>
  99. SELMAN, Peter. "The movement of Children for Intercountry Adoption: A demographic Perspective". Presentación para la Conferencia sobre Población General de la Unión Internacional para el Estudio Científico de la Población. Salvador - Bahía, Brasil. 2001. En: [http://www.iussp.org/Brazil2001/s20/S27\\_P05\\_Selman.pdf](http://www.iussp.org/Brazil2001/s20/S27_P05_Selman.pdf)
  100. SELMAN, Peter. "The rise and fall of intercountry adoption in the 21st century". International Social Work. Vol. 52 no. 5. 2009. pp.575-594.
  101. SHANAHAN, Suzanne. "The changing meaning of family: Individual Rights and Irish Adoption Policy, 1944-99". Journal of Family History. Volumen 30. No. 1. 2005.
  102. SHURA, Robin. "A Critical and Theoretical Analysis of International Adoption of Vulnerable Children: The Commodification of Children?". Conferencia presentada ante la Asociación Americana de Sociología. California. 2009.
  103. SLOTH-NIELSEN, Julia, D. MEZMUR, Benyam y Belina van HEERDEN. "Inter-

- country Adoption from a Southern and Eastern African perspective”. En: <http://www.millerdutoitcloeteinc.co.za/Paper%20-%20Van%20Heerden%20Belinda%20&%20Sloth-Nielsen%20Julia.doc>
104. SMOLIN, David M. “Intercountry Adoption and Poverty: A Human Rights Analysis”. Selected Works of David Smolin. En: [http://works.bepress.com/david\\_smolin/5](http://works.bepress.com/david_smolin/5)
  105. SMOLIN, David M. “Intercountry Adoption as Child Trafficking”. Valparaiso University Law Review. 2004.
  106. SMOLIN, David M. “The Two Faces of Intercountry Adoption: The Significance of the Indian Adoption Scandals”. Seton Hall Law Review. Vol. 35 p. 403
  107. SRISOPARK THOMPSON, Notesong. “Hague is enough? A call for more protective, uniform law guiding international adoptions. Wisconsin International Law Journal. Volumen 22. Número 2. 2004. pp. 441-470.
  108. STARK, Barbara. “International Family Law: An Introduction”. Ashgate Publishing Limited. 2005.
  109. TIGERVALL, Carina y Tobias HUBINETTE. “Adoption with complications: Conversations with adoptees and adoptive parents on everyday racism and ethnic identity”. International Social Work 53(4). 2010. Pp. 489–509 TRAVER, Amy E. “Gender & International Adoption”. Department of Social Sciences, CUNY, Queensborough. 2008.
  110. TRIACA, Gisella Elena. “Desarrollo psicológico en niños de 2-5 años en poblaciones carenciadas. Los efectos de la institucionalización”. Universidad de la Plata - Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. Comisión Nacional de Programas de Investigación Sanitaria – CONAPRIS.
  111. VAN LOON, J. H. A. “International Cooperation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”. En: Academie de Droit International. “Recueil des cours 1993”. 1993. pp. 191 – 456.
  112. VINNERLJUNG, Bo. “School performance at age 16 among international adoptees: A Swedish national cohort study”. International Social Work. Vol. 53(4). 2010. pp. 510–527.
  113. VINNERLJUNG, Bo, LINDBLAD, Frank, HJERN Anders, RASMUSSEN, Finn y Monica DALEN. “School performance at age 16 among international adoptees: A Swedish national cohort study”. International Social Work. 2010 No. 53. Pp. 510-527.
  114. WALLACE, Sara R. “International Adoption: The most logical solution to the disparity between the numbers orphaned and abandoned children in some countries and families and individuals wishing to adopt in others?”. 20 Ariz. J. Int'l & Comp. Law. 2003.
  115. WECHSLER, Rachel J. “Giving Every Child a Chance: The Need for Reform and

Infrastructure in Intercountry Adoption Policy”. Pace International Law Review. Vol. 22. Edición 1. 2010.

116. ZEANAH, Charles H et al. “Attachment Institutionalized and Community Children in Romania”. Child Development. Vol. 76. 2005. Pp. 1015-1028
117. ZEANAH, Charles H et al. “Designing research to study the effects of institutionalization on brain and behavioral development: The Bucharest Early Intervention Project”. Development and Psychopathology, 15 (2003), 885–907. Cambridge University Press. 2003.
118. ZERMATTEN, Jean. “El interés superior del Nino: del análisis literal al alcance filosófico”. Informe de trabajo. Institut International desde Droits de L’enfant. 2003. pp. 27-29
119. ZERMATTEN, Jean. “The Best Interests of the Child. Literal Analysis, Function and Implementation”. Institut International des Droits de l’enfant. 2009.
120. ZERMATTEN, Jean. “The best interests of the child: literal analysis, function and implementation”. Working Report. Institut International Des Droits de l’enfant. 2010.

#### IV. Mesas Redondas/Debates

1. BARTHOLET, Elizabeth. “Blood Parents vs. Real Parents”. OP-ED. The New York Times. 1993.
2. BARTHOLET, Elizabeth; GRAPH, E. J et al. “Celebrity adoptions and the real world”. (Debate). The New York Times.
3. MABRY, Cynthia; SMOLIN, David et al. “How to prevent adoption disasters” (Debate). The New York Times. 2010. En: <http://roomfordebate.blogs.nytimes.com/2010/04/15/how-to-prevent-adoption-disasters/>
4. SMOLIN, David; BARTHOLET, Elizabeth et al. “Haiti’s Children and the Adoption Question” (Debate). The New York Times. 2010. En: <http://roomfordebate.blogs.nytimes.com/2010/02/01/haitis-children-and-the-adoption-question/>



## V. Documentos expedidos por organismos y organizaciones internacionales

121. ACNUR. “Guidelines on Determining the Best Interests of the Child”. 2008.
122. ALDEAS INFANTILES y RELAF. “Informe Latinoamericano. Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América latina. Contextos, causas y respuestas”. 2011.
123. ALDEAS INFANTILES y RELAF. “Niñez y adolescencia institucionalizada: visibilización de graves violaciones de DDHH”.
124. ALDEAS INFANTILES y RELAF. “Niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en América Latina”. 2011
125. CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Cuestionario sobre organismos acreditados en el marco del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”. Respuestas del Perú. 2009.
126. CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional”. Guía de Buenas Prácticas No. 1”. 2008.
127. CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Acreditación y organismos acreditados para la adopción”. Principios generales y Guía de Buenas Prácticas No. 2”. 2013.
128. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Perfil del país para la adopción internacional: Estado de origen”. Respuesta del Estado Peruano. Mayo de 2010. En:  
[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=42&cid=69)
129. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo”. Informe Defensorial No. 150. 2010.
130. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención”. Informe Defensorial No. 153. 2011.
131. DEPARTMENT OF JUSTICE OF CANADA. “Canadian Custody and Access Provisions: A Legislative Comparison”. En:  
[http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/legis/chart/c1/c1\\_1e.html](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/legis/chart/c1/c1_1e.html)
132. UNICEF e INEI. “Estado de la Niñez en el Perú”. 2011.
133. UNICEF. “Innocenti Research Centre. Intercountry adoption: Trends and consequences”. Social Monitor 2003. Innocenti Social Monitors. Florence, Italy.
134. UNICEF. “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”. 2007.

135. UNICEF. "The State of the World's Children. Children in an Urban World". 2012.
136. UNAIDS, UNICEF y USAID. "Children on the Brink: A Joint Report of New Orphan Estimates and a Framework for Action". 2004.
137. EUROPEAN PARLIAMENT: Directorate-General for Internal Policies. "International Adoption in the European Union. Bruselas. 2009.
138. NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. "Child Adoption: Trends and Policies". Nueva York. 2009.

## VI. Portales Web:

1. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY. "Determining the best interests of the Child: Summary of State Laws". U.S. Department of Health and Human Services En:  
<http://www.childwelfare.gov.com>
2. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. En:  
[http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=text.display&tid=1](http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=1)
3. DEFENSE FOR CHILDREN INTERNATIONAL. En:  
<http://www.defenceforchildren.org/>
4. DIRECCIÓN GENERAL DE ADOPCIONES. En:  
[http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=329&Itemid=542](http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=329&Itemid=542)
5. ETHICA: AN INDEPENDENT VOICE FOR ETHICAL ADOPTION. En:  
<http://www.ethicanet.org/>
6. UNICEF. En:  
<http://www.unicef.org/>
7. INABIF. En:  
<http://www.inabif.gob.pe/portalweb/index.php>
8. INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE. En:  
<http://www.iss-ssi.org/2009/index.php?id=1>
9. INSTITUTE FOR CHILDREN OF ALL NATIONS. En:  
<http://www.icanwaitingchild.org/>
10. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. En:  
<http://www.mimp.gob.pe/>
11. NATIONAL RESOURCE CENTER FOR PERMANENCY AND FAMILY CONNECTIONS. En:  
[http://www.hunter.cuny.edu/socwork/nrcfcpp/info\\_services/latino-child-welfare.html](http://www.hunter.cuny.edu/socwork/nrcfcpp/info_services/latino-child-welfare.html)

12. NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. En:  
<http://www.un.org/es/development/desa/index.html>
13. SOS CHILDREN'S VILLAGES INTERNATIONAL. En:  
<http://www.sos-childrensvillages.org/Pages/default.aspx>



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	p. 3
<b>CAPÍTULO I “Panorama de la adopción internacional”.</b>	
I. Contexto histórico de la adopción.....	p. 3
II. La adopción internacional.....	p. 8
1. Primera Ola: Huérfanos de guerra.....	p. 9
A. Corea del Sur.....	p. 10
B. Vietnam.....	p. 12
2. Segunda Ola: América Latina.....	p. 13
3. Tercera Ola: Ex países comunistas.....	p. 15
A. Rumanía.....	p. 16
4. Cuarta Ola: China.....	p. 18
5. Quinta Ola: África.....	p. 19
III. Tipos de adopción internacional.....	p. 22
1. Adopciones Plenas.....	p. 22
2. Adopciones Simples.....	p. 23
3. Adopciones Abiertas.....	p. 24
IV. Efectos de la adopción internacional en los adoptados.....	p. 25
V. Principales instrumentos internacionales sobre adopción internacional.....	p. 28
1. Documentos indirectamente relacionados con la adopción internacional.....	p. 28
A. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).....	p. 29
B. Declaración de los Derechos del Niño.....	p. 29
C. Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.....	p. 30
D. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966.....	p. 30
E. Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969.....	p. 31
2. Documentos directamente relacionados con la adopción internacional.....	p. 31
A. Convención sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción (1965).....	p. 31
B. El Convenio Europeo sobre adopción de menores (1968).....	p. 33
C. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores .....	p. 34

- D. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986).....p. 36
- E. Convención de los Derechos del Niño (1989).....p. 38
- F. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional o Convenio de la Haya de 1993.....p. 42
  - a. Factores precipitantes del convenio de la Haya de 1993 .....p. 42
  - b. Características generales .....p. 43
- 3. Tendencias actuales de la adopción internacional .....p. 50

**CAPÍTULO II “La adopción internacional desde el ámbito tutelar”.**

- I. La familia como derecho y objeto de protección y asistencia ..... p. 54
  - 1. Derecho a vivir en familia ..... p. 57
  - 2. Deber de asistencia estatal a los padres ..... p. 60
- II. Niños y adolescentes privados de cuidado parental o en riesgo de perderlo ..... p. 63
  - 1. Obligación de protección a niños y adolescentes en situación de abandono ..... p. 64
  - 2. Situación de abandono ..... p. 65
    - A. Definición ..... p. 65
    - B. Causales de abandono ..... p. 67
    - C. La situación de desprotección en el proyecto de ley del nuevo código de los niños, niñas y adolescentes ..... p. 68
- III. Respuesta tutelar del Estado Peruano ..... p. 69
  - 1. Investigación Tutelar ..... p. 69
  - 2. Medidas especiales de protección..... p. 73
    - A. Cuidado en el propio hogar ..... p. 77
    - B. La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social..... p. 77
    - C. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar..... p. 78
    - D. Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado..... p. 79
      - a. Efectos de la institucionalización ..... p. 80
      - b. Los Centros de Atención Residencial (CAR) en el Perú ..... p. 82
    - E. Adopción..... p. 84

a.	Tipos de Adopción .....	p. 86
b.	Procedimiento administrativo de adopción .....	p. 90
c.	Datos Estadísticos .....	p. 93
3.	El proyecto de ley del nuevo código de los niños, niñas y adolescentes .....	p. 95
A.	Investigación especial .....	p. 95
B.	Medidas especiales de protección.....	p. 97
C.	Declaración Judicial de Desprotección Familiar .....	p. 98
D.	Adopción de niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono .....	p. 98
IV.	La adopción internacional como medida de protección estatal .....	p. 101
1.	Principio de subsidiariedad .....	p. 102
2.	La adopción internacional en el proyecto de ley del nuevo Código de los Niños y Adolescentes .....	p. 104
3.	Organismos internacionales acreditados autorizados para colaborar en materia de adopción internacional.....	p. 105
4.	Datos estadísticos .....	p. 105

**CAPÍTULO III “La adopción internacional y el Derecho Internacional Privado”.**

I.	La adopción internacional como relación privada de Derecho Internacional.....	p. 107
1.	El estatuto personal y la adopción internacional.....	p. 109
2.	El Libro X del Código Civil y la adopción internacional .....	p. 111
A.	Competencia o jurisdicción internacional .....	p. 111
B.	Ley aplicable .....	p. 112
C.	Reconocimiento y eficacia de adopciones realizadas en el exterior.....	p. 117
D.	El orden público internacional .....	p. 126
II.	Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional y su aplicación en el Perú.....	p. 131
1.	Características Generales .....	p. 133
2.	Principios recogidos en el preámbulo .....	p. 135
3.	Objeto del Convenio .....	p. 138
4.	Ámbito de aplicación .....	p. 140
5.	Modelo de cooperación: Autoridades Centrales y otros participantes .....	p. 144
A.	Funciones delegables .....	p. 144

B.	Funciones no delegables .....	p. 147
6.	Proceso de instrucción previo a la constitución de la adopción .....	p. 150
A.	Requisitos sustantivos mínimos para la constitución de la adopción .....	p. 150
B.	Condiciones de procedimiento .....	p. 157
C.	Condiciones para la colocación .....	p. 160
D.	Condiciones para el desplazamiento .....	p. 162
7.	Aportes y principales críticas a la Convención de la Haya de 1993.....	p. 163
III.	Procedimiento de instrucción, constitución y efectos de las adopciones internacionales en el Perú.....	p. 167
1.	Procedimiento de instrucción y constitución .....	p. 171
2.	Reconocimiento y efectos de las adopciones internacionales .....	p. 176
A.	Reconocimiento .....	p. 176
B.	Efectos de la adopción internacional .....	p. 179
C.	Efectos no incluidos en el Convenio .....	p. 183
IV.	Acuerdos bilaterales ratificados por el Perú en materia de adopción internacional.....	p. 183
1.	Naturaleza Jurídica de los acuerdos bilaterales .....	p. 183
2.	Los Acuerdos Bilaterales y el Convenio de la Haya de 1993 .....	p. 186
3.	Acuerdos Bilaterales ratificados por el Perú .....	p. 188
A.	Convenio entre la República del Perú y la República de Italia en materia de adopción internacional sobre menores de edad.....	p. 188
B.	Protocolo de Aplicación del Convenio entre la República Italiana y la República del Perú en materia de adopción internacional sobre menores de edad.....	p. 192
C.	Protocolo entre el Ministerio de la Presidencia del Perú y el Ministerio de Asuntos Sociales de España en Materia de Adopción Internacional.....	p. 199
D.	Convenio de Cooperación en Materia de Adopción Internacional entre el Gobierno de Quebec y el Gobierno de la República del Perú.....	p. 204
<b>CAPÍTULO IV “Evaluación y aplicación del interés superior del niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú”.</b>		
I.	Principio del interés superior del niño y adolescente.....	p. 211
1.	Orígenes.....	p.211
2.	Desarrollo normativo.....	p. 215

3. Desarrollo doctrinario.....	p. 220
4. Desarrollo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	p. 230
5. El interés superior del niño y adolescente en el ordenamiento peruano.....	p. 232
6. Definición.....	p. 236
II. Determinación del interés superior en la adopción internacional.....	p. 237
1. Interés superior como principio rector de la adopción internacional.....	p. 237
2. Criterios de determinación del interés superior en la adopción internacional.....	p. 239
3. Cuestionamientos a la adopción internacional.....	p. 249
A. La adopción internacional como forma contemporánea de imperialismo.....	p. 249
B. Derecho a la identidad y patrimonio cultural.....	p. 251
C. La adopción internacional como un signo de fracaso social del Estado.....	p. 251
D. La adopción internacional como una solución superficial a problemas de fondo.....	p.252
E. La adopción internacional perjudica a los niños no adoptados.....	p. 252
F. No existe un número elevado de huérfanos por lo que la adopción internacional es innecesaria.....	p. 252
G. Riesgos y abusos conexos a la adopción internacional.....	p. 253
4. Los cuestionamientos a la luz del principio del interés superior del niño y adolescente.....	p. 254
5. El Interés superior, el derecho a vivir en una familia y la adopción internacional.....	p. 261
III. Análisis de la regulación nacional actual de la adopción internacional a la luz del interés superior del niño y adolescente.....	p.263
1. Evaluación del recorrido del niño o adolescente a través del sistema de protección.....	p. 264
A. Primera Etapa: Etapa pre adoptiva.....	p. 264
a. Causales de abandono: ingreso del niño o adolescente al sistema de protección.....	p. 265
b. Programas de preservación de la familia.....	p. 267
c. Medidas de protección temporal.....	p. 269
d. Declaración de abandono.....	p. 271
B. Segunda Etapa: Medidas de protección permanente.....	p. 274
a. Adopción nacional.....	p. 277
b. Adopción Internacional.....	p. 281
- Ámbito de aplicación.....	p. 282



-	Condiciones previas al procedimiento de adopción internacional.....	p. 283
-	El procedimiento de adopción internacional.....	p. 284
-	Entidades a cargo de las etapas del procedimiento de adopción internacional.....	p. 285
-	Preparación de Informes sobre el niño.....	p. 289
-	Asignación del niño.....	p. 290
-	Transmisión del informe sobre el niño y aceptación de la asignación.....	p. 292
-	Acuerdo de las Autoridades Centrales para proceder con la constitución.....	p. 293
-	Etapas de empatía, externamiento y colocación familiar.....	p. 293
-	Constitución.....	p. 294
C.	Cuestiones posteriores a la constitución.....	p. 295
a.	Residencia y nacionalidad.....	p. 295
b.	Informes de seguimiento post-adoptivo.....	p. 296
c.	Conservación y disponibilidad de la información del adoptado.....	p. 297
d.	Prevención de beneficios materiales indebidos y delitos asociados a la adopción internacional.....	p. 288
2.	Medidas recomendadas para que la adopción internacional responda al interés superior del niño y adolescente.....	p. 305
	CONCLUSIONES.....	p. 311
	BIBLIOGRAFÍA.....	p.330





### 33. Convenio<sup>1</sup> relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional<sup>2</sup>

(hecho el 29 de mayo de 1993)<sup>3</sup>

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de 3 de diciembre de 1986),

---

<sup>1</sup> Se utiliza el termino "Convenio" como sinónimo de "Convención".

<sup>2</sup> Este Convenio, así como la documentación correspondiente, se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)), bajo el rubro "Convenios" o bajo la "Sección Adopción Internacional". Para obtener el historial completo del Convenio, véase Hague Conference on Private International Law, *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome II, *Adoption – co-operation* (ISBN 90 399 0782 X, 659 pp.).

<sup>3</sup> Entrado en vigor el 1º de mayo de 1995. Para la entrada en vigor en los diferentes Estados, <http://www.hcch.net>.

Han acordado las disposiciones siguientes:

## **CAPITULO I - ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO**

### *Artículo 1*

El presente Convenio tiene por objeto:

- a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional;
- b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

### *Artículo 2*

1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.
2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

### *Artículo 3*

El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

## **CAPITULO II - CONDICIONES DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES**

### *Artículo 4*

Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

- a) han establecido que el niño es adoptable;
- b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

- c) se han asegurado de que
- 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,
  - 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
  - 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y
  - 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y
- d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,
- 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,
  - 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,
  - 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
  - 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

#### *Artículo 5*

Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
- b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
- c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

### CAPITULO III - AUTORIDADES CENTRALES Y ORGANISMOS ACREDITADOS

#### *Artículo 6*

1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.
2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese Estado.

#### *Artículo 7*

1. Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio.
2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para:
  - a) proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios;
  - b) informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

#### *Artículo 8*

Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

#### *Artículo 9*

Las Autoridades Centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para:

- a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción;
- b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;
- c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;

- d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional.
- e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades publicas.

#### *Artículo 10*

Sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.

#### *Artículo 11*

Un organismo acreditado debe:

- a) perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado;
- b) ser dirigido y administrado por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; y
- c) estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

#### *Artículo 12*

Un organismo acreditado en un Estado contratante solo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

#### *Artículo 13*

La designación de las Autoridades centrales y, en su caso, el ámbito de sus funciones, así como el nombre y dirección de los organismos acreditados, serán comunicados por cada Estado contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

### **CAPITULO IV - CONDICIONES DE PROCEDIMIENTO RESPECTO A LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES**

#### *Artículo 14*

Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual.

### *Artículo 15*

1. Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.
2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen.

### *Artículo 16*

1. Si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable,
  - a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;
  - b) se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;
  - c) se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4; y
  - d) constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.
2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

### *Artículo 17*

En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si

- a) la Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;
- b) la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen;



- c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y
- d) se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

#### *Artículo 18*

Las Autoridades Centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.

#### *Artículo 19*

1. Sólo se podrá desplazar al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17.
2. Las Autoridades Centrales de ambos Estados se asegurarán de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y, cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.
3. Si no se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los artículos 15 y 16 serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido.

#### *Artículo 20*

Las Autoridades Centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.

#### *Artículo 21*

1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta Autoridad Central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:
  - a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional;
  - b) en consulta con la Autoridad Central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño solo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;

- c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.
2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo.

#### *Artículo 22*

1. Las funciones atribuidas a la Autoridad Central por el presente Capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Capítulo III, en la medida prevista por la ley de este Estado.
2. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que:
  - a) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y
  - b) estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.
3. El Estado contratante que efectúe la declaración prevista en el apartado 2 informará con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de los nombres y direcciones de estos organismos y personas.
4. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio solo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el apartado primero.
5. A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el apartado 2, los informes previstos en los artículos 15 y 16 se prepararán, en todo caso, bajo la responsabilidad de la Autoridad Central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el apartado primero.

### **CAPITULO V - RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LA ADOPCIÓN**

#### *Artículo 23*

1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quien han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c).

2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario del Convenio la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado, son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de estas autoridades.

#### *Artículo 24*

Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

#### *Artículo 25*

Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, apartado 2.

#### *Artículo 26*

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento
  - a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
  - b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
  - c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.
2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.
3. Los apartados precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

#### *Artículo 27*

1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si
  - a) la ley del Estado de recepción lo permite; y

- b) los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción;

2. El artículo 23 se aplicara a la decisión sobre la conversión de la adopción.

## CAPITULO VI - DISPOSICIONES GENERALES

### *Artículo 28*

El Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción.

### *Artículo 29*

No habrá contacto alguno entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones de los art. 4, apartados a) a c) y del artículo 5, apartado a), salvo cuando la adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

### *Artículo 30*

1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia.
2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.

### *Artículo 31*

Sin perjuicio de lo establecido en el art. 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

### *Artículo 32*

1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.
2. Solo se podrán reclamar y pagar costes y gastos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción.
3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la

adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados.

### *Artículo 33*

Toda Autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la Autoridad Central de su Estado. Dicha Autoridad Central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas.

### *Artículo 34*

Si la autoridad competente del Estado de destino de un documento así lo requiere, deberá proporcionarse una traducción auténtica. Salvo que se disponga lo contrario, los costes de tal traducción correrán a cargo de los futuros padres adoptivos.

### *Artículo 35*

Las autoridades competentes de los Estados contratantes actuarán con celeridad en los procedimientos de adopción.

### *Artículo 36*

En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales:

- a) cualquier referencia a la residencia habitual en dicho Estado se interpretará como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado;
- b) cualquier referencia a la ley de dicho Estado se interpretará como una referencia a la ley vigente en la correspondiente unidad territorial;
- c) cualquier referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se interpretará como una referencia a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial;
- d) cualquier referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se interpretará como una referencia a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial.

### *Artículo 37*

En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará como una referencia al sistema jurídico determinado por la ley de dicho Estado.

### *Artículo 38*

Un Estado contratante en el que distintas unidades territoriales tengan sus propias normas en materia de adopción no estará obligado a aplicar las normas del Convenio cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo.

### *Artículo 39*

1. El Convenio no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.
2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio.

### *Artículo 40*

No se admitirá reserva alguna al Convenio.

### *Artículo 41*

El Convenio se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción.

### *Artículo 42*

El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio.

## **CAPITULO VII - CLÁUSULAS FINALES**

### *Artículo 43*

1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuando se celebró su Decimoséptima Sesión y de los demás Estados participantes en dicha Sesión.
2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

#### *Artículo 44*

1. Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del apartado 1 del artículo 46.
2. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.
3. La adhesión solo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del artículo 48. Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio.

#### *Artículo 45*

1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.
2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable.
3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente artículo, el Convenio se aplicara a la totalidad del territorio de dicho Estado.

#### *Artículo 46*

1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto en el artículo 43.
2. En lo sucesivo, el Convenio entrara en vigor:
  - a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
  - b) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

#### *Artículo 47*

1. Todo Estado parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario.
2. La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de doce meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario del Convenio. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, ésta tendrá efecto cuando transcurra dicho período, que se contará a partir de la fecha de recepción de la notificación.

#### *Artículo 48*

El depositario del Convenio notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los demás Estados participantes en la Decimoséptima Sesión y a los Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44:

- a)* las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el artículo 43;
- b)* las adhesiones y las objeciones a las mismas a que se refiere el artículo 44;
- c)* la fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46;
- d)* las declaraciones y designaciones a que se refieren los artículos 22, 23, 25 y 45;
- e)* los acuerdos a que se refiere el artículo 39;
- f)* las denuncias a que se refiere el artículo 47.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimoséptima Sesión así como a cada uno de los demás Estados que han participado en dicha Sesión.