

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CIVIL Y
PROCESAL CIVIL**



**“LA IDENTIDAD DINÁMICA COMO FACTOR
DETERMINANTE EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN”**

Tesis presentada por:

Br: MIGUEL ÁNGEL ACERES NINA

**Para optar el grado académico de Maestro en Derecho
mención Derecho Civil y Procesal Civil.**

Asesor:

Dr. MIGUEL ÁNGEL ZÚÑIGA MARINO

CUSCO – PERÚ

2021

PRESENTACIÓN

Señor:

Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.

Ciudad.

En cumplimiento del Reglamento de Grados de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, presento a consideración del distinguido jurado la Tesis titulada “**La identidad dinámica como factor determinante en el proceso de adopción**”, con el propósito de alcanzar el grado académico de Maestro en Derecho mención Derecho Civil y Procesal Civil.

En tal sentido ruego a Ud, Señor Director, disponer el nombramiento del jurado dictaminador.

Atentamente,

Miguel Ángel Aceres Nina

AGRADECIMIENTO

A Dios, a mis padres (Angelino – Cristina), mis hermanos (Nancy +, Hilda, Gladys, Víctor y Ronald).

A Juana+, y María, signo de amor de madre que, sin serlas contribuyen a mi desarrollo personal.

A Luz Nora+, María Julia, Leny y Lusgarda, signos de amor de mi vida.

DEDICATORIA

A nuestros docentes de la Maestría en Derecho mención Derecho Civil y Procesal Civil de la tricentenaria Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.

ÍNDICE GENERAL

Agradecimiento	ii
Dedicatoria	iii
Lista de Cuadros	ix
Lista de figuras	x
Resumen	xi
Abstract	xii
Introducción	1

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 . Situación problemática	3
1.2 . Formulación del problema	5
a. Problema general	5
b. Problemas específicos	5
1.3 . Justificación de la investigación	6
1.4 . Objetivos de la investigación	7
a. Objetivo general	7
b. Objetivos específicos	7

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas	8
2.1.1. ADOPCION	8
2.1.1.1. Doctrina de la Protección Integral	8
2.1.1.2. Principio de niño sujeto de derechos	8
2.1.1.3. Patria Potestad	9
2.1.1.4. Derecho a la identidad	9
2.1.1.5. Derecho al Nombre	10
2.1.1.6. Derecho al desarrollo integral	10

2.1.1.7. Principio del Interés Superior del Niño	11
2.1.1.8. Derecho a la Opinión	12
2.1.1.9. Filiación	12
2.1.1.10. Definición de adopción	13
2.1.1.11. Antecedentes históricos de la adopción	13
a. Etimología	14
b. En Roma	14
c. En Francia	15
d. En el Perú	16
d.1. Código Civil 1852	16
d.2. Código Civil 1936	17
d.3 Código de Menores de 1962	19
d.4. Decreto Ley 22209	19
d.5. Código Civil de 1984	20
2.1.1.12. Naturaleza jurídica de la adopción	20
a. Teoría contractual	21
b. Teoría de la institución	24
2.1.1.13. Institución del Derecho Privado	25
2.1.1.14. Institución de Familia	26
2.1.1.15. Institución tutelar	26
2.1.1.16. Teoría de Acto Jurídico	27
a. Elementos	30
b. Consentimiento	30
c. Objeto	31
d. Solemnidad	31
2.1.1.17. Características de la adopción	31
a. Indisponible e irrevocable	31
b. Solemne	32
c. Intransmisible	33
d. No es valorable directa o indirectamente	32
e. Relaciones patrimoniales	34
2.1.1.18. Principios que informan la Institución de la Adopción	34
a. Unilateral especial	35
b. Carácter simple	36

2.1.1.19. Procedimiento de adopción	37
2.1.1.20. Requisitos para la adopción	37
2.1.1.21. Trámite de Adopción	38
2.1.1.22. Adopción de mayores de edad	38
a. Proceso no contencioso de adopción vía Judicial	39
b. Proceso no contencioso de adopción en la vía notarial	40
2.1.1.23. Adopción de menores de edad	41
a. Expediente Administrativo	42
b. Adopción por excepción de menores de edad judicial	43
2.1.1.24. Derecho a la Identidad	44
a. Etimología	45
b. Definición de identidad personal	45
c. Derecho a la identidad personal	47
d. Naturaleza jurídica	48
e. Característica de la identidad	48
e.1. Carácter omnicomprensivo	49
e.2. Objetividad	49
e.3. Exterioridad	49
2.1.1.25. Composición de la identidad personal	50
a. Identidad estática	51
b. Identidad dinámica	52
c. Libertad de la identidad dinámica	54
2.1.1.26. La identidad dinámica	55
a. Aproximación doctrinaria	57
b. Aproximación jurisprudencial	57
2.1.1.27. Legislación comparada	59
a. Constitución de Ecuador	59
b. Constitución de Buenos Aires	62
c. Constitución de Paraguay	63
2.2. MARCO CONCEPTUAL	64
2.2.1. La adopción. Consideraciones previas	64
2.2.2.1. Nuestra posición en torno a la adopción	66
2.2.2.2. La adopción en torno a nuestra normativa	68
2.2.2. Derecho a la identidad	70

2.2.2.1. El Derecho a la identidad como derecho fundamental	71
2.2.2.2. El Derecho a la identidad personal	72
2.2.2.3. La filiación como derecho a la identidad	74
2.2.2.4. Filiación como derecho del adoptado	76
2.2.2.5. Identidad dinámica	78
2.2.3. Interés Superior de Niño y Adolescente	81
2.3. Antecedentes de la investigación	84

CAPÍTULO III HIPOTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO

3.1. Hipótesis	85
a. Hipótesis general	85
b. Hipótesis específicas	85
3.2. Identificación de categorías	86
3.3. Categorías de estudio	87

CAPÍTULO IV METODOLOGIA

4.1. Ámbito de estudio	88
4.2. Tipo y diseño de investigación	88
4.2. Unidad de Análisis	88
4.3. Población de estudio	89
4.4. Selección de muestra	89
4.5. Técnicas de recolección de datos e información	89
4.6. Análisis e interpretación de la información	90

CAPÍTULO V RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Análisis de resoluciones emitidos por la Corte Suprema de la República	91
5.2. Percepción de los profesionales de derecho respecto a la adopción	104
5.3. Discusión de los resultados	126
CONCLUSIONES	128

RECOMENDACIONES	129
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130
ANEXO I	134
ANEXO II	136
ANEXO III	141

LISTA DE CUADROS

Cuadro N° 01: Operacionalización de variables	104
Cuadro N° 02: Tabla N°1	106
Cuadro N° 02: Tabla N°2	109
Cuadro N° 04: Tabla N°3	112
Cuadro N° 05: Tabla N°4	115
Cuadro N° 06: Tabla N°5	118
Cuadro N° 07: Tabla N°6	121
Cuadro N° 08: Tabla N°7	124
Cuadro N° 10: Matriz de consistencia	134

LISTA DE FIGURAS

Figura N°1: Grafico 1	105
Figura N°2: Grafico 2	107
Figura N°3: Grafico 3	110
Figura N°4: Grafico 4	113
Figura N°5: Grafico 5	116
Figura N°6: Grafico 6	119
Figura N°7: Grafico 7	122
Figura N°8: Grafico 8	125

RESUMEN

La presente investigación titulada **“La identidad dinámica como factor determinante en el proceso de adopción”**, está referido al estudio de los procesos de adopción en la cual debe de prevalecer la identidad dinámica del menor.

En nuestro país tenemos el derecho a la identidad, la cuales se dividen en la faz estática y la faz dinámica. La Faz Estática en el derecho de conocer nuestro origen por medio del derecho consanguíneo, y la Faz Dinámica, es la identidad propia que vamos adoptando a raíz de nuestro vivir diario bajo las vivencias en un lugar determinado ya sea hogar, colegio, etc.

En la presente investigación proponemos que la identidad dinámica sea un factor determinante en los procesos de adopción, dado que se debe de velar por el interés superior del niño, ya que en los procesos de adopción por excepción se trata de unir familias por los mismos lazos afectivos y que todos tengan el mismo apellido y de esta forma se evite algún tipo de discriminación entre los hermanos y ante la sociedad por el hecho de llevar distintos apellidos en un mismo seno familiar.

Palabras Clave

Derecho a la Identidad, Identidad dinámica, Identidad Estática, Proceso de adopción, Excepción, Interés Superior del Niño.

ABSTRACT

The present investigation entitled "The dynamic identity as a determining factor in the adoption process", is referred to the study of the adoption processes in which the dynamic identity of the child should prevail.

In our country we have the right to identity, which are divided into the static face and the dynamic face. The Static Face in the right to know our origin by means of the consanguineous right, and the Dynamic Face, is the own identity that we are adopting as a result of our daily life under the experiences in a certain place, whether it be home, school, etc.

In the present investigation we propose that the dynamic identity is a determining factor in the adoption processes, given that the best interest of the child must be watched, since in the adoption processes by exception it is a matter of uniting families by the same ties Affective and that all have the same last name and in this way some type of discrimination between the brothers and before the society is avoided by the fact of carrying different surnames in the same family.

Keywords

Right to Identity, Dynamic Identity, Static Identity, Adoption Process, Exception, Higher Interest of the Child.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación intitulado **“La identidad dinámica como factor determinante en el proceso de adopción”**, El problema nace que en los procesos de adopción por excepción no se le da el valor apropiado a la identidad dinámica del menor.

Si bien es cierto todos tenemos derecho a conocer nuestros orígenes, que esta es la identidad estática, no debe estar por encima del interés superior del niño, dado que debe de prevalecer el bienestar del menor, es decir, se debe de proteger al niño o niña que está en proceso de adopción, dado que este ya tiene una identidad propia que fue formándose a través del tiempo con el transcurrir diario y las costumbres de su hogar e identificando como padre o madre a la persona que creció con el que no necesariamente es el padre o madre biológica, estamos frente a la identidad dinámica.

Por lo que se sugiere que la identidad dinámica sea un factor determinante en el proceso de adopción.

La presente investigación está desarrollada en los siguientes capítulos:

Capítulo I.- Este capítulo está referido al planteamiento del problema, objeto de investigación, es decir caracterización del problema, justificación, delimitaciones y objeto de investigación.

Capítulo II.- Esta referida al Marco Teórico Conceptual dividido en los antecedentes de investigación, las bases teóricas u la definición de términos.

Capítulo III.- Está referido a la parte de la Formulación de la Hipótesis y Variables.

Capítulo IV.- Esta referido a la parte del Desarrollo de la Metodología.

Capitulo V.- Se desarrolla el trabajo de campo es decir la aplicación de las encuestas y su correspondiente tabulación e interpretación.

Por ultimo desarrollamos las conclusiones y sugerencias producto de la investigación.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Del tratamiento en cuanto al derecho a la identidad como derecho fundamental en nuestro país no existe profusa investigación; sin embargo, los principales textos proceden de la jurisprudencia italiana y de las obras Carlos Fernández Sessarego. El primer esbozo del derecho a la identidad personal procede de la sentencia del pretor romano del 6 de mayo de 1974, según la cual reconoce, por vez primera, el derecho a la identidad personal como la “verdad personal” programada socialmente (Fernández 1992: 63 y 66). Hasta antes de esta innovadora sentencia, el derecho a la identidad era ideado en Italia sólo en su extensión estática, esto es, como el derecho de las personas a ser reconocidos frente a la administración pública a través de los datos personales que obran en los registros públicos, tales como: el nombre, el seudónimo, la fecha y lugar de nacimiento, la dirección, el estado civil, entre otros. (Pino 2000: 1). Luego de esta predecesora sentencia, los magistrados italianos emitieron algunos fallos relativos a la dimensión dinámica del derecho a la identidad, pero dichos pronunciamientos recientemente empezaron a organizarse a partir de la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 22 de junio de 1985 (Fernández 2014: 9). La contribución fundamental de este fallo al desarrollo jurisprudencial del derecho a la identidad reside en concebir a la identidad personal como un bien especial y fundamental de la persona, que implica, entre otros, el derecho de cada sujeto a exigir el respeto de su modo de ser en la realidad social y a que se garantice su libertad de desarrollarse integralmente como persona individual (Fernández 1992: 100).

Frente a otra óptica, a nivel de la comunidad internacional, a finales de la década de los ochenta germinan una serie de instrumentos jurídicos que reconocen el derecho a la identidad personal, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual reconoce el carácter fundamental e inalienable del derecho a la identidad personal de los menores de edad (artículos 6, 7 y 8). En Sudamérica, el reconocimiento del derecho a la identidad en su

doble dimensión recién se inicia a partir de los años noventa, al asignarse en constituciones y leyes en el ámbito del Perú, especialmente a partir de la Constitución Política de 1993 – actualmente en vigencia – que el derecho a la identidad personal es reconocido textualmente como un derecho fundamental. Del mismo modo, el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 6), en vigor desde el 2000, reconoce el derecho a la identidad de los menores de edad, circunscribiendo el derecho al desarrollo integral de su personalidad, y establece el deber del Estado de resguardar estos derechos y sancionar a los responsables de su cambio o privación.

En lo atinente a la jurisprudencia peruana, existen ciertos precedentes de especial importancia que no sólo reconocen ésta calidad en pro de la protección al proyecto de vida, sino que establecen indemnizaciones en búsqueda de reparación del daño que pudiera sufrir el proyecto de vida de un individuo. Estos precedentes tienen que ver inexcusablemente con la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción, siendo una de ellas pronunciada vía Casación N° 653-2011 Lima, donde utilizando con severidad el Principio de Interés Superior de Niño, han establecido como criterio dominante el establecimiento y afirmación del derecho a la identidad dinámica, que en buena cuenta conduce al proyecto de vida, donde debe predominar sobre cualquier otro derecho de las partes, dado que el estado al ponderar los principios fundamentales, tiende a que el Estado debe buscar un propósito de otorgarle protección exhaustiva – integral al niño y adolescente.

No obstante, la doctrina y normatividad “de vanguardia” y las sentencias fundadoras antes mencionadas, podemos apreciar que, en gran parte de la doctrina y legislación nacional e internacional, la aproximación y protección del derecho a la identidad se encauza principalmente en su dimensión estática. Además, aún no hay luminosidad respecto a cuán comprensiva es la esfera dinámica de este derecho. Al involucrar nada más y nada menos, que al “proyecto de vida” de una persona, este derecho puede ser invocado en condiciones y contextos diversos, que involucran relaciones y derechos de disímil índole entre seres humanos y entre éstos y diversos bienes materiales e inmateriales. Por otro lado, dada su extensión, la dimensión dinámica de la identidad vislumbra también el derecho de cada persona a que se le reconozca

como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales activos - tierras, viviendas y pequeños negocios. Sin embargo, no hay conciencia de cómo la creciente inobservancia impide a la mayoría de personas acceder a un Estado de Derecho moderno e inclusivamente que reconozca y preserve el derecho a la identidad en su doble dimensión

En ese entender, el procedimiento de la adopción vinculado al derecho fundamental de la identidad, se ha visto restringida en cuanto a su vasto campo de acción que ello implica, pues bien sabemos que la adopción, según nuestro ordenamiento legal vigente, es una institución jurídica, en virtud de la cual, se recibe como hijo al que no tiene vínculo biológico directo con el adoptante, de esta manera, y en virtud de la ley, se generan lazos de parentesco formando así una familia; sin embargo, como se verá el desarrollo de la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción, específicamente en los casos en donde la persona que tenga vínculo con el padre o la madre del niño o adolescente por adoptar, la identidad dinámica sea considerado como requisitos previo sujeto a probanza para el que el juzgador deba tomar en cuenta al momento de resolver dichos procesos, a fin de consolidar la unión familiar y por ende generar un desarrollo integral del adoptado.

Además, el presente pretende, aportar una reformulación del marco normativo en específico, en lo atinente al contenido de investigación, partiendo de la proposición ya formulada y de los beneficios que ésta brinda y que constituyen un presupuesto necesario para garantizar el derecho a la identidad dinámica. Es en esa dirección, en que resulta indispensable contar con un sistema actualizado, donde permita a los justiciables ejercitar y proteger sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra la acreditación de su existencia legal, y por ende el reconocimiento y tutela de derechos cuya actuación resulta esencial para el progreso de su “proyecto de vida”.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cómo debería ser la regulación normativa de la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción regulado en el Código de los Niños y Adolescentes?

1.2.2. Problemas específicos

¿Cuál es la regulación normativa respecto de la adopción por excepción en nuestro ordenamiento legal vigente?

¿Cómo es el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la identidad dinámica y estática en nuestro ordenamiento legal?

1.3. Justificación de la investigación

La presente investigación tiene relevancia humana, debido a que involucra a un sector de la sociedad como son las familias, ya que este trabajo tiene implicancias jurídicas esencialmente en determinar los factores de la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción es especial el que tenga vínculo matrimonial con el padre o la madre del niño o adolescente.

Es original, porque anteriormente no se ha realizado ningún trabajo de investigación referido a los factores que determinan la identidad dinámica en los procesos de adopción en relación a las variables a estudiar.

Este trabajo es de actualidad porque permite apreciar una realidad jurídica presente en la práctica y es vital apreciar los aspectos referidos a los factores que determinan la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción.

Desde la perspectiva jurídica, esta investigación es importante porque se busca esclarecer la temática de establecer los factores que determinan la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción

Esta investigación tiene relevancia teórica por que permitirá reflexionar en torno a un tema importante, como las implicancias jurídicas en cuanto a la identidad dinámica y los factores que determinan en el proceso de adopción por excepción conforme al artículo 128 inciso 1 del Código de los Niños y Adolescentes.

Cuenta con validez metodológica porque se recorre un camino con el propósito de ordenar la información y los datos sobre los factores que determina la identidad dinámica como factor determinante en los procesos de adopción por excepción conforme al artículo 128 inciso 1 del Código de los Niños y Adolescentes.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Determinar cómo debería ser la regulación normativa de la identidad dinámica, en los procesos de adopción por excepción regulado en el Código de los Niños y Adolescentes

1.4.2. Objetivos específicos

Conocer la regulación normativa respecto a la adopción por excepción en nuestro ordenamiento legal vigente.

Conocer el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la identidad dinámica y estática en nuestro ordenamiento legal.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. BASES TEÓRICAS

2.1.1. ADOPCION

A los fines de poder esbozar y dar contenido a la adopción como institución jurídica tutelar, nos es preciso desarrollar conceptos previos a ésta, con las cuales ha de permitirnos posicionarnos sobre las bases ideológicas doctrinarias que la conforman y que, en buena cuenta darán de sus razones, de sus delimitaciones y de los principios que la integran; de ahí, que parte la trascendencia e importancia de la investigación.

2.1.1.1. Doctrina de la Protección Integral

Ésta tiene su máxima expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que se inspira de que las personas menores de edad son sujetos de derechos, a quienes se les reconoce, garantiza y protege los derechos “genéricos” otorgados por su condición de tales, los nombrados “derechos específicos”, significa brindar a los niños, niñas y adolescentes mayor protección para garantizar su desarrollo pleno a través de un actuar activo en la promoción, amparo y defensa de sus derechos dentro de su ámbito familiar y su proyección en su relaciones sociales.

Del mismo modo, se considera como un conjunto de doctrinas filosóficas, normas éticas, jurídicas y políticas que determinan cómo se debería entender, posesionar, reconocer, garantizar y defender los derechos de niños, niñas y adolescentes.

2.1.1.2. Principio de niño sujeto de derechos

Por cierto, ésta se constituye en un elemento base y determinante de la noción de “los derechos del niño”. El niño es titular de derechos y deberes, de tal forma que se identifica como un sujeto individualizado, y como sujeto en desarrollo constante que, requiere de ciertos derechos específicos, que ayuden a su condición natural de indefensión, para que no sea obstáculo para el resguardo de su dignidad e integridad como ser humano (Barletta Villaran. 2012). Siendo el derecho a una familia funcional un derecho específico, debido a que beneficia al niño, niña y adolescente de vivir,

crecer y desarrollarse en un entorno familiar que garantice su desarrollo integral. (Base legal en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes.)

2.1.1.3. Patria Potestad

Como resulta obvio y fundamental la Patria Potestad se constituye en un instituto jurídico eminentemente garantista de los derechos genéricos y específicos de los niños, niñas y adolescentes; vale decir, de aquellos derechos directamente relacionados a su desarrollo sano y normal (Barletta Villaran. 2012). Ello comprende el desenvolverse y actuar conjuntamente con los padres con responsabilidades comunes en resguardo del interés superior de su hijo. (Base legal en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes)

En ese entender y del mismo modo de manera recíproca refiere al conjunto de derechos de los padres en sus relaciones con sus hijos, para garantizar un eficaz contacto interpersonal entre los mismos y propiciar al surgimiento de un estado familiar que desencadena las relaciones jurídicas recíprocas más propicias entre los miembros de una familia. El conjunto de los derechos y deberes de los padres en relación a los hijos están desarrolladas en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.1.1.4. Derecho a la identidad

Ésta por su contenido se han destacado dos ámbitos de la identidad: siendo que el primero, se integra por un conjunto de caracteres objetivos y constantes, tales como el nombre, la filiación, la fecha de nacimiento, entre otros, la doctrina contemporánea la ha denominado como identidad estática. A diferencia de la identidad dinámica la cual se configura por el patrimonio cultural, espiritual, religioso y de cualquier otra índole. Ambas identidades deben ser igualmente garantizadas por una familia. (Base legal en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes). Asimismo, el derecho a la identidad es consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de nuestra Constitución Política del Estado de 1993, en el entendido de que como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente, por lo que es y por del cómo; vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos que se diferencian de los demás, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento

personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) Asimismo, cuando una persona invoca su identidad, lo hace con la finalidad de marcar una distinción frente a los demás. El Tribunal Constitucional desarrolla y señala que a menudo tal diferenciación puede percibirse con rápida facilidad a partir de notas tan fundamentales como el nombre o las características físicas (por ejemplificar), y existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complicados, como puede ser el caso de asumir determinadas costumbres, o las de tener creencias o dogmas (por citar otros dos casos). En fin, éste derecho debe ser entendido de manera completa o integral, más aún si existen diversas discusiones de fondo, con la finalidad de identificar de manera óptima a determinados sujetos de derecho.

2.1.1.5. Derecho al Nombre.

En lo que respecta a éste tópico, está conformado por dos componentes: el prenombre y los apellidos. El primero, se constituyen en el elemento vital – individual del sujeto de derecho que, es escogido por la persona que tiene por norma la potestad de designarlo (padres - sus representantes legales) y el apellido es la nominación común de un linaje, la que indudablemente permite distinguir o diferenciar la filiación de los lazos de parentesco; por consiguiente, el entroncamiento familiar al que pertenece. Adicionalmente los apellidos determinan y le permiten atribuirle al niño, niña o adolescente a un grupo familia o linaje del que descende. (Base legal en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes). En cuanto al derecho al nombre en la adopción nuestro Código Civil en vigor, es determinada a través del artículo 22 del Código de los Niños y Adolescentes, donde el adoptado lleva los apellidos del adoptante o los adoptantes.

2.1.1.6. Derecho al desarrollo integral.

En cuanto a este tópico se concibe por desarrollo a los aspectos relacionados al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño o niña. En ese entender, los obligados en darle protección son precisamente los padres, debiendo contar para hacerle eficaz con el actuar corresponsable del Estado (Base legal en los artículos 8 y literal a) del 74 del Código de los Niños y Adolescentes. Asimismo, en la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescentes, a través del artículo 27 imputa responsabilidades a los Estados Partes, los cuales deben reconocer, garantizar y proteger los derechos de todos niños y niñas “un nivel de vida apropiado

para un desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” y exigen a los padres la “responsabilidad primordial para propiciar y proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos – sociales, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño y adolescentes”. Según Daniel O’Donnell, *“este artículo hace hincapié en la obligación del Estado de adoptar también dentro de las condiciones existentes –medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad al derecho del niño a un nivel de vida adecuado”*; aunado a ello, nuestra Constitución del año 1993, en su artículo 2, inciso 1, regula expresamente como un derecho fundamental que tiene toda persona a su integridad y desarrollo de bienestar.

2.1.1.7. Principio del Interés Superior del Niño.

Según este principio de mayor jerarquía (aplicando ponderación de derechos), apunta a la satisfacción máxima de derechos de los niños y niñas, permitiendo la solución de conflictos de derecho que pudieran suscitarse, para ello es necesario una prelación de un derecho sobre el otro; es decir, de preferir y priorizar sobre la base de la regla de ponderación donde precisamente se deben prevalecer ciertos derechos, es así que permite determinar qué derecho tiene mayor importancia – protección, en relación a otro en cada caso concreto o singular que se presente. Con esta postura coincide Daniel O’Donnell, cuando señala que este principio es de suma trascendencia, ello debido a que permite una solución de conflicto de intereses entre niños y de ésta frente a otras personas, un ejemplo de ello, es en el caso de la disolución de un matrimonio (divorcio o separación), donde necesariamente se debe determinar y decidir sobre las condiciones de tenencia y régimen de visitas, según los intereses (decisión – discernimiento) del niño la que primará sobre los de otras personas (incluyendo miembros de su entorno familiar); en cuanto a la adopción, la Convención otorga prioridad al interés superior del niño; es decir, se le privilegia el derecho del mismo a vivir en un grupo familiar, quedando en plano secundario el derecho de los padres biológicos, los cuales tienen autoridad en base a la patria potestad de disponer y decidir sobre el hijo. En ese orden de ideas, el interés superior del niño como principio jurídico de mayor jerarquía, permite y ayuda a interpretar las normas; es decir, contribuye a dotarle en darle una orientación interpretativa hacia el cumplimiento de una finalidad común, que consiste en la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños, en base a ello ha sido nominado por el Comité de Derechos del Niño como el principio guía. Cabe señalar

que este principio, se sustenta en nuestra legislación en el Artículo IX del T.P del C.N.A, Siendo plasmado el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989. Así mismo se le considera como un Principio de Carácter Imperativo (el cual es de carácter obligatorio, es decir, no es una directriz, no es una norma que orienta, es una norma que obliga como tal).

2.1.1.8. Derecho a la Opinión

Se advierte del artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, se regula en el sentido de que el niño tiene la capacidad de formarse un “juicio propio”, lo que contribuye a expresar su propia opinión, (no debiendo entenderse como una condición para su ejercicio). En ese entender, la ludida opinión del niño se pueda considerar dentro de un procedimiento judicial o administrativo que le afecte; por lo que, consideramos que la opinión del niño debe ser valorada en su integridad conforme a su evolución de facultades y madurez – poder de discernimiento; asimismo, nuestra legislación normativa a través del Código de Niños y Adolescentes, reafirma y protege dicho derecho fundamental. En ese sentido, podemos determinar que la normativa internacional y nacional visualiza al niño como persona que puede brindar su propia opinión, incidiendo dicha facultad, en la decisión que se adopte con respecto a él.

2.1.1.9. Filiación.

Según advierte Enrique Varsi, los lazos de parentesco son variados y múltiples, teniendo diverso origen e intensidad, por ello, la filiación se logra hacer extensiva como un vínculo entre dos o más personas, dada a su naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de un estado). Se entiende como la descendencia en línea directa, según el significado jurídico planteado por el autor Planiol Marcel – Ripert George, es la relación inmediata del padre o madre con el hijo; de aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere el lado del padre o de la madre; y por tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.

2.1.1.10. Definición de adopción

La adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es un vínculo filial creado por el derecho.

En nuestro derecho, la adopción constituye un instituto jurídico que se basa en la creación de una relación de filiación entre dos personas que carecen de vínculo consanguíneo (de progenitor e hijo). La adopción constituye la tercera fuente de parentesco, ya que su finalidad – objetivo, consiste en establecer un parentesco entre dos individuos, adoptante y adoptado. En esta clase de parentesco no existe vínculo biológico, de hecho, su único sustento es la norma jurídica. Con la adopción se crea un parentesco civil y se imita la filiación de sangre; de ahí que se hable de hijos y de padres adoptivos.

El Código de los Niños y Adolescentes define que 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 paterna 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 (Código de los Niños y Adolescentes, 2000).

Dirigida nuestra mirada hacia otro cuerpo normativo, el Código Civil define, por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea (Código Civil Art. 377), la doctrina la define como la institución del ordenamiento jurídico que permite dar una familia a menores que no la tienen. Es la ficción creada por el derecho para equiparar los lazos que se crean entre la familia biológica y la adoptiva. Con independencia de la adopción que se acoja y del vínculo o no de parentesco que pueda existir entre adoptantes y adoptados, lo importante es hacer prevalecer, en cada caso el respecto al Interés Superior del Niño, consagrado en la Convención sobre los derechos del Niño (Kemelmajer de Carlucci. 2006).

2.1.1.11. Antecedentes históricos de la adopción

Con motivo del presente trabajo tendrá como finalidad analizar una de las instituciones del derecho del niño, como lo es la adopción, con el objeto de

acercarnos a su naturaleza y finalidad jurídica, teniendo presente que el determinar el fundamento jurídico de una institución del derecho, es encontrar una razón que la explique, una delimitación de las bases ideológicas que la conforman señalando concretamente los principios que la integran, es de ahí, que parte la importancia y trascendencia del tema planteado.

Para poder entrar a desarrollar el presente, creemos importante, por lo menos de manera sucinta pero precisa y como alcance ilustrativo, revisar los antecedentes de la adopción, en Roma y en Francia, a fin de contar con una visión más clara y precisa del tratamiento de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico.

a. Etimología

El término adopción, proviene del latín ADOPTIO-ONEM, que deriva del verbo ADOPTARE, el cual se compone del prefijo AD cuya significación es “a” y del verbo OPTARE que significa “desear”, “querer” o simplemente afición familiar por tener hijos cuando no se ha tenido o no se puede tener (Quino Calle. 1995).

En cambio, para otros la palabra adopción proviene de “ADOTIO” termino latino del prefijo AD que tiene como significado “para” y “en favor de”; y de OPTIO cuyo significado es de “opción” (Peralta Andía. 1996)

b. En Roma

En Roma, la adopción tenía como finalidad principal el encadenamiento del culto hogareño y la perpetuidad de la familia, en la medida que, ante el impedimento de contar con herederos, el *pater famili* tenía la facultad de dejar ingresar a un extraño en su familia para someterlo a su patria potestad. Existían dos formas de adopción: la adoptio y la abrogatio.

La abrogatio, consistía en un acto solemne donde el jefe de una gens en vías de extinción, atribuía la calidad de hijo a un ciudadano que tenía que ser jefe de otra gens. El que ingresaba a la familia era un sui iuri, es decir, aquél que no tenía una autoridad encima de él en su gens, y por ende, se trataba de la adopción de toda una familia, inclusive con los bienes que en ella se hubieran constituido.

Hacia otra óptica, la adoptio, se consideraba como un acto de carácter eminentemente privado que, tenía como finalidad el ingreso de un alieni iuris varón, es decir aquél que tenía una autoridad por encima de él en su gens y que previamente ha de encontrarse emancipado.

Por su parte con la adoptio, el adoptado no perdía o desligaba de sus vínculos con la familia natural o biológica, pero el padre real sí perdía la patria potestad en relación a su hijo, para lo cual tenía que realizar la venta del hijo por tres veces, siendo éste un símbolo de pérdida de su patria potestad.

c. En Francia

Desde el inicio de la contemporaneidad, nuestro de derecho moderno, durante el siglo XVI, los legisladores franceses solicitaron la incorporación de la adopción en su ordenamiento jurídico, ello como fruto de una gran admiración a la cultura romana. Sin embargo, una de los argumentos de mayor debate para incorporar a la adopción en ese entonces, fue el hecho de que mediante dicha institución el adoptado salía definitivamente de su familia de origen, situación que no era conducente con el pensamiento de la época, ya que se entendía, que un acto legislativo no podía determinar la ruptura de un vínculo paterno filial de orden natural.

Así mismo, en relación a la adopción de menores (aquéllos que carecían de un grupo o medio familiar), existía un gran impedimento para una orientación, que era, la insuficiencia de una manifestación de voluntad válida por parte del adoptado ya que en ese momento se entendía que nadie podía quedar supeditado a un nuevo vínculo de familia sin su anuencia o consentimiento. Es por ello que, finalmente el CODE de 1804, llega a integrar a la adopción, pero sólo de aquellos que contaban con mayoría de edad.

En suma, como hemos podido revisar de manera muy somera, tanto la abrogación, como la adopción, respondían a necesidades de índole político social y religioso, en la medida que las normas asimilaron a la adopción basándose en razones religiosas, con la única finalidad de asegurar la sucesión masculina y el culto a los antepasados.

Del mismo modo, en Francia se introduce la adopción por una gran admiración de sus jurisconsultos a la cultura romana y en consecuencia, podemos colegir que era indivisibilizado cualquier razón o fundamento que plasmara la finalidad de la adopción en las necesidades del niño y adolescente por la falta de un medio familiar idóneo que reconociera, promoviera y garantizara su desarrollo como persona humana; argumentos que podemos observar hacia 1923, en Europa a propósito de los huérfanos de las guerras mundiales.

A este respecto nos ha señalado Zanoni Bosert "La historia de la moderna adopción empieza recién en la Primera Guerra Mundial y la conmoción que se produjo en la niñez desvalida, perdidos los hogares de millones de niños se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte entonces en un medio de protección para la infancia desprovista de un hogar".

Como consecuencia de estos hechos – antecedentes, el Estado francés modificó sus leyes y consagró posteriormente (hacia 1939) la institución de la "Legitimación Adoptiva", la cual tenía como fin conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes (adoptantes) mediante una sentencia constitutiva de derechos, y en consecuencia, al concederle al adoptado este "status" de hijo se instaurará la denominada irrevocabilidad de la adopción.

Es de privilegiar y resaltar, además, que la Legitimación Adoptiva, era pensada como una institución de orden público, donde la manifestación de voluntad de los adoptantes, sólo le daría la facultad de recurrir o no a ella, más no la facultad de constituirla y/o de determinar sus condiciones y consecuencias.

d. En el Perú

d.1. Código Civil 1852.

Dentro del contexto de nuestra historia legislativa se ha caracterizado por adoptar para nuestro ordenamiento jurídico, conceptos, principios e instituciones de legislaciones extranjeras, tratando de adaptarlas a nuestra realidad social según el contexto reinante.

Es de incidir y poner énfasis que el Código Civil de 1852, recogió de manera predominante las bases y los lineamientos trazados por los Juristas Aubry y Rau,

Domat y Durantón (Ludeña 2000); del mismo modo se acogió las directrices del Código Napoleónico de 1804, de manera que incorporó a nuestro ordenamiento las diversas instituciones que en aquel entonces se establecieron y que constituyen un avance legislativo.

En ese entender, la adopción no fue ajena a esta situación, por lo que, en el aludido cuerpo normativo, encontramos reproducidos gran parte del articulado del Código Napoleónico, en relación a ésta materia, debiendo también dejar sentado y establecido que, debido a la influencia que ejerció la legislación española en nuestro medio, se adoptó de ella ciertos principios de mayor influencia.

En suma, de esta manera podemos decir, que nuestro Código Civil de 1852, en materia de adopción fue fruto de la conjugación de la legislación francesa y de la española.

Por ello resulta que, del análisis del articulado, se desprende que la finalidad que el legislador le dio a la adopción obedecía a satisfacer los intereses de quienes no podían tener hijos, sin tomar en cuenta, el derecho que tiene el niño de vivir en una familia, lo que nos permite concluir que en aquel entonces el niño es tratado como un objeto, más que como un sujeto.

d.2. Código Civil 1936

Por su parte, el segundo sistema jurídicos del Perú, como lo es el Código Civil de 1936, tomó como base legislativa el Código de 1852, copiando fielmente parte de su articulado, debemos también indicar que la adopción fue legislada en forma más amplia, llegando a introducir ciertos conceptos novísimos que no se había tomado en cuenta anteriormente.

Como se tiene la adopción, tenía su regulación en el Título IV de la Sección IV del Libro II del aludido cuerpo normativo, a través de 22 artículos que van del artículo 326 al artículo 347 del Código Civil, donde se reconoce las dos clases de adopción: la plena y la semiplena.

En cuanto a la primera establece en el artículo 332 que el adoptado adquiere la calidad de hijo legítimo del adoptante y consecuentemente el parentesco entre

el adoptante y el adoptado alcanza a los descendientes legítimos de éste. Es decir, tanto para los adultos como para los menores, creaba vínculos de parentesco entre adoptante y adoptado, con diversas limitaciones (el parentesco se limitaba al adoptante y al adoptado se confería el apellido y los derechos y deberes que le correspondían con su familia natural) (Ludeña. 2000)

En lo que concierne a la segunda – semiplena – sólo era dirigida para los menores de quince años – y se limitaba a la obligación de alimentar al menor, educarlo y darle una carrera u oficio. Sin crear vínculo paternal, la relación legal cesaba o extinguía cuando el adoptado llegaría a su mayoría de edad, con la salvedad estipulada en el artículo 347 del acotado.

d.3. Código de Menores de 1962

El primer cuerpo normativo especializado se generó con el Código de Menores, aprobado por la Ley Administrativa N° 13968 del 01 de julio de 1962, el cual introdujo al cuerpo normativo de nuestro país grandes transformaciones en lo referente a la adopción de menores, particularmente a los menores en abandono moral y material de catorce años de edad como máximo.

Éste Código de Menores de 1962, fue el primer paso dado para la modernización de suplir el fundamento individualista de ésta por el de la protección del niño y/o adolescente (entiéndase “menores” en ese entonces) necesitado de una familia, no obstante, ello se mantuvieron ciertos principios que vislumbraron el hecho de la existencia de la protección de la familia por sobre la protección de aquellos (Ludeña. 2000).

En este sentido, en el art. 68, se estableció que en el caso de los menores de 14 años que se encontraran en estado de abandono material o moral, el Juez podría dispensar los requisitos establecidos en los tres primeros incisos del art. 326 del Código Civil de 1936, los cuales se referían tanto a la edad mínima del adoptante, a la diferencia de edad de 18 años que debería existir entre el adoptante y el adoptado, y la prohibición que el adoptante tuviera descendencia, a cambio de cumplirse con el siguiente requisito: que el adoptante sea casado, que viviera con su cónyuge, que este prestara su consentimiento y que de la investigación

judicial, que realizara el juzgado se determine la idoneidad de ambos para adoptar, sin perjuicio doloso de derechos patrimoniales a terceros.

No obstante, ello el avance significativo de dicho precepto, se conservó aún vigente la figura de la adopción semiplena, en tanto que la adopción realizada bajo el amparo del art. 69, tendría efectos de adopción semiplena, hasta que, transcurrido un año de efectuada la adopción, el adoptante se ratifique es ésta, luego de lo cual se convertiría en adopción plena, manteniendo así el principio de la vinculación del adoptado con su familia natural (Ludeña. 2000)

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

Artículo 342.- La revocación de la adopción será declarada por el juez, a instancia del adoptado, si existen justos motivos, y a instancia del adoptante, en caso de ingratitud del adoptado.

d.4. Decreto Ley 22209

Esta disposición legal fue pronunciada y regulada durante el Gobierno Militar del General Francisco Morales Bermúdez, específicamente el 15 de junio de 1978, dando lugar a la promulgación del Decreto Ley 22209, elaborado por la Comisión de Reforma Judicial. Dicha norma fue de gran importancia debido a que introdujo modificaciones de los arts. 68, 69 y 94 del Código de Menores y amplió los alcances de los arts. 331, 335 y 342 del Código Civil de 1936.

Con motivo de esta norma, por primera vez, se reguló la adopción realizada por extranjeros, estableciéndose los requisitos que los adoptantes extranjeros deberían cumplir, entre ellos, tramitar la adopción de manera personal.

Se mantiene también la condición y los efectos plenos de la adopción hasta que por resolución judicial pronunciada en la que se autoriza esta, quede consentida y ejecutoriada, suprimiéndose el periodo de un año que establecía el Código de Menores, dando pleno efecto a la manifestación de voluntad expresa en su primer momento; es decir, no es necesario que transcurra un año para que se

convierta en adopción plena, sino que en un inicio se otorga de carácter plena a la adopción incorporándose el menor a la familia.

Por último, la adopción realizada al amparo del Decreto ley 22209, tenía como última consecuencia la expedición de una nueva Partida de Nacimiento, de manera que la Partida original quedaba sin valor, salvo para el caso de la comprobación de la existencia de impedimentos matrimoniales, de tal manera que los apellidos del adoptado son ahora los del adoptante; es decir, el niño se incorpora a su nueva familia, como si este hubiera sido un hijo natural, por lo que se concluye que la adopción es irrevocable.

d.5. Código Civil de 1984

El 14 de noviembre de 1984 se puso en vigencia el Código Civil, el cual definitivamente fundamenta la regularización de la adopción en la necesidad de brindar una familia a quien no la tiene, dejando de lado la concepción egoísta que establecía que la adopción servía para brindar hijos a quienes la naturaleza les hubiera negado el derecho de tenerlos.

Con motivo de la investigación más adelante se ha de desarrollar los requisitos y procedimientos a seguir en cuanto se refiere a la adopción, y de ahí sacaremos todas las peculiaridades que se presenten y efectuar un análisis más prolijo.

2.1.1.12. Naturaleza jurídica de la adopción

Uno de los rasgos fundamentales del derecho moderno, es la racionalización, ella entendida en el sentido de fundar criterios de distinción y generalización sobre el objeto estudiado. El camino que ha habido que recorrer para que esto sea así y para que tal característica se asiente en el pensamiento de cada uno de nosotros ha sido largo. El resultado de ello no tiene que ver sólo con el Derecho, sino con nuestras propias categorías o esquemas mentales, en las maneras como solucionamos nuestros problemas sean estos jurídicos o no.

La noción de "naturaleza jurídica" está muy vinculada a este proceso, porque refleja cierta cualidad de pensar, una manera singular de ordenarla y sistematizarla coherentemente. Debe apreciarse que en esta noción se ve claramente cómo opera este rasgo del derecho moderno. En efecto. el

"determinar la naturaleza jurídica de una institución" conlleva un doble proceso a través del cual de un lado se buscan elementos sustancialmente distintos entre las instituciones jurídicas (para diferenciarlas y no confundir una con otra) y de otro se tratan de encontrar los elementos comunes de distintos casos o actos para agruparlos en una sola categoría.

En lo que lleva el desarrollo del presente, se han esbozado tres teorías al respecto, los cuales nos permitirá ubicarnos ante la imperiosa necesidad de encontrar una razón de orden legal que exponga en su totalidad el fenómeno de adopción, ha tiempo que concrete y delimite su estructura ideológica y los principios que la conforman. Como se expuso en líneas precedentes, existe una multiplicidad de conceptos sobre la adopción, así como diversas teorías sobre su naturaleza jurídica, opiniones doctrinarias y diversas legislaciones que la regulan.

Como consecuencia de las diversas definiciones, como diversos autores que estudiemos y en cada uno de ellos a pesar que puedan coincidir con otros en relación a la naturaleza jurídica de éste tópico, introducen en el concepto que aquellos ofrecen su punto de vista dentro de cada particularidad, de tal forma que no podemos encontrar conceptos idénticos sobre la institución en particular; sin embargo, existen tres teorías que han tenido mayor incidencia y relación con la naturaleza jurídica de la adopción; la primera responde a una relación contractual, la segunda tiende a considerar a la adopción como una institución jurídica y una tercera que tiene como tendencia calificar a la adopción como un acto jurídico.

a. Teoría contractual

La adopción es un contrato perfeccionado por la prestación del consentimiento de las partes involucradas, se justifica la intervención jurisdiccional por las consecuencias que de la mismas se derivan con repercusiones en estado civil de las personas. Los que crea el vínculo es precisamente la exteriorización de la voluntad de las partes dirigidas a un efecto jurídico (Hinostraza. 2008). Se considera un negocio jurídico familiar, en tanto rodea asuntos de familia y, dentro de esta, se trata de un negocio jurídico de carácter filial y, por tanto,

predominantemente reglado. Lo precedente indica, de una parte, que solo existe libertad restringida en la adopción, esto es, limitada a los casos previstos en la ley, razón por la cual solamente procede la libertad para adoptar, para entregar a un ser en adopción y para ser adoptado, única y exclusivamente en los casos previstos en la ley y, más aún, sometida a la intervención y programación del Estado en esta materia, pues en esta materia no existe libertad negocial. Y de la otra, significa que la ley regulado solo los elementos y requisitos de este negocio jurídico, sino que establece, casi en su totalidad, en todos y cada uno de éstos, así como de sus efectos y su correspondiente control (Lafont Pianetta. 2007).

Esta teoría nace bajo un espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades, del consentimiento que dominó la estructura familiar, de los “derechos poderes” el interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia, del menor (Cornejo Chávez. 2002) de tal manera que determinó a la adopción en un contrato solemne, el cual tiene como partes celebrantes al adoptante y al adoptado.

Sin embargo, esta teoría tiene su máxima plenitud, cuando identifica necesariamente la corriente filosófica de orden contractualista que determinó todo el devenir histórico – jurídico del siglo XIX y parte del siglo XX, es decir la adopción emana de los pensamientos y postulados de la revolución francesa sobre la libertad (entiéndase como liberalismo) época del *laissez-faire*, *laissezpasser* y el individualismo, que se traducían en el imperio de la voluntad de las partes sobre la voluntad e intervención del Estado, de lo cual se desprendió la concepción de que la voluntad privada por si sola era generadora de todo efecto jurídico, razón por la cual, el contrato se convirtió en ley para las partes intervinientes en el acuerdo y se elevó a la categoría del ente jurídico más importante para la sociedad, de tal manera que el Estado tomó una posición de carácter pasivo (Gutiérrez Mora. 1986), el cual solo cumplía una función de vigilancia, en lo que respecta al objeto y a la causa del contrato a fin de obtener su licitud.

Dentro de los seguidores de esta corriente tenemos a Planiol y Ripert, Josserand, Zachariae, Scaerola y Enneccerus. Todos ellos fundamentan este acuerdo de voluntades o consentimiento que debe preceder el acto de adopción.

Planiol y Ripert señala que la adopción es generalmente considerada como un contrato sometido desde el punto de vista de su eficacia a la homologación de la justicia. Es necesario decir de la adopción lo que hemos dicho del matrimonio; es una institución de base contractual.

Como secuela inevitable frente a esa crisis desmedida ocasionada por el individualismo, surgió un Estado interventor que abarcó los campos político, económico y social. Era la decadencia de las ideas contractualistas o mejor, del postulado de la autonomía de la voluntad privada, en consecuencia, fueron muy pocos quienes continuaron sustentando la tesis contractual de la adopción.

Esta teoría fue criticada por diversos autores, entre ellos Guillermo Sarivia señala lo siguiente:

“Esta teoría acuerda al contrato un dominio excesivo haciéndole aparecer como explicación y fundamento de las instituciones más diversas: la sociedad, en el derecho público, la ley, la familia, se asientan en contratos. Donde no se percibe nítidamente la voluntad contractual la ley la presume. Es la época del individualismo desbordante y de la plena autonomía de la voluntad. El hombre dicta su propia ley, y la libertad y justicia son términos sinónimos.”

En la presente tesis, asumir a la teoría contractual como una posición estricta no es lo indicado y seguramente nos llevaría a terrenos dogmáticos, consideramos que esta teoría no es la adecuada para definir la naturaleza jurídica de la adopción, uno de los principales puntos se debe a que el Código Civil peruano, en el Libro VII, Título I, define al contrato en su artículo 1351 como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Al respecto, la relación jurídica que es regulada en los contratos es de carácter estrictamente patrimonial, lo cual llevado al campo de la adopción deviene en

imposible, en tanto que la persona que es adoptada por ser un ser como tal, no tiene un contenido patrimonial ni real, lo que nos lleva a entender que la adopción tiene una relación jurídica extra-patrimonial; en consecuencia, una persona no puede ser una prestación y por lo tanto objeto de un contrato.

Asimismo, los artículos 1354, 1359 y 1360 del Código Civil, señalan características de los contratos, las cuales contravienen a lo establecido por la adopción, debido a que las partes solo pueden manifestar su voluntad de querer llevar a cabo dicha adopción más no pueden determinar el contenido de la misma, debido a que esa labor le corresponde al Estado, ya sea a través de una entidad judicial o administrativa.

Para finalizar, el artículo 1363 del Código Civil, señala que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan, lo cual no se puede dar en la adopción, debido a que sus efectos alcanzan a la familia biológica de ambas partes.

b. Teoría de la institución

Esta teoría considera a la adopción de carácter jurídico por lo que ha sido reglamentada por el derecho. Se trata, pues, de una institución jurídica porque conforma una entidad, o mejor, un conjunto de normas encaminadas a reglar la filiación adoptiva (Febres Cordero. 2001); es decir, las formalidades, requisitos y efectos que produce la adopción se encuentran establecidos en la ley, con prescindencia de la voluntad de las partes, correspondiéndole solo a ellas adherirse a tales disposiciones, sin que puedan modificar las consecuencias que produce la adopción (Aguilar Llanos, 2005).

Cabe señalar que el término de institución no responde a un concepto técnico, sino a la manifestación de una determinada concepción del Derecho. En sentido figurado el término institución es el que frecuentemente se le atribuye, y así, cuando se habla de la compra-venta o de la donación como institución, se alude a las distintas relaciones o normas singulares que en función de los caracteres típicos que presentan en relación con una figura común, son reagrupados en conjunto (Baca Cabrera. 1982).

Diversos autores han adoptado esta teoría; sin embargo, existen discrepancias en relación a si nos encontramos ante una institución de (i) Derecho Privado, (ii) de Derecho de Familia, basándose en un Derecho Público característica propia de un Derecho de Familia y para terceros (iii) Derecho de los Niños y Adolescentes, ya que lo relacionan con el Derecho Tutelar, debido a que tiene como finalidad la protección y amparo de los mismos.

No obstante, dicha discrepancia los autores convienen en sostener que la teoría contractual debe ser descartada en tanto:

“En la adopción no hay especulaciones ni cálculos de beneficios, adoptante y adoptado no se encuentran en una relación de igualdad todo lo cual es característico de los contratos. Por el contrario, entre ambos existe un consortium, vale decir, que sus intereses son coincidentes y no opuestos, existe entre ellos una comunión, no una concurrencia, lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina, sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley” (Quino Calle. 2003)

De lo expuesto, podemos deducir que, la voluntad de las partes no regula la forma de acceder a la adopción, sino que tanto el adoptante como el adoptado tienen intereses coincidentes y se basan en la ley que regula la adopción para poder acceder a la misma, por lo que la teoría contractual sería dejada de lado.

2.1.1.13. Institución del Derecho Privado

Considerando que predomina el interés particular o privado y cuya fuente sustancial es la autonomía de la voluntad, por lo que, se considera a la adopción como de Derecho Privado debido a que se basa en un acto de voluntad del adoptante nacido de la sentencia del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la que surge de la filiación matrimonial. Asimismo, resaltando las diferencias entre un contrato e institución, podemos apreciar que en la adopción no hay especulación de cálculos ni beneficios, tanto el adoptante como el adoptado no se encuentran en una relación de igualdad,

(todo lo cual es característico de los contratos), entre ambos existe un consortium, vale decir que sus intereses son coincidencias y no opuestos, existe entre ellos una comunión, no una concurrencia (Baca Cabrera. 1982)

2.1.1.14. Institución de Familia

Se crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia, por ello, la adopción ha de ser entendida como un instrumento institucional de gran relevancia para completar la familia que es una institución necesaria como elemento de cohesión, condición de equilibrio social, mecanismo de transmisión cultural y factor intrínseco de la vida humana.

Benjamín Aguilar señala: “nuestra posición es que se trata de una institución familiar eminentemente social, con reglas de derecho dirigidas a regular la relación paterno filial, que nace a través de esta ficción legal.” (Aguilar Llanos. 2008)

“Cesar Belluscio sostiene que la adopción: es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación y sus alcances varían según los distintos ordenamientos jurídicos” (Belluscio. 1981)

2.1.1.15. Institución tutelar

También como institución de Derechos de los Niños y Adolescentes, ello debido a que es una institución jurídica de protección familiar y social por la cual el adoptado forma parte de la familia del adoptante para todos los efectos de calidad de hijo. Se le encaja como una medida de protección en el entendido que tiene lugar luego de haber demostrado que el niño/a o adolescente se encuentra en estado de abandono. Lo sustancial es resguardar el derecho a una familia en base a su condición de sujeto de derechos y en el reconocimiento que la familia sigue siendo concebida como el espacio natural y fundamental para el desarrollo de la persona. Esto último se ve reflejado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y

asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (Belluscio. 1981).

2.1.1.16. Teoría de Acto Jurídico

Para el desarrollo de esta teoría es conveniente definir al acto jurídico como tal, de acuerdo a Julien Bonnecasse:

“Es una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral cuyo fin directo es engendrar, sobre el fundamento de una regla de derecho, o de una institución jurídica, en contra o en favor de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o al contrario, un efecto limitado de derecho que se reduce a la formación, modificación o extinción de una regla de derecho” (Bonnecasse. 1945).

Simplificamos la definición anterior de acuerdo a nuestra legislación (Art. 140

Código Civil):

Artículo 140º.- Noción de Acto Jurídico: elementos Esenciales.

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Agente capaz.

2.- Objeto física y jurídicamente posible.

3.- Fin lícito.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

De esta definición de acto jurídico, se puede determinar que la adopción es un acto jurídico extracontractual y por ende no podría ser un contrato, recordemos que un contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Cabe señalar, que esta teoría se inicia con el desarrollo del capitalismo, la concepción liberal inicial del estado gendarme comienza a debilitarse para dar paso a la del intervencionismo del estado y enfocando a la adopción, de acuerdo a las circunstancias históricas. Por ello, para la validez de la adopción, la sentencia judicial es de suma importancia a diferencia del acuerdo de voluntades, restándole en esta forma fuerza a la concepción contractualista de proteger con esta figura básicamente al interés particular, para encaminarla por los senderos del interés público, que condiciona su validez jurídica al cumplimiento de su finalidad y sus requisitos, más que a la voluntad de los particulares, haciendo del acto jurisdiccional, una manifestación de voluntad encaminada a que la adopción produzca efectos jurídicos (Gutiérrez Mora. 1986). Los que fundamentan su tesis, señalando a la adopción como un acto jurídico lo hacen mediante el argumento que es una manifestación de voluntad del órgano jurisdiccional, orientada a modificar el estado civil de las personas en cuanto a su incorporación a la sociedad y a la familia, es decir, una expresión soberana del ánimo, el cual tiende a producir un nuevo estado civil, diferenciado y privativo, tanto para el adoptante como para el adoptado.

Esta teoría tiene como exponentes a Colin y Capitant, Demolombe, Sanjurjo y entre otros, quienes señalan un avance en relación a teoría contractual y lo sintetizan de la siguiente manera:

“En la adopción los requisitos, formalidades y efectos se encuentran estipulados con precisión por la ley, y en consecuencia, corresponde a las partes prestar su concurso, es decir, adherir a esas disposiciones concertadas, entendiéndose lógicamente que si tal adhesión ocurre es porque los integrados buscan el desarrollo de esas normas y pretenden sus efectos” (Febres Cordero. 2003).

De lo expuesto podemos deducir que la adopción se considera un acto jurídico de naturaleza propia, cuyas bases, formas y efectos se encuentran determinados previamente por la ley, pudiendo las partes ejercer su voluntad únicamente en el sentido de someterse o no al proceso de adopción.

Otro sector de la doctrina prefiere aludir más a las formalidades con que debe establecerse, así al hacer la definición de la adopción:

Dalloz señala que es “un acto jurídico solemne revestido de la sanción judicial, que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiaciones puramente civiles.”

“Dusi al definir la adopción señala que es “un acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima.”

“Julio Armando Oddo, Tristán Narvaja, Hector Lafille, Julien Bonnecase, señalan la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de la adopción”

Para Castan, la adopción es un acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítima”

Luego de la exposición de estos autores, nosotros preferimos tomar la definición que da la autora Nidia del Carmen Gallegos Pérez:

La adopción es el acto jurídico familiar plurilateral, mixto y complejo de derecho Familiar, por virtud del cual contando con la aprobación judicial correspondiente se crea un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, así como por regla general un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y los descendientes del adoptado”

Se debe entender que el autor asimila el parentesco creado por la adopción como un parentesco consanguíneo.

Esto se debe a que la adopción de por sí es un acto jurídico familiar mediante el cual se establece una relación jurídica de filiación entre dos o más sujetos, la

cual se diferencia de la filiación por naturaleza; cabe resaltar que la adopción se basa en una declaración de voluntad que persigue, debido a que así lo establece y reconoce la ley, la constitución de una determinada relación de filiación.

En la actualidad nuestra legislación contempla a la adopción como una fuente de parentesco civil entre el adoptante y adoptado según lo establecido en el artículo 238 del Código Civil, en el cual a pesar de no existir un vínculo de filiación biológico, imita a la filiación consanguínea y otorga entre estos sujetos intervinientes derechos y obligaciones, idénticas a las de una relación consanguínea y enfatiza en su condición de medida de protección contemplado en el literal e del artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes.

a. Elementos

Los elementos de existencia que lo determinan como un acto jurídico son los siguientes:

b. Consentimiento

En la adopción se requieren de diversos consentimientos para que ella se pueda efectuar, un claro ejemplo de ello, pueden ser: (i) él que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, (ii) el tutor de quien se va adoptar, (iii) las personas que hayan acogido al que se pretenda adoptar y lo traten como hijo cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor; y (iv) el ministerio público del lugar del domicilio del adoptado cuando este no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente importe su protección y lo haya acogido como hijo, asimismo, si la persona que se va adoptar tiene más de diez años, se toma en cuenta la opinión del mismo para que pueda ser adoptado. Como se puede observar en la adopción pueden existir varios tipos de consentimiento, sin embargo existen dos tipos de consentimiento en la adopción, los básicos que los dan al propio adoptante (debe expresarse el consentimiento en el petitorio y en la ratificación ante la autoridad que conoce el proceso de adopción) y el adoptado (el consentimiento que da el adoptado en caso ser mayor de diez años, tal como lo expresa el artículo 378 inciso 4 del Código Civil) de la legislación que los rige) y los complementarios que son lo que

se deben prestar aquellos a los que la ley exige para dar su consentimiento en determinados casos (Gallegos Pérez. 2002).

c. Objeto

El objeto principal que se da en la adopción es la creación del vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado con los efectos que surjan de ella, es decir, se crea un vínculo como el que se da entre un padre o una madre y su hijo consanguíneo, los cuales guardan relación y crean derechos y obligaciones entre sí, creando un verdadero lazo de parentesco, cumpliendo el objetivo del acto jurídico familiar de la adopción, el cual es brindar a un niño huérfano una familia. Un punto a resaltar, es la extinción del vínculo jurídico con la familia consanguínea, a excepción de algunas prohibiciones como es en el caso de los impedimentos en el matrimonio.

d. Solemnidad

Es un punto fundamental, debido a que se perfecciona a través de lo estipulado por el Código Civil, es decir, señala el proceso y/o procedimiento de la adopción señalado mediante la ley, originándose que el incumplimiento del mismo causaría la nulidad del acto, tal como lo establece el Código Civil en su artículo 219. Para finalizar otro punto a validar en el acto jurídico familiar de la adopción, son los elementos de validez, tales como la capacidad, la ausencia de vicios, la observancia de las formalidades y la licitud.

Sobre la base de esta concepción, resultaría que la adopción va más allá de ser un mero acuerdo de voluntades por cuanto conlleva la dirección y reflexión de esa manifestación de voluntad en aras de producir unos efectos jurídicos determinados.

2.1.1.17. Características de la adopción

a. Indisponible e irrevocable

Tal como lo señala el Art. 380 del Código Civil, la adopción tiene el carácter de irrevocable, por lo que “una vez culminado el procedimiento de adopción este

estado se mantiene incólume y los adoptantes no pueden ya retractarse (Gallegos. 2008)

Es por ello que también hablamos de núcleo duro de los derechos fundamentales, podemos referirnos a dos cuestiones distintas. La primera de ellas, al contenido esencial de cada derecho en particular, que se refiere al marco infranqueable, a partir del cual el Estado establece las garantías de protección y sus límites, y que tienen como fin armonizar el ejercicio individual y el bien público, y la segunda, al conjunto de derechos cuyas garantías, por su naturaleza, no pueden ser suspendidas por el Estado en ningún supuesto, incluso en casos que pongan en peligro la seguridad nacional. Como es bien conocido, los derechos humanos derivan de la dignidad del ser humano por lo que le son inherentes. De ahí que sean universales e igualitarios e inalienables.

b. Solemne

Por la naturaleza de la formalidad el trámite que se opte por seguir sea judicial, administrativo (Secretaría Técnica de Adopciones) y notarial, debe ceñirse según sus exigencias y por actos de cumplimiento obligatorio.

En ese entender, la forma solemne (forma ad solemnitatem) es requisito de validez del acto jurídico. No tiene una función simplemente probatoria, sino que es una forma esencial: ad esentiam, ad solemnitatem, ad substantiam o ad validitatem (Diez-Picazo. 2008). La forma solemne (forma ad solemnitatem) es requisito de validez del acto jurídico y su inobservancia invalida a éste. Se prescribe que «El acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad», lo que se encuentra regulado en el artículo 219 inciso 6 del Código Civil peruano.

Otra conceptualización es aquella que establece que las formalidades ad solemnitatem o ad substantiam son aquellas que necesitan una clase de negocios jurídicos para su existencia o nacimiento. La forma en ellos es sustancia, de tal modo que no existen como tales negocios si no aparecen celebrados bajo la forma ordenada legalmente.

Sobre el particular, Aníbal Torres Vásquez manifiesta que:

“La solemnidad vale el acto jurídico mismo; es un elemento constitutivo del acto y, por consiguiente, el único medio probatorio de su existencia”

En suma, la formalidad ad solemnitatem está dirigida a dotar de eficacia constitutiva al negocio. Sobre la forma ad solemnitatem, este requisito de validez para la celebración del acto jurídico lo encontramos en el inciso 4 de su artículo 140 el cual establece el de la forma prescrita con carácter ad solemnitatem, en cuanto precisa que, además de los otros requisitos enumerados, se requiere también de la “observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

c. Intransmisible

El derecho de adoptar no puede pasar de uno a otro por causa de muerte, se extingue solo por muerte del adoptante o del adoptado antes de la adopción, pues luego de ella, ocurrirá lo mismo que si muere cualquier padre o cualquier hijo, dado que, según nuestra Constitución del Estado, todos los hijos tienen iguales derechos.

La doctrina francesa se ha referido a los derechos personalísimos como una manifestación de los derechos personales, así se le ha otorgado tres sentidos: el primero alude a los derechos intransmisibles, el segundo a aquellos derechos inembargables y, por último, aquellos derechos personales unidos completamente a la persona de su titular.

En el ámbito nacional, siguiendo la tradición francesa, se ha señalado que lo personalísimo se entiende en dos sentidos, para atender a los derechos intransmisibles y cuando su ejercicio es exclusivamente personal.

En virtud de lo anterior, cabe concluir que el carácter personalísimo de un derecho está constituido, esencialmente, por su inherencia o inseparabilidad con la persona de su titular, resultando, por lo tanto, intransferibles e intransmisibles.

d. No es valorable directa o indirectamente

No se puede poner precio alguno a una adopción y tampoco puede hablarse de recompensa alguna a los padres por la entrega del niño.

Los derechos extrapatrimoniales se los puede concebir (Abarca. 211; García. 2005; Zannoni 1987), como aquel conjunto de bienes jurídicos que se caracterizan por ser carentes de apreciación económica, son valores de naturaleza subjetiva, que tienen como principal peculiaridad la ausencia de valoración pecuniaria; sin embargo, pese a no poder ser cuantificados económicamente poseen una gran trascendencia social, cultural y moral.

e. Relaciones patrimoniales

Dada la naturaleza de la adopción el adoptado pasa a ser hijo del adoptante; por tanto, aunque esta adquiera derechos, como los sucesorios, prevalecen y se anteponen los fines mismos de la figura que persiguen la protección al niño y al adolescente.

Se conoce que la sucesión es la transmisión patrimonial y de otros derechos por causa de muerte. Se conoce como herencia al patrimonio que es objeto de la transmisión. En sentido lato, esta significa transmisión y patrimonio. En otras palabras, se le identifica con el concepto sucesión y con el objeto de la misma. (Ferrero, 2016, p. 124).

Tomando como referente los efectos de la adopción de que el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a la familia consanguínea, a todas luces hace efectiva el principio consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, donde en este caso todos los hijos son iguales ante la ley.

2.1.1.18. Principios que informan la Institución de la Adopción

No valdría establecer un contrato de adopción con fines torpes o contrarios al orden público y las buenas costumbres u opuestos a los designios fundamentales que presiden este acto jurídico (Hinostroza Minguez, 2008).

Para posicionarnos y establecer la definición orden público, conviene formularlos según los abordado por los tratadistas y dentro de este criterio tenemos la propuesta siguiente “orden público es el conjunto de principios: jurídicos, políticos morales y económicos que son obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada” (del Fernández Novoa,

2003). Entre otras definiciones encontramos la siguiente que dice “El orden público está constituido por normas, principios e instituciones que son fundamentales para sentar las bases de una política socioeconómica que garantice el bienestar de la sociedad dentro del Estado”.

Conforme a los conceptos que se mencionan se puede advertir que el orden público garantiza la seguridad jurídica de una sociedad, por lo tanto y de acuerdo a una sociedad compleja como la nuestra y para que se cumpla la finalidad del bienestar social que se pretende a través del orden público se debe analizar fundamentalmente los intereses de orden privado y los intereses de orden público.

En tanto, las buenas costumbres, en sí, son formas y maneras de comportamiento de las personas en cualquiera de los escenarios cotidianos de la vida en sociedad. También suele decirse que son buenas costumbres las formas de ser de las personas que hacen de sí, su estima y ponderación que los ubica dentro del contexto social como personas distintas entre ellas pero que al mismo tiempo, en su conjunto conforman identidad ciudadana, regional o nacional, según corresponda a una época y a un momento determinados en un espacio geográfico establecido.

Las buenas costumbres se basan sobre todo en la armonía que deben tener las personas con y entre sus semejantes, procurando hacer respetar los derechos de los unos y de los otros, así como, contribuir para que la persona cumpla con sus obligaciones, todo con la finalidad de mantener una convivencia pacífica. Esto quiere decir que la costumbre también como en el caso del orden público tiene el sustento de los valores dentro del campo de la deontología.

a. Unilateral especial

La decisión de asumir una adopción viene a ser un acto jurídico unilateral, por ello muchos estudiosos concluyen que ésta se perfecciona con la declaración del adoptante para hacer el prohiamiento se requiere no solo los elementos y requisitos, sino también, en ciertos casos, requiere de otros consentimientos como puede ser de los padres o del sujeto adoptable (Lafont Pianetta, 2007).

Como es de conocimiento el acto jurídico es unilateral, la que necesariamente importa una manifestación de voluntad imputable a un sujeto de derecho capaz, en segundo, que su eficacia no dependa de otro acto jurídico y, en tercer y último lugar, que tenga por objeto producir efectos jurídicos

En lo que respecta a la primera característica, esto es, la manifestación de voluntad imputable, obviamente el acto deberá ser emitido por una persona con pleno ejercicio de sus derechos civiles, de tal forma que los demás actos subsecuentes sean eficaces y válidos.

b. Carácter simple

Para entender esta característica, resulta necesario efectuar las precisiones en torno a la condición o término; en cuanto se refiere a la condición podríamos decir que tradicionalmente se ha enseñado como **condición** la determinación accesoria de voluntad que hace supeditar el nacimiento o extinción de los efectos de un negocio a un cierto acontecimiento futuro e incierto (Lohmann Luca de Tena, 1994). Por su parte, Albadejo lo conceptúa como la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad y en virtud de la cual los efectos jurídicos del negocio se hacen depender del acontecimiento incierto. Y al igual que Coviello, el tratadista español aclara que, por brevedad, se dice que el negocio es condicional, pero que realmente no es el negocio sino la producción de sus efectos lo que está *sub conditione*, por lo que con la palabra condición se designa no solo la limitación establecida sino también el acontecimiento incierto del que se hacen depender los efectos del negocio. Para León Barandiarán el acto es condicional cuando sus efectos están subordinados a un acontecimiento incierto y futuro (Vidal Ramírez, 2011).

En cuanto se refiere a término, si bien la doctrina mayoritaria prefiere utilizar la expresión “plazo” tanto el Código Civil peruano como la doctrina nacional emplea la expresión “término”. Se afirma que el término es “la indicación del tiempo en el cual se colocan los efectos” del negocio (Espinoza Espinoza, 2008).

En otras palabras, el plazo está indeliblemente vinculado al transcurso del tiempo, que es el hecho jurídico de mayor relevancia y al que el ordenamiento legal le atribuye las más importantes consecuencias jurídicas, pues está

vinculado a la existencia humana misma y de él depende, por ejemplo, alcanzar la mayoría de edad y con ella la capacidad de ejercicio, así como la vigencia de los contratos. Sustenta instituciones jurídicas tales como la prescripción adquisitiva y extintiva y la caducidad. El plazo entonces como transcurso del tiempo adquiere una trascendencia fundamental en relación a los actos jurídicos (Vidal Ramírez, 2011).

Tomando en cuenta estos referentes conceptuales, llegamos a la conclusión de que ambas no forman parte de la naturaleza jurídica de la adopción; en consecuencia, no debe estar sometido a condición o término. Por su naturaleza especial de ser un acto jurídico encaminado a disciplinar situaciones de estado civil, no debe en principio estar sometido a determinaciones accesorias de la voluntad que pueda suponer una derogación fundamental de los principios en que se asienta la institución.

2.1.1.19. Procedimiento de adopción

2.1.1.20. Requisitos para la adopción

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 cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concorra el asentimiento del otro conviviente.
5. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
6. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
7. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
8. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
9. Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el

extranjero por motivo de salud” (Código Civil, Requisitos para la adopción, Art. 378).

Conforme lo establece el artículo 116 del Código de los Niños y Adolescentes en términos generales, la Adopción por extranjeros es subsidiaria de la Adopción por nacionales (entendemos que ello ocurre en el caso de las adopciones de niños que han sido declarados en abandono) (Academia de la Magistratura, 2014)

2.1.1.21. Tramite de Adopción

La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, en la Ley para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos y su reglamento y en Ley de Competencia Notarial, según corresponda.

Terminado el procedimiento, el Juez, el funcionario competente, o el notario que tramitó la adopción, oficiará a los Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, para que extienda la partida de nacimiento correspondiente, sustituyendo la original y anotando la adopción al margen de la misma para proceder a su archivamiento.

En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador.

La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales (Código Civil, Tramite de Adopción, Art. 379).

2.1.1.22. Adopción de mayores de edad

Cuando existen intereses comunes entre personas mayores de edad de querer heredarse mutuamente haciendo uso de sus derechos civiles, vale decir la voluntad del adoptante y el consentimiento del adoptado; puesto que ya no requieren de ninguna autorización de sus progenitores, pues gozan plenamente de sus derechos civiles, con capacidad de ejercicio. Esto también se da como un

caso de cuidados y obligaciones recíprocas de largo plazo entre el adoptante y el adoptado, y de formalizar su parentesco amparado en la Ley, una relación de progenitor a hijo; comprendiendo un "... acto solemne por el cual, mediante consentimiento recíproco declarado personalmente ante la autoridad judicial competente, alguien admite a otro en lugar del hijo dentro de los límites señalados por Ley (Brugi, 1946).

Una de las razones más comunes para desear la adopción de un adulto está relacionada con la herencia, vale decir heredar a la persona que se está adoptando; y como en cualquier relación de un hijo menor de edad y su padre biológico, en la adopción de un adulto también se crea una relación de progenitor a hijo entre dos personas adultas, lo que hace que dicha relación quede sujeta a las leyes sobre herencia. En este caso, la adopción es un medio de asegurar que el adulto adoptado heredará sus activos, exactamente como si fuera su hijo biológico, es decir que "... la adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación (Belluscio, 1979).

a. Proceso no contencioso de adopción vía Judicial

En este proceso se tramita la adopción de personas mayores de edad.

Si el presunto adoptado es una persona contemplada en el artículo 44 del Código Civil, se requiere la intervención de su representante o su apoyo. Si es este el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público." (Código Procesal Civil, Procedencia, Art. 781). Para ser admitida, Adicionalmente a lo previsto en el Artículo 751, la persona que quiera adoptar a otra acompañará:

1. Copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio, si es casado;
2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado;
3. Los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral;

4. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado;
5. Copia certificada del inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado; y
6. Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del Juez, si el adoptado fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil.” (Código Procesal Civil, Admisibilidad, Art. 782).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 783, primer párrafo, del Código Procesal Civil, si no hay oposición, el solicitante, y su cónyuge -si es casado- ratificarán su voluntad de adoptar. El adoptado y su cónyuge presentaran su asentimiento. A continuación, el Juez resolverá atendiendo a lo dispuesto en el artículo 378 del Código Civil en lo que corresponda. Este último precepto legal establece los requisitos a observar para la adopción, los mismos que ya fueron explicados. Finalmente, si no hay oposición, se realiza la Audiencia de Actuación y Declaración y el Juez expide Resolución, la que consentida da lugar a su ejecución, oficiándose al Registro de Estado Civil (Academia de la Magistratura, 2014).

La competencia jurisdiccional para la adopción de mayores de edad es tramitada como proceso no contencioso ante el Juez de Paz Letrado (Código Procesal Civil, Procedimiento, Art. 749).

b. Proceso no contencioso de adopción en la vía notarial

La ley de competencia Notarial en Asuntos No contenciosos Administrativos Ley Nro. 26662, en el título III, Adopción de Personas Capaces, precisa que Sólo se tramita ante notario la adopción de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio (Ley de Competencia Notarial en Asuntos no contenciosos, Arti. 21). Para poder acceder a este tipo de adopción se requiere los siguientes requisitos: La solicitud constará en una minuta, presentada por el adoptante y el adoptado, acompañada de los siguientes anexos:

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.

La minuta debe contener la expresión de voluntad del adoptante y del adoptado y el asentimiento de sus respectivos cónyuges, en caso de ser casados, así como la declaración jurada del adoptante en el sentido que goza de solvencia moral. El notario, si encuentra conforme la minuta y la documentación requerida, elevará la minuta a escritura pública (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos L. N., Art. 22).

Realizado el trámite, el notario oficia al Registro respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos L. N., Art. 23).

2.1.1.23. Adopción de menores de edad

La adopción de menores de edad, se tramita en la vía administrativa, requiriendo para ello que previamente el niño, niña o adolescente haya sido declarado judicialmente en abandono (Academia de la Magistratura, 2014). 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 (adolescentes C. d., Art.115).

El trámite de adopción de menores de edad se realiza en vía administrativa regulado por la ley 26981 y su reglamento número 010-2005- MIMDES de la Ley del Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados

Judicialmente en Abandono. Si desean iniciar el trámite Deben apersonarse a la Secretaría Técnica de Adopciones, donde se les informa sobre el tema, inscribiéndolos si lo desean. Deben asistir a las charlas informativas y talleres interactivos que se programen para tal fin. Una vez que hayan asistido a estas dos actividades podrán acercarse a la sede de la Secretaría Nacional de Adopciones donde se les entregará una ficha de inscripción, la cual deberá ser llenada por los solicitantes adjuntando fotos de su vivienda, dándose así inicio al proceso de su preparación que comprende las entrevistas personales, visitas domiciliarias y aplicación de las pruebas psicológicas correspondientes. La evaluación comprende.

- A. **Aspecto Social:** Consiste en una visita social domiciliaria. En caso que alguno de los profesionales del Equipo Técnico lo considerase necesario podrá citar a los adoptantes a una nueva sesión
- B. **Aspecto Psicológico:** Consiste en dos entrevistas psicológicas. En caso que alguno de los profesionales del Equipo Técnico lo considerase necesario podrá citar a los adoptantes a una nueva sesión.
- C. **Aspecto Legal:** Consiste en los requisitos exigidos en el Reglamento Nro. 010-2005-MINDES de la ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono (MINDES, Art. 14,15,16 y 17)

a. Expediente Administrativo

Debe contener lo siguiente:

1. Solicitud dirigida a la Secretaría Nacional 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.
2. Copia fedateada del documento de identidad de los adoptantes.
3. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento de los adoptantes.
4. Los cónyuges presentarán copia fedateada de la Partida de Matrimonio Civil.

5. 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.
6. Copia fedateada de la Partida de Nacimiento del hijo o hijos biológicos, de ser el caso.
7. En caso de viudez, copia fedateada de la Partida de Defunción correspondiente.
8. 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 Secretaría Nacional de Adopciones, de ser el caso.
9. Certificados de Antecedentes Policiales y Penales.
10. Certificado Domiciliario.
11. 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.
12. Certificados de Trabajo, Constancia de Ingresos, Declaración Jurada del Impuesto a la Renta y demás documentos que acrediten ingresos estables y capacidad económica.
13. Fotografías de los adoptantes y de su hogar, cuya antigüedad no deberá ser mayor de cuatro (4) meses.

b. Adopción por excepción de menores de edad judicial

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el **juzgado** especializado, 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. Constituye una solución integradora de las familias originadas en

una segunda unión. La integración jurídica de las familias, que se inician a partir de las segundas nupcias, no genera una situación de desamparo respecto de los hijos menores de edad de anteriores uniones. Se resalta el interés del menor de contar con una familia sólidamente constituida. Esta adopción busca compenetrar al hijo de una de las partes a la familia constituida por su progenitor. No se trata de una adopción común, sino de una adopción especial donde, como lo indica la norma, mantiene los lazos con la familia de sangre con el padre o madre que tiene la calidad de cónyuge del adoptante (Academia de la Magistratura, 2014)

- 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." (Código de los niños y adolescentes, Art. 128). vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, en esta clasificación únicamente se habla de matrimonio y está contemplado en el artículo 237 del Código Civil. Ambos cónyuges se hallan en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio o mientras viva el ex cónyuge (Academia de la Magistratura, 2014). El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con sus integrantes así como sus efectos jurídicos, únicamente subsisten los impedimentos matrimoniales, mediante este tipo de adopción el hijo adoptado adquiere los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico. La Adopción plena se equipara totalmente a la filiación biológica, sea esta matrimonial o extramatrimonial (Varsi Rospigliosi, 2016).

2.1.1.24. Derecho a la Identidad

En este acápite nos ocupamos brevemente del principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño y del adolescente, entendida ésta una constante de los derechos a la identidad dinámica. No es del caso desarrollar

este principio, sino relacionarlo con una serie de conceptos objetivos que lo llenarán de contenido. De este modo, se presentarán criterios que el juez puede ponderar al momento de determinar la adopción por excepción, que permite advertir desde la valoración de autonomía del niño o del adolescente, que van desde el deber de escuchar al niño, complementar su voluntad o darle total autonomía respecto del caso específico que se le presentan.

Con un desarrollo breve pero preciso, nos permitimos efectuar una construcción que va desde la concepción etimológica, para luego ahondar en una conceptualización de identidad, determinar la naturaleza jurídica del mismo e identificar sus características propias y como corolario de éste nos adentraremos a la composición de la identidad en estática y dinámica.

a. Etimología

Desde la etimología, el concepto de identidad proviene del latín y presenta dos sentidos que complementan su comprensión: el primero de ellos corresponde al término *idem*, que significa “idéntico o sumamente parecido” y alude a algo que es inmutable en el tiempo; mientras que el segundo término corresponde a *ipse*, que significa “idéntico o propio” y se relaciona a la permanencia en el tiempo (Ricoeur, 1996a, en Sepúlveda, 2013). De este modo, la identidad como concepto aludiría a algo particular que a su vez se describe como inmutable en el tiempo, dando cuenta de elementos específicos que facilitan el reconocimiento del sí mismo.

b. Definición de identidad personal

La identidad del sí mismo se constituye como un elemento central dentro del desarrollo de la personalidad, siendo definida como un eje organizador e integrador de la experiencia, a partir del cual se asignan diversos significados, regulando y orientando la relación de cada individuo con su contexto y consigo mismo (Piaget, Sinclair y Bang, 1971; Valenzuela, 2012). De este modo, se constituye como un mecanismo básico que permite la construcción de experiencia (Macurán, 2003) y la convivencia a partir de la misma.

En cuanto a la precisión del término, Erikson (1994) desarrolla una definición de identidad que apunta a conceptualizarla como un *proceso*, lo cual brinda la primera noción de desarrollo de la misma, la cual se localizaría en el centro del individuo, no sólo dependiendo de éste, sino que también de su continuidad y cultura circundante, por lo que contempla las influencias externas y las interrelaciones.

Por su parte Piaget, uno de los principales autores que desarrolla el concepto, plantea una definición que la presenta como una característica desarrollada a partir de los primeros esquemas de acción, en lo que él mismo denominaría la etapa sensorio-motriz (Piaget, Sinclair y Bang, 1971), teniendo como finalidad brindar nociones de continuidad y permanencia, tanto a los objetos como al propio cuerpo, incluyendo también al sí mismo y a la noción personal que cada individuo construye de sí mismo; además, manifiesta que su presencia es precoz en el curso del desarrollo, haciéndose indisociable al acto de conocer (Valenzuela, 2012) y experimentar mediante el contacto con el medio.

De este modo, el concepto de identidad se articula como la serie de características que posee un individuo, mediante las cuales es conocido y reconocido, considerando incluso sus aspectos biológicos (Páramo, 2008) y sociales, integrando con ello a la identidad en el continuo del desarrollo. En éste, se plantea que la formación de la identidad está siempre en cambio, como un proceso de diferenciación progresiva del medio circundante (Erikson, 1994), siendo estos procesos de diferenciación e integración solidarios al equilibrio y por tanto a la adaptación del individuo, la que se desarrolla y se logra en la medida que la persona construye una identidad que está inmersa en un mundo con características sociales (Sepúlveda, 2013). Por lo tanto, la identidad no se establece como un logro inamovible de la personalidad o como algo estático e inmodificable (Erikson, 1994), sino que se desarrolla a la par con las demás estructuras de la persona. Ésta presenta dos funciones principales, las que apuntan, por una parte, a otorgar nociones de existencia y permanencia a la experiencia vivida por el individuo en relación a los objetos, y por otra, a mantener la coherencia interna del sujeto; no obstante, para mantener dicha dialéctica debe existir un sujeto que conozca y un objeto por conocer (Valenzuela, 2012).

c. Derecho a la identidad personal

La identidad personal es concebida como un proceso de construcción activa de la estructura personal, que da al sí un sentido de mismidad y de continuidad en el tiempo y que permite ser reconocidos y reconocer a otros, inmersos en un contexto social y cultural (Sepúlveda, 2013). Es un concepto central dentro de lo propuesto en la Psicoterapia Constructivista Evolutiva, debido a que se plantea como un proceso que evoluciona y se desarrolla junto al resto de estructuras del conocimiento, permitiendo dar sentido y continuidad a la experiencia (Vergara, 2011).

Teniendo en consideración estos aspectos de vital trascendencia, la que nos permite esbozar el contenido de un derecho fundamental como lo es el derecho a la identidad personal, al respecto podríamos decir que la identidad personal es parte integrante del plexo de derechos de la persona así como derecho fundamental, y es que, si bien es cierto todos los seres humanos somos iguales, dicha locución no es más que una afirmación insuficiente, ya que existe “diversidad” la cual es una característica que resalta en la humanidad. Ello, por cuanto, la libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual de vida, convirtiéndola, por tanto, en diferente a las demás personas.

Por otro lado, la identidad personal entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real.

En la doctrina jurídica, el profesor Espinoza Espinoza, afirma que la identidad personal no es más que una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), así como la proyección social (identidad dinámica). De tales afirmaciones, diferenciamos que la identidad personal está compuesta por dos dimensiones, cuya conjunción determina su naturaleza jurídica. Es pertinente mencionar también, que dicho concepto que

combina la vertiente dinámica y estática, es novísimo, habida cuenta que antes se aludía, únicamente, a la dimensión estática, como atributo de la identidad personal.

Asimismo, también podemos detallar que la identidad personal es un derecho de significación amplia que engloba otras clases de identidad. Adelantando brevemente los matices a desarrollar, es postulado de la presente investigación que dentro de la identidad personal se encuentra la identidad de género, concepto que deriva de la vertiente dinámica de la identidad es decir una situación jurídica subjetiva, en cuanto es una manifestación de lo que significa la personalidad entendida como una totalidad (Espinoza, 2013).

d. Naturaleza jurídica

Todo interés existencial digno de tutela asume la calidad de un derecho de la persona que deriva de su propia dignidad, aunque el derecho objetivo no lo haya acogido como un derecho subjetivo típico.

En otro orden de ideas para D'antonio, siguiendo al maestro Orgaz, el derecho a la identidad es un presupuesto de la persona, considerado como bien personal tutelado por el derecho objetivo. Define entonces el derecho a la identidad personal como el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbre, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser (D'antonio, 2002).

e. Característica de la identidad

La existencia de una cantidad de derechos de la persona dentro de los ordenamientos positivos significa, como bien señala Fernández, que cada uno de ellos protege un determinado interés existencial. Sin que esto suponga que todos los derechos de la persona no sean interdependientes en virtud de la inescindible unidad ontológica en que consiste la persona humana. Los derechos existenciales se hallan esencialmente vinculados y reconocen a la persona humana como único fundamento. Se debe a la creativa labor de la jurisprudencia que el interés existencial referente a la identidad personal en cuanto a protección

social de la personalidad aparezca como una nueva y autónoma situación jurídica subjetiva.

La jurisprudencia italiana e invocado por Fernández Sessarego, ha puesto de relieve tres notas características del derecho a la identidad

e.1. Carácter omnicomprensivo

Es de carácter omnicomprensivo de la personalidad del sujeto, representando la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera que sea su específica manifestación, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial.

e.2. Objetividad

La identidad personal esta anclada en la verdad, no en sentido absoluto, sino como una realidad conocible según los criterios y de buena fe subjetiva.

El patrimonio ideológico cultural de la persona lo constituye sus pensamientos, opiniones, creencias, comportamientos que se desplazan en el mundo de la intersubjetividad. Es el bagaje de características y atributos que definen la verdad personal.

e.3. Exterioridad

Se refiere al sujeto en su proyección social, su coexistencialidad. La identidad personal es el conjunto de atributos y características que le permite individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro, Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se halla sus raíces y sus condicionamientos, pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro.

Pero además la personalidad muestra un aspecto estático, cuando nos hallamos frente a una persona nos enfrentamos a una imagen y un nombre, el sujeto ha sido identificado primariamente.

Entonces el derecho a la identidad supone la exigencia del derecho a la propia biografía, es una situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su proyección social.

2.1.1.25. Composición de la identidad personal

La concepción moderna del derecho a la identidad apunta al reconocimiento de este derecho en una doble dimensión: estática y dinámica.

Es poco lo que se ha dicho y escrito respecto al derecho a la identidad en su doble dimensión. Los principales textos provienen de la jurisprudencia italiana y de las obras del jurista Carlos Fernández Sessarego. El primer bosquejo del derecho a la identidad personal proviene de la sentencia del pretor romano del 6 de mayo de 1974 la cual reconoce, por primera vez, el derecho a la identidad personal como la “verdad personal” proyectada socialmente (Fernández 1992). Hasta antes de esta innovadora sentencia, el derecho a la identidad era concebido en Italia sólo en su dimensión estática, esto es, como el derecho de las personas a ser identificados frente a la administración pública a través de los datos personales que obran en los registros públicos, tales como: el nombre, el pseudónimo, la fecha y lugar de nacimiento, la dirección, el estado civil, entre otros. (Pino 2000). Luego de esta precursora sentencia, los jueces italianos emitieron algunas sentencias relativas a la dimensión dinámica del derecho a la identidad, pero dichos pronunciamientos recién empezaron a organizarse a partir de la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 22 de junio de 1985 (Fernández 2014). El aporte fundamental de esta sentencia al desarrollo jurisprudencial del derecho a la identidad consiste en concebir a la identidad personal como un bien especial y fundamental de la persona, que implica, entre otros, el derecho de cada sujeto a exigir el respeto de su modo de ser en la realidad social y a que se garantice su libertad de desarrollarse integralmente como persona individual (Fernández 1992).

En el ámbito de la comunidad internacional, a finales de la década de los años ochenta surgen una serie de instrumentos jurídicos que reconocen el derecho a la identidad personal, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual reconoce el carácter fundamental e

inalienable del derecho a la identidad personal de los menores de edad (artículos 6, 7 y 8). En Sudamérica, el reconocimiento del derecho a la identidad en su doble dimensión recién se inicia a partir de los años noventa, al consignarse en constituciones y leyes de Perú, Ecuador, Argentina, Paraguay, Bolivia y Venezuela.

En el caso peruano, es partir de la Constitución Política de 1993 – actualmente en vigor – que el derecho a la identidad personal es reconocido expresamente como un derecho humano fundamental. Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 6), en vigor desde el año 2000, reconoce el derecho a la identidad de los menores de edad, incluyendo el derecho al desarrollo integral de su personalidad, y establece la obligación del Estado de preservar estos derechos y sancionar a los responsables de su alteración o privación.

En cuanto a la jurisprudencia peruana, existen ciertos precedentes de singular importancia que no sólo reconocen la importancia de la protección al proyecto de vida, sino que establecen indemnizaciones en busca de reparación del daño que pudiera sufrir el proyecto de vida de una persona. En torno a ello, motivo del presente trabajo se tiene múltiples jurisprudencias que serán analizadas y puesta de manifiesto su trascendencia. En consecuencia, como se advierte esta composición de la identidad se desarrolla en dos componentes fundamentales a saber.

a. Identidad estática

La identidad estática o primaria, comúnmente conocida como “identificación”, se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto - tales como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros.

La identidad estática hace referencia a aquellas situaciones que tienen una tendencia a permanecer en el tiempo. Estos son los atributos de la personalidad como lo son el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, parentesco biológico, huella digital, entre otras (Villena, 2019).

La identidad estática o primaria, comúnmente conocida como “identificación”, se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto - tales como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros.

Por otro lado, si lo que se pretende tutelar es la “verdad personal”, la tutela de la identidad personal “...en principio, debe alcanzar y potencialmente cubrir todos los múltiples y complejos aspectos de la rica personalidad del sujeto. Esta potencial extensión de la tutela de la identidad, en la medida que se relaciona con los vastos atributos y características definitorios de la personalidad, hace que ella necesariamente interfiera con la protección de otros derechos de la persona. La esencial vinculación entre todos los derechos de la persona en cuanto cada uno de ellos...se refiere y remiten al “yo”, trae como norma consecuencia el que no siempre sea fácil distinguir con pulcritud, frente al evento dañoso, cuál o cuáles de los intereses existenciales han sido lesionados. Fernández 2015)

b. Identidad dinámica

La identidad dinámica es aquella que se encuentra en permanente construcción, en constante cambio, como lo es la edad, fisonomía, entorno sociofamiliar, proyectos de vida, experiencias, entre otras cuestiones (Villena, 2019).

La identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la “proyección social” de la persona”. La identidad personal...que se proyecta socialmente...es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia... tiene una connotación... (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida...” (Fernández 1992:).

La persona, en tanto ser libre, proyecta su ser y su quehacer y toma decisiones en función del “proyecto de vida” que ha trazado y que va rediseñando de acuerdo a las potencialidades, opciones y circunstancias que enfrenta en el corto, mediano y largo plazo. En cada decisión que toma el ser humano va eligiendo y priorizando aquellas actividades, situaciones y relaciones que lo vinculan con diversos sujetos y bienes, en función de cuán indispensables o

importantes las considera para desarrollar su “proyecto de vida”. Como nos dice el jurista Fernández Sessarego, “...la libertad ontológica -en que consiste el ser humano se plasma en el «proyecto de vida”. (y) en todos los demás...proyectos que posibilitan el «hacer su vida” El ser humano vive proyectándose, coexistencialmente, en el tiempo. El ser humano, en tanto libre, no solo es proyectivo sino también es un ser estimativo. Para decidir debe elegir, optar por algún proyecto teniendo a la vista el abanico de posibilidades u oportunidades existenciales que le ofrece su «circunstancia», el medio en el cual desarrolla su vivir. Para ello requiere valorar, es decir, preferir entre sus opciones aquello que para él tiene un «valor». Este valor le otorgará un sentido a su vida.” (Fernández 2003:). La amplia dimensión del derecho a la identidad - que trascendiendo la esfera primaria, se refiere, nada más y nada menos, que al “proyecto de vida” de una persona - explica por qué este derecho es invocado en circunstancias y contextos diversos, que involucran relaciones y derechos de diferente índole entre seres humanos y entre éstos y diversos bienes materiales e inmateriales.

Se trata, pues, de un nuevo derecho personal que se caracteriza por ser multiforme y adaptable y lo suficientemente flexible como para brindar protección legal a las más diversas situaciones y relaciones (Pino 2000).

La identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible. Ella surge, primariamente, como resultado de una información genética de base que, como se sabe, es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable. A esta información genética, a la que se ha accedido en las últimas décadas, habría que agregarle otros elementos de identificación del sujeto tal como el nombre, la fecha y el lugar del nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general, entre otros datos. Generalmente, estos datos, como está dicho, son invariables, inmodificables. No obstante, excepcionalmente alguno de ellos puede sufrir alguna variación. Es el caso concreto del nombre que puede alterarse, por decisión judicial, ante una fundada petición. El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre,

entre otros elementos. Este plexo de atributos y características individualizadoras del sujeto se exterioriza, se proyecta al mundo exterior y permite a los demás identificar al sujeto en el seno de la comunidad (Fernández Sessarego, 2013).

c. Libertad de la identidad dinámica

La identidad dinámica que posee el ser humano, se sustenta en la libertad, se despliega en el tiempo. Ella se forja a partir del pasado, desde el momento de la concepción donde se encuentran sus raíces para, trascendiendo el presente existencial, proyectarse en el futuro. La identidad no es algo acabado, finito. Por el contrario, es lábil, fluida, dinámica, como lo es la propia vida del ser humano. La personalidad se perfila en el tiempo, se enriquece y se empobrece, se modifica. Este aspecto de la identidad se diferencia de aquel otro, de carácter estático que, como en el caso del genoma humano, es invariable, inmodificable en el transcurso del tiempo. La dinámica propia de la personalidad hace a menudo difícil su aprehensión por los demás. Puede ocurrir que la persona, en el devenir de su vida, niegue o matice un determinado aspecto de su personalidad. Si no fuera así no serían comprensibles las conversiones, las deserciones, las renunciaciones ideológicas, los cambios de credos religiosos, las múltiples variantes que pueden producirse en lo que concierne al proyecto existencial. Por todo ello la persona, en un instante de su vida, puede no reconocerse más con un determinado aspecto de su personalidad que considera superado (Fernández Sessarego, 2013).

La Corte Suprema de Italia, en sentencia del 22 de junio de 1985, al recoger el aporte de la doctrina y de algunas aisladas sentencias que se referían a la identidad personal, la describió como el evento en el que "cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva (Sentencia Pública en Nuova Giurisprudenza Commentada, 1987).

2.1.1.26. La identidad dinámica

Como queda demostrado desde ya, la identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la “proyección social” de la persona. “La identidad personal que se proyecta socialmente [...] es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia [...] tiene una connotación (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida” (Fernández 1992).

Toda persona, en tanto ser libre, proyecta su ser y su quehacer y toma decisiones en función del “proyecto de vida” que ha trazado y que va rediseñándose de acuerdo a las potencialidades, opciones y circunstancias que enfrenta en el corto, mediano y largo plazo. En cada decisión que toma el ser humano va eligiendo y priorizando aquellas actividades, situaciones y relaciones que lo vinculan con diversos sujetos y bienes, en función de cuán indispensables o importantes las considera para desarrollar su “proyecto de vida”. Como nos dice el jurista Fernández Sessarego, “La libertad ontológica -en que consiste el ser humano- se plasma en el “proyecto de vida” (y) en todos los demás [...] proyectos que posibilitan el “hacer su vida”. El ser humano vive proyectándose, coexistencialmente, en el tiempo. El ser humano, en tanto libre, no solo es proyectivo sino también es un ser estimativo. Para decidir debe elegir, optar por algún proyecto teniendo a la vista el abanico de posibilidades u oportunidades existenciales que le ofrece su «circunstancia», el medio en el cual desarrolla su vivir. Para ello requiere valorar, es decir, preferir entre sus opciones aquello que para él tiene un «valor». Este valor le otorgará un sentido a su vida.” (Fernández 2003).

La amplia dimensión del derecho a la identidad que, trascendiendo la esfera primaria, se refiere, nada más y nada menos, que al “proyecto de vida” de una persona - explica por qué este derecho es invocado en circunstancias y contextos diversos, que involucran relaciones y derechos de diferente índole entre seres humanos y entre éstos y diversos bienes materiales e inmateriales. Se trata, pues, de un nuevo derecho personal que se caracteriza por ser

multiforme y adaptable y lo suficientemente flexible como para brindar protección legal a las más diversas situaciones y relaciones (Pino 2000).

Es por ello que podemos afirmar que la identidad dinámica, puesta de manifiesto a través del “proyecto de vida” de cada ser humano, comprende, entre otros, el derecho de cada persona a que se le reconozca como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales activos, que para las mayorías en el mundo son sus tierras, viviendas y pequeños negocios, así como el derecho a que se les brinde los instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales necesarios para realizar sus actividades y defender sus derechos dentro un sistema legal moderno e inclusivo (Delgado 2009).

Por otro lado, si lo que se pretende tutelar es la “verdad personal”, la tutela de la identidad personal “...en principio, debe alcanzar y potencialmente cubrir todos los múltiples y complejos aspectos de la rica personalidad del sujeto. Esta potencial extensión de la tutela de la identidad, en la medida que se relaciona con los vastos atributos y características definitorios de la personalidad, hace que ella necesariamente interfiera con la protección de otros derechos de la persona. La esencial vinculación entre todos los derechos de la persona en cuanto cada uno de ellos...se refieren y remiten al “yo”, trae como norma consecuencia el que no siempre sea fácil distinguir con pulcritud, frente al evento dañoso, cuál o cuáles de los intereses existenciales han sido lesionados. Fernández 2015).

La tutela jurídica del derecho a la identidad personal – especialmente teniendo en cuenta la extensión de su aspecto dinámico - debe ser enfocada desde la perspectiva de la tutela integral de la persona. Siendo el ser humano “una unidad inescindible, en la que se conjugan naturaleza y espíritu, soma y sique” su tutela debe ser también integral (Fernández 2015, 226). Es por ello, que la tendencia actual en derecho comparado es proteger a la persona de manera integral, utilizando cláusulas generales y abiertas de tutela, preferentemente de rango constitucional, y reconociendo la coexistencia de “un conjunto de derechos subjetivos” que se relacionan con “un aspecto o “manera de ser” de la persona” (Fernández, 2015).

a. Aproximación doctrinaria

Para el jurista Fernández Sessarego “La vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales. Por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica.” (Fernández 1992).

No obstante, la relevancia del derecho a la identidad personal, la atención de la ciencia jurídica a este derecho en su doble dimensión, como “interés existencial” a tutelar, recién surge en las dos últimas décadas del siglo XX.

En realidad, el derecho a la identidad personal es esencialmente un derecho creado a partir de la jurisprudencia italiana, lo cual es especialmente significativo si se tiene en consideración que el sistema jurídico italiano es de tradición romano-germánica– “civil law” – donde la creación normativa recae principalmente en los legisladores (Pino 2000: 9).⁶ Fue a partir de las sentencias de los jueces italianos que se puso en evidencia que el derecho a la identidad debía ser objeto de reconocimiento y tutela jurídica con independencia de otros derechos fundamentales, como el derecho al nombre, la imagen, la intimidad y el honor, entre otros (Fernández 2014).

b. Aproximación jurisprudencial

Es la sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974 la primera que reconoce el derecho a la identidad personal en su vertiente dinámica, como la “verdad personal” proyectada socialmente (Fernández 1992: 63 y 66). “En (este) insólito pronunciamiento judicial [...] por primera vez, se hace referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho...donde la “verdad personal” [...] (constituye) la nota conceptual determinante del derecho a la identidad.” (Fernández 2014).

Hasta antes de esta innovadora sentencia, el derecho a la identidad era concebido en Italia sólo en su dimensión estática, esto es, como el derecho de las personas a ser identificados frente a la administración pública a través de los datos personales que obran en los registros públicos, tales como: el nombre, el seudónimo, la fecha y lugar de nacimiento, la dirección, el estado civil, entre

otros. (Pino 2000). Evidencia de ello lo constituye la forma como la “Enciclopedia del Diritto”, edición de 1970, define al derecho a la identidad (“diritto all’identità personale”), en la medida que sólo relaciona este derecho con los signos distintivos de la persona, expresando que se trata de un “...derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado por tener el sujeto caracteres propios que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo.” (Fernández 2014).

Luego de la precursora sentencia del Pretor de Roma de 1974, los jueces italianos emitieron algunas sentencias relativas a la dimensión dinámica del derecho a la identidad, pero dichos pronunciamientos recién empezaron a organizarse dentro de una única orientación jurisprudencial a partir de la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 22 de junio de 1985 (Fernández 2014). En realidad, esta sentencia “...constituye un aporte determinante en el desarrollo jurisprudencial del derecho a la identidad [...] al establecer que [...] la identidad personal integra un bien especial y fundamental de la persona, como es aquél de ver respetado de parte de los terceros su modo de ser en la realidad social [...] de (ver) garantizada la libertad de desarrollar integralmente la propia persona individual, ya sea en comunidad en general como en las comunidades particulares.” (Fernández 1992).

A partir de esta sentencia de la Corte de Casación italiana del 22 de junio de 1985, queda muy claro no sólo la independencia del derecho a la identidad como objeto de tutela jurídica respecto a otros derechos fundamentales, sino que este derecho puede verse agraviado sin que dicha afectación involucre necesariamente la de otros derechos como el honor, la buena reputación, la intimidad, la imagen, la voz, entre otros (Fernández 2014).

A nivel de la comunidad internacional, surgen una serie de instrumentos jurídicos que reconocen el derecho a la identidad personal, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual, en sus artículos 6, 7 y 8 reconocen el carácter fundamental e inalienable del derecho a la identidad personal de los menores de edad. En Sudamérica, el reconocimiento del derecho a la identidad en su doble dimensión recién se inicia a partir de los años noventa,

al consignarse en constituciones y leyes de Perú, Ecuador, Argentina, Paraguay, Bolivia y Venezuela.

2.1.1.27. Legislación comparada

A continuación, procedemos a desarrollar algunos precedentes en cuanto se refiere al desarrollo de la identidad en los países de América, las mismas que han tenido solo un desarrollo constitucional, más no se evidencia desarrollo normativo en cuanto a la identidad dinámica, es por ello, que resulta propicio que dada la revisión de los mismos hace necesaria su normativización.

a. Constitución de Ecuador

Partiendo de la historia ecuatoriana, ha existido momentos en los cuales ha dejado a un lado el tema de la identidad personal, ya que, en tiempos inmemorables, reconocer un hijo era potestad de clases sociales y de “buenas familias”, el argumento de abandono y orfandad era cuestión de solidarizarse y de esa manera dar su apellido. En la literatura ecuatoriana se encuentra como emblema de este tema la obra “Huasipungo” escrita por Jorge Icaza, aquí se halla un relato en el que se describe que los hijos abandonados o huérfanos se quedaban con los patrones de hacienda con la finalidad de prevalecer su apellido digno a cambio de sus labores domésticas y al silencio de su identidad personal, sus orígenes y otros aspectos; según Madrid Merizalde Enma Carolina en su tesis titulada “Impugnación de Paternidad. Legitimación em causa y Caducidad de la Acción”, realizada en el 2015 argumenta:

"El espíritu conservador de la época republicana, especialmente en el gobierno de Gabriel García Moreno, influyó en temas como la sexualidad y la vida familiar. Alrededor de 1860 un nuevo corpus legal entra a la palestra, el Código Civil de corte napoleónico que profundizaría la desigualdad de las mujeres en el matrimonio, establecía el derecho del marido a obligar a la esposa a vivir con él sin importar su comportamiento, a seguirlo a cualquier lugar donde él decidiera marchar. La administración de García Moreno dio un paso importante en el tema del concubinato, al tipificarlo como delito y no como pecado público. Las mujeres que vivían en

concubinato eran enviadas a instituciones religiosas dentro de las cuales eran corregidas para abandonar su “vida licenciosa”. Los ideales de la época traen consigo una valorización de los hijos legítimos y una discriminación hacia los ilegítimos. El apellido, símbolo de prestigio y de pertenencia a una familia bien constituida, incita a las madres solteras a pelear porque se les otorgue el apellido a sus hijos ilegítimos en aras de recuperar la honra femenina. En el siglo XX, el derecho de familia sufre modificaciones importantes puesto que la Constitución Política de 1978 reconoce la unión de hecho, cuyo desarrollo legislativo se presenta más tarde con la ley 115 publicada en el RO. N° 399 del 29 de diciembre de 1982. Posteriormente, la Constitución Política de 1998 modifica el precepto de la anterior carta magna, al señalar que la unión de hecho generará los mismos derechos y obligaciones en lo relativo a la presunción legal de paternidad. (Madrid Merizalde, 2015, págs. 13,14)

Esto quiere decir que la identidad personal solamente podía exigirse a lo que estaba dispuesto en el Código Civil de aquellos tiempos, la desigualdad social y el patriarcado silenciaba el derecho a la identidad de la persona, por lo tanto partiendo como referencia hacia un análisis jurídico en énfasis, podemos indicar que desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 6 (1948), se establece directamente que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, que además se sustenta en lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16 y en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su Art. 3 (publicación Registro Oficial 452 de fecha 27 de Octubre de 1977).

En la constitución Política del Ecuador, promulgada en el año 1998, se establecía de una manera muy breve el derecho a la identidad, es así como se hacía referencia dentro de los derechos civiles, en el cual señala en el artículo 24, numeral 23 que el estado reconoce y garantiza: “El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley”, y posteriormente vuelve a referirse dentro de la sección 5ta, referente a los grupos de las personas consideradas como vulnerables, como es el Art. 49 referente a derechos de los niños y adolescentes: “Los niños y

adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten”, es decir se refiere de una manera muy superflua sobre la identidad, nombre y ciudadanía, como si se tratara únicamente de una especie de identificación, sin considerar lo que en si conlleva el derecho a la identidad, que no entraña únicamente asuntos relacionados a la identidad individual, sino también a una identidad colectiva, es decir ya no únicamente en consideración al nombre y apellido y su inscripción, sino también a conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales como inmateriales, en la gran amplitud que ello entraña al desarrollarse en sociedad, por ello la Constitución de la República del Ecuador del 2008, establece el derecho a la identidad personal y colectiva, en la que garantiza los derechos que goza todo ciudadano desde la concepción misma, por consiguiente, el derecho a la identidad es también un derecho subjetivo individual de cada persona, así mismo también como el derecho colectivo, señalando aspectos tan importantes y de gran trascendencia como las características inmateriales, como familiares, manifestaciones espirituales, culturales , religiosas , lingüística, políticas y sociales, es decir tomando en cuenta que el ser humano para poder ejercer su derecho a la identidad, se lo debe considerar como un ser bio-psicosocial, es decir como una integridad.

Por otro lado, establece la obligación de sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho, pero no se habla de la restitución inmediata, la obligación de preservar es de carácter positivo, por tanto, implicaría un conjunto de medidas para evitar la violación al derecho a la identidad y la restitución del derecho, lo que va más allá de la obligación de respeto. De la lectura de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, podemos explicar que la identidad se compone de:

- Nombre y apellido
- Nacionalidad

- Procedencia familiar
- Relaciones de familia
- Manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Con estas precisiones, podríamos decir que, en Ecuador, no existe un desarrollo profuso en cuanto a la identidad dinámica propiamente dicho; sin embargo, existe algunas notas distintivas que desarrollan las manifestaciones, que de alguna manera conduciría a deducirse acerca de la identidad dinámica; empero, ello es enunciativo sin desarrollo normativo.

b. Constitución de Buenos Aires

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, en su Artículo 12: “La Ciudad garantiza: 1. El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información.”

Según la disposición jurídica que establece el principio del interés superior del menor, el juez debe resolver los casos concernientes a menores sobre la base de una consideración primordial de su "superior interés". Este estándar puede entenderse como un tipo especial de principio jurídico (una directriz). Se trata de una clase de norma jurídica que expresa la obligación de perseguir determinadas finalidades u objetivos sociales considerados valiosos por el legislador.

El derecho a la identidad personal presenta en su contenido dos aspectos diversos que, asociados, son valorados como bienes jurídicos dignos de protección por el ordenamiento jurídico. Una dimensión está relacionada con la identificación del sujeto: nombre, nacionalidad, imagen, su emplazamiento en un estado familiar, su identidad genética. En la otra dimensión, todo lo asociado al

plan de vida del sujeto, su sistema de valores, sus creencias, su ideología, bagajes culturales entorno social, sus acciones sociales. En esta última, la identidad se refleja como una constante en todo el proceso evolutivo de la vida del sujeto, como algo que persiste no obstante de los diferentes que adquiere el sujeto a lo largo de su biografía. Se han denominado a estas dos dimensiones como "faz estática " --primera dimensión- y la "faz dinámica "- segunda dimensión- del derecho a la identidad.

Conforme a ello; la mayoría de la doctrina nacional sostiene una tesis amplia del derecho a la identidad personal. No obstante, ello analizaremos en particular, la regulación que la ley de adopción (ley 24.779) ha dado a l derecho a la identidad en la adopción plena. Ella supone una " sustitución de estado filial ", desplazamiento (de la familia de origen) y un emplazamiento (en la familia adoptante). Conforme a l art. 323 del Código Civil, se extingue el parentesco con la familia de origen y todos sus efectos. A su vez, e l art. 327 del Código Civil, establece la imposibilidad de ejercer acciones filiatorias de reconocimiento por los progenitores, como así también acciones de reclamación por parte de los adoptados - salvo para probar impedimentos matrimoniales.

Como se observa, existe un desarrollo doctrinario acerca de la identidad dinámica; sin embargo, a nivel normativo no existe regulación, lo que solamente existen normas tendientes a la protección integral del niño y adolescentes y que obliga a los jueces el recurrir frecuentemente al principio del Interés Superior del Niño.

c. Constitución de Paraguay

Según la Constitución de Paraguay de 1992, en su Artículo 25: "Toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad e imagen (...)."

En Paraguay el Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado en el año 2001 mediante ley 1.680 establece en su art. 18 "El niño y el adolescente tienen derecho...a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias."

Por su parte la ley 1.136 sobre adopciones del año 1997 recepta en forma expresa el derecho del adoptado a conocer su origen. El art. 5.1 establece "los niños adoptados tiene derecho a conocer su origen de acuerdo a los procedimientos establecidos en esta ley". Dicha ley establece procedimientos administrativos tendientes a recolectar la mayor cantidad de datos posibles sobre la familia de origen. Debiendo también verificarse "la identidad del niño y su historia de vida" y estableciendo la documentación e informes que los legajos de los niños declarados en adopción. El art. 55 establece que toda documentación y actuación de carácter administrativa y judicial relativa a la adopción son reservadas y solo se podrán "expedir copias por solicitud de los adoptantes y del adoptado del adoptado que hubiese llegado a la mayoría de edad"

Por último, en cuanto la legislación paraguaya, no existe indicios de un desarrollo normativo de la identidad dinámica, en cambio sí existe rastros sobre un desarrollo doctrinario, que merece ser tomada en cuenta a los fines de la presente investigación.

2.2. MARCO CONCEPTUAL

2.2.1. La adopción. Consideraciones previas

Todo conocimiento debe llevar a solucionar los principales problemas de nuestra sociedad, si esto no es así carece de objeto gastar energías en emprender una investigación científica. Para los graves problemas de nuestra sociedad, se tiene que empezar a buscar soluciones realistas con avances graduales mediante el desarrollo teórico de modelos de política pública que atiendan dichas problemáticas desde una ingeniería social.

Ciertamente, desarrollar una reflexión sobre la relación entre la dignidad y los derechos, implica ir más allá de la literalidad de las normas, nacionales e internacionales, en las que se explicita esa relación: "reconocido que estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana"; implica en realidad desarrollar una reflexión sobre los derechos, desde el momento en que la dignidad es la referencia axiológica básica de los derechos, la dimensión moral que les da sentido. En efecto, la reflexión sobre la dignidad es especialmente relevante en relación con los derechos. Pone de relieve la trascendencia de la

vertiente moral de los mismos. En el ámbito de los derechos, atender de manera exclusiva a su vertiente jurídica o a sus mecanismos institucionalizados de protección y garantía es importante, pero no agota todo el ámbito de los mismos.

Voy a estructurar esta reflexión centrándome en algunos puntos básicos. Me interesa subrayar en primer lugar algunas ideas en relación con las dificultades del concepto de adopción y su relación con la identidad, para luego entre estas relacionarlas con múltiples derechos que se constituyen en un bloque fuerte o duro de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, con lo cual nos permitirá abordar a forma de comparación los procedimientos de adopción desde la vertiente de los diversos cuerpos normativos que la regulan; vale decir, desde una perspectiva constitucional, desde las perspectivas del Código Civil y Código Procesal Civil y por último desde una óptica del Código de los Niños y Adolescentes, donde se debe anclar un análisis técnico jurídico para asumir una propuesta legislativa de regulación normativa en cuanto a la identidad dinámica, que se constituirá en un requisito previo a ser valorado por los magistrados al momento de pronunciar sentencia en los procesos de adopción por excepción.

Por otra parte, debemos ser conscientes que la reflexión sobre las exigencias de la dignidad desemboca en la reflexión sobre el diseño jurídico y constitucional más adecuado para reflejar determinadas dimensiones de justicia. Nos desenvolvemos, por tanto, en el genérico ámbito de la teoría de la justicia. Si asumimos la relación que existe entre vida, libertad e identidad, de un lado, y de otro afirmamos que los derechos constituyen hoy el núcleo de la teoría de la justicia, la anterior afirmación está plenamente justificada.

Por último, la teoría del razonamiento jurídico también debe estar atenta a las consecuencias que se derivan de la presencia de la vida, libertad e identidad en el ordenamiento y de los diferentes efectos que derivan de su consideración como valor absoluto o como principio del que se puede suponer un carácter relativo y que está sometido al juego de la ponderación.

Pues bien, de lo anterior podemos derivar la importancia que la reflexión sobre la adopción, identidad desde una perspectiva dinámica tiene para el derecho. No

obstante, y por hacer referencia exclusiva al contexto académico peruano, llama la atención el hecho de que, en los últimos años y con relevantes excepciones, los doctrinarios y magistrados no han dedicado muchas páginas al análisis del concepto, al menos en términos comparativos con otros intereses. En todo caso, lo anterior nos permite aproximarnos a un aspecto esencial de nuestro tema, y que lo condiciona por completo, como es el del propio concepto.

Palabras clave

Adopción, Identidad, Identidad estática, Identidad dinámica, Filiación, Proceso de adopción por excepción, Interés Superior del Niños y Adolescente, Derechos Fundamentales.

2.2.2.1. Nuestra posición en torno a la adopción

Como indicábamos al inicio del presente, la adopción es un concepto que incluye multitud de significados, atravesando la historia de forma variopinta. En función de valores y esquemas sociales, la posición ante el adoptado y el adoptante cambia considerablemente. No existe una historia de la adopción, sino tantas como perspectivas han existido referentes a la paternidad y la estructuración de la sociedad y de la familia. El presente a través del esbozo histórico ha pretendido dar unas pinceladas a la compleja noción de “adopción”, no sin abandonar pequeñas incursiones reflexivas sobre la evolución del concepto. Sin embargo, moralidad, legalidad y sangre nos aparecen algo así como tres puntales intercambiables, modificables, que determinan el papel de la adopción en cada momento histórico. Algo tan ‘simple’ desde un punto de vista biológico como la paternidad o maternidad se torna un suceso extremadamente complejo desde la perspectiva antropológica y social. Con todo, subyace al proceso adoptivo la voluntad de todo ser humano de vivir en comunidad, de amar y ser amado, más allá de reglas, leyes o constricciones culturales. En tanto que proceso histórico, la adopción está sujeta al continuo cambio de las sociedades humanas, mostrando las virtudes y flaquezas de la época que haya tocado vivir a los seres humanos. Hoy somos únicamente testimonios de nuestros actos, con la lección tal vez aprendida del pasado.

Tomando en consideración aquellos antecedentes históricos, podríamos asumir que la adopción permite la posibilidad de formar una familia que no está sostenida con vínculos biológicos. Es un modo diferente de acceder a la maternidad y a la paternidad. Se constituye simbólicamente en el lazo de filiación que tiene la misma trascendencia en la reproducción natural y que tiene como fin proveer al restablecimiento de bienestar y seguridad del niño, dándole así un contenido al Principio del Interés Superior de Niño.

En suma, diríamos que la adopción no es una opción sino una vocación ya que se pretende formar una familia con el niño, niña o adolescente que se encuentre en la posibilidad de ser adoptado, de esta manera la formación de la nueva familia tendrá la seguridad y garantía del Estado ya que tiene la obligación de protegerla como núcleo de la sociedad que es.

Por ello, resulta desde esta vertiente, sentar una definición que cubra todos aquellos aspectos fundamentales que no solamente le brindan coherencia, sino que buscan darle contenido desde diversas vertientes del núcleo fuerte de derechos fundamentales en especial los que se encuentran indisolublemente vinculadas, y que le darán eficacia al Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente.

“La adopción es la creación de una filiación por medio de un acto jurídico, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio que goza de todas las prerrogativas, derechos, atribuciones, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación paterno filial, que sin duda alguna se asimila en todo al hijo consanguíneo. Por ello la adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, con la intervención judicial, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos.

Del concepto esbozado, se encuentra implícito el tratamiento de la familia, dado que es la base fundamental de la sociedad, encargada del desarrollo moral,

social, físico de sus integrantes. El niño tiene derecho de ser criado dentro de una familia natural, con respeto, afecto y comprensión dentro de la misma. En nuestra sociedad existen niños(as) privados de tener una familia porque han sido abandonados por partes de personas que no han podido cumplir su obligación de cuidar por ellos, ya que muchos de estos niños(as) abandonados provienen de madres solteras, personas víctimas de violación, o porque la figura paterna los abandono, por este motivo se les debe acoger en las instituciones que son encargadas de velar por el bienestar del niño(a), para que no corran peligro en su integridad física o moral y se les proporcione una familia.

Por lo tanto hoy en día el Estado juega un papel importante puesto que busca mayor beneficio y protección al adoptado, ya que tienen la responsabilidad de proteger de manera especial a los niños(as) que se encuentran abandonados y brindarles los medios adecuados, la estabilidad y el bienestar.

2.2.2.2. La adopción en torno a nuestra normativa

Desde la perspectiva constitucional no existe una conceptualización en torno a la adopción; sin embargo, existen invocaciones principistas que en el cual según el artículo 8 de la Constitución Política de 1993, obliga al Estado y a la Comunidad a proteger al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Es decir, fomenta, promueve, vigila la protección integral del niño y adolescente por la sola situación de vulnerabilidad que representa; por otro lado en el artículo 7 del mismo cuerpo legal, establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la defensa. La persona incapacitada para velar por sí mismas a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Según el artículo 377 del Código Civil, el legislador no ha visto por conveniente emitir un concepto de adopción, sino el de identificar uno de los efectos de la adopción, por ello ha dejado a la doctrina su desarrollo, ello salta a la vista precisamente cuando se lee, que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su línea consanguínea; desde, esta vertiente el hijo adoptivo al adquirir la calidad de hijo, quiere decir que ella genera

toda una gama de relaciones jurídicas familiares, como son: derecho al nombre, que se trasluce a la identificación de filiación, vocación hereditaria que de existir otros hijos dentro del núcleo familiar, concurrirá en igualdad de derechos con los demás, derecho y obligación alimentaria, impedimentos matrimoniales, patria potestad.

En cuanto al Código de los Niños y Adolescentes, ésta fue aprobado en el Congreso el 21 de julio del 2000 mediante Ley N° 27337, promulgado el 2 de agosto del 2000 y publicado en el Diario oficial “El Peruano” el 7 de agosto del 2000. Siguiendo la línea de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de la Haya y nuestro Código de los Niños y Adolescentes derogado, este nuevo cuerpo legal consagra una vez más el Interés Superior del Niño y el principio de la Subsidiariedad de la Adopción Internacional, pero además establece la desjudicialización parcial de las investigaciones tutelares, transfiriendo al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social la competencia para la realización de todas las diligencias previas a la declaratoria de abandono de una niña, niño o adolescente.

La adopción de acuerdo a nuestro Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 115 se lee; “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 persona que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a la línea consanguínea”.

Como se observa en este cuerpo normativo trata de asumir una conceptualización de la adopción, sin abarcar todos los aspectos que ello involucra, y le da un tratamiento hacia una institución tutelar, que resulta reducido a los intereses de la presente investigación, dado que la adopción al ser un derecho éste se constituye en un derecho fundamental de cualquier sujeto de derecho y sobre todo de aquella parte más vulnerable como son los niños y adolescentes; es decir, no solo se eleva como un derecho tutelar, sino un derecho fundamental, que conjugado con el derecho a la dignidad, identidad, libertad, se constituye en un derecho fundamental de bloque duro.

Como es de recibo, las normas de la adopción se inscriben dentro de la tendencia contemporánea que, además de asegurar la protección de una familia a los niños que carecen de la propia, garantizando la adopción en lo posible la salud psicológica y el bienestar social.

2.2.2. Derecho a la identidad

En la doctrina también se ha abordado el contenido y significado del derecho a la identidad como derecho de la personalidad fundamental; al respecto se ha sostenido que el derecho a la identidad se refiere a los modos de ser culturales de cada uno. Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros. Se autocrea y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y hábitos. Los doctrinarios han sostenido que la identidad es la verdad exterior del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, según había aparecido con base en circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social.

El derecho a la identidad, de indiscutible contenido propio de la persona natural o física, tiene indudablemente, otros impactos y proyecciones de gran trascendencia social.

Para efectos del presente, se analizará específicamente el derecho a la identidad en el caso de menores de edad, así el derecho a la identidad ha sido objeto de debate no sólo en el ámbito académico, sino también en el Poder Legislativo, prueba de ello es la iniciativa expresada en el Código de los Niños y Adolescentes, donde se ha asumido situación actual, retos y desafíos, en el que se valoró el derecho a la identidad como primordial, porque éste constituye la capacidad de los individuos de encontrar su propio lugar en todos los ámbitos dentro de una sociedad. Identidad es sinónimo de personalidad, que se comprueba cuando a un individuo se le reconoce, se le describe y se confirman sus datos que lo hacen conocido y, por ende, comprobable. Ante esto, el Derecho, en sentido general, establece y regula la necesidad de identificación de una persona frente al Estado, que lo individualiza, que lo conoce y protege su derecho subjetivo. En el foro aludido se determinaron como aspectos que

involucran la identidad de la persona, los siguientes: el nombre, la nacionalidad, el género, el lugar de nacimiento, raza, color, idioma y religión.

2.2.2.1. El Derecho a la identidad como derecho fundamental

En ese foro también se evidenció el hecho de que a pesar de que todas las personas deben gozar de este legítimo y fundamental derecho, se calcula que en Perú más de cien mil niños no tienen acta de nacimiento, lo que los margina dentro de su núcleo familiar y social, excluyéndolos de sus derechos fundamentales a recibir educación y salud.

Nuestro Derecho de Familia como aquel sector del Derecho civil que regula las relaciones entre los cónyuges y parientes; y, por extensión, entre las personas que se encuentran en una situación semejante a ellos. Así, forman parte del contenido de esta disciplina, el matrimonio, la obligación de alimentos entre parientes, la filiación en sus diversas manifestaciones y las instituciones de defensa de los menores e incapacitados; para efectos de este trabajo nos avocaremos al interés superior del menor y su vinculación con el derecho a la identidad.

Por otro lado el Interés Superior del Niño y Adolescente, debe entenderse el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como generar las condiciones materiales que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social, como es en este caso el derecho a la identidad.

En cuanto a la definición del concepto de sí mismo, relacionado y muchas veces confundido con el de identidad, muchos autores señalan que, actuaría como generador y orientador de la actividad, teniendo como función principal contribuir en la construcción de nuevas estructuras cognitivas, por lo que sería fuente para el surgimiento y desarrollo de la identidad. Del mismo modo, el sí mismo se define como un fenómeno que es fundamental para el desarrollo de la personalidad, estableciendo que éste alude a un aspecto esencial de la persona,

que contribuye a constituirlo como un ser autónomo, participando de la descentración del yo e integrándolo en sistemas de cooperación.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto y a las precisiones mencionadas, se comprenderá el concepto de identidad como una característica emergente de esquemas de acción primarios, la que posee como finalidad brindar y potenciar las nociones de continuidad y permanencia a los objetos circundantes del medio, y también al propio cuerpo, incluyendo al sí mismo. En cuanto a la consolidación de la identidad, ésta se logra en estrecha interacción con el medio, a través de la distinción progresiva entre la esfera de lo subjetivo y la esfera de lo objetivo, permitiendo con ello la diferenciación entre sujeto y objeto, generando con ello maduración en diversos ámbitos del desarrollo.

La revisión anterior muestra la alta complejidad que reviste el concepto de identidad y las dificultades que ésta ha conllevado, tanto en la definición conceptual y en la consiguiente delimitación con otros conceptos similares, como en la investigación, repercutiendo en la producción de estudios acotados en la temática. A pesar de lo anterior, desde nuestra perspectiva se han trabajado y desarrollado nociones relacionadas con la estructuración y el desarrollo del sujeto, colocando concepto de identidad personal como un pilar fundamental en el desarrollo psicológico e integral de las personas.

2.2.2.2. El Derecho a la identidad personal

La identidad personal es concebida como un proceso de construcción activa de la estructura personal, que da al sí un sentido de mismidad y de continuidad en el tiempo y que permite ser reconocidos y reconocer a otros, inmersos en un contexto social y cultural.

La identidad personal se formaría a raíz de las constantes interacciones sociales que se inician en el núcleo familiar, en el contexto escolar y con la gente que se conoce a lo largo de la vida, constituyendo conjunta e integradamente el modo en que actuaremos y nos desenvolveremos en el mundo, estableciendo un equilibrio en la relación con el medio y el espacio, dando lugar a la denominada "identidad psicosocial"

El desarrollo de la identidad personal da cuenta de un proceso que se torna autónomo y solidario, teniendo por finalidad generar diferenciación e integración tanto del sí mismo como con los otros, implicando, por tanto, la construcción de una definición del sí mismo que incluye una jerarquización de valores y una adecuada integración social. Como concepto, asigna continuidad y permanencia a los objetos, al cuerpo y al sí mismo, modificándose a través de procesos de asimilación y acomodación, los que están en interacción con la realidad, permitiendo el desarrollo del equilibrio y la adaptación.

Con estos criterios, podemos concluir planteando la existencia de tres dimensiones centrales de la identidad personal

Como primer criterio la encontramos a la unidad del sí mismo, la misma que consiste en una afirmación de uno mismo que requiere un reconocimiento de sí como ser único y diferente (identidad como mismidad) y que responda a la pregunta ¿Quién soy yo?, a través de un proceso de diferenciación psicológica, corporal y sexual, con la identificación de características personales, valores e ideologías que configuran el carácter. La tarea de la diferenciación personal implica a la vez el reconocimiento del sí mismo como único y del otro como semejante o igual al sí mismo, en lo que refiere a su libertad y dignidad, y a la vez como constituyente del sí mismo al estar interiorizado en las relaciones interpersonales significativas (identidad como ipseidad) y en la incorporación de la tradición, los valores e ideales. Este reconocimiento del sí mismo debe incluir la toma de conciencia de las limitaciones inherentes a la condición humana, que llevan por un lado a la superación del egocentrismo, y por otro lado al reconocimiento de la necesidad del otro para complementar las carencias de la propia existencia. Esto implica el desarrollo de una conciencia de sí como autor de un trayecto vital con significado, que proyecta metas realistas y las dirige hacia la realización, teniendo en consideración las frustraciones que deberá enfrentar para efectuarlas. Ésta es una tarea de interpretación del sí mismo, que lleva tanto a la estima como al respeto de sí, haciéndonos tanto conscientes de nuestros actos como responsables de ellos ante nosotros mismos y los otros. Esto requiere un acto de descentración del sí mismo, a través del reconocimiento de la reciprocidad en las relaciones con el otro.

En cuanto al segundo criterio está referido a la integración del sí mismo, la que se define como el proceso de acomodación a las experiencias que se han dado en la historia vital, integrando el pasado, presente y futuro y la integración familiar, educacional y social, lo que da un sentido de continuidad al sí mismo en el tiempo. Implica aceptar las contradicciones que se van dando a través de la vida, las que se van organizando y reintegrando de manera significativa. Esto requiere integrar los roles de pertenencia familiar y social con una perspectiva histórica, así como también buscar la creatividad y la diversidad a través de la acción, para definir y descubrir los motivos, normas, valores y principios que le darán un sentido de consistencia en el tiempo a la unidad del sí mismo. En este proceso la persona es consciente de la necesidad de considerar su perspectiva histórica y de ir al encuentro de una identidad que dándose en el presente, integre el pasado y el futuro anticipado.

Para finalizar el tercer criterio la encontramos en la integración con otros, y se refiere a la búsqueda de alternativas de acción y de reconocimiento desde otros, a través de la incorporación a grupos de reflexión y de acción en diversos ámbitos, ya sea familiar, educacional, religioso, deportivo, artístico, etc. La integración a grupos da la posibilidad de actuar en el mundo, es decir, de poner su definición de identidad al servicio de los otros. También implica un criterio de realidad, en tanto requiere acomodar a ésta los deseos según sus posibilidades de realización. Es así que la construcción de la identidad personal se torna un proceso central en el desarrollo humano, permaneciendo como una constante a lo largo de éste, otorgando a los niños sentido de mismidad y continuidad en el tiempo, permitiendo con ello el reconocimiento hacia ellos y hacia terceros, fortaleciendo su inmersión en la esfera social.

2.2.2.3. La filiación como derecho a la identidad

Todo menor de edad tiene derecho a conocer a sus padres, a tener una familia, a ser alimentado, educado, cuidado y, si es posible, amado, hasta que pueda ser capaz de valerse por sí mismo. Para que ello sea viable, es necesario que ese menor sea reconocido como hijo de una manera voluntaria, a través de la inscripción de su nacimiento, o con posterioridad al mismo, en las diferentes

formas prescritas por la norma jurídica. Tal reconocimiento en términos jurídicos se denomina filiar, es decir, ubicar al menor de edad dentro de su familia.

Ha sido de interés jurídico que la filiación, como figura regida por el derecho familiar, para identificar las concretas relaciones paterno-filiales, coincida con la realidad biológica o parentesco consanguíneo.

Es de nuestro interés, ocuparnos de la filiación de carácter biológico, reconocida por el derecho familiar, permite trasladar al plano jurídico el vínculo filial de los menores con relación a sus padres. En consecuencia, nos ocuparemos en concreto, de la determinación de la filiación biológica de hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales. El derecho a la identidad y por ende, a la verdad biológica, se ha establecido a favor de las niñas y los niños, en consecuencia, se convierte en una obligación a cargo de sus progenitores hacerla posible; por lo que no puede dejarse a su libre arbitrio, decidir si cumplen o no cumplen con dicha responsabilidad.

Partimos de la idea que la validez de las normas se logrará a través de su contribución en el logro del óptimo crecimiento y bienestar de las niñas y los niños. El bienestar de los menores no es un asunto privado, es también asunto público, por ende, no solo es responsabilidad de su familia, de sus maestros, también lo es, y en grado sumo, del Estado, el cual debe propiciar las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias que incidan en el cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por otro lado en cuanto a la filiación se derivan diversos derechos para las hijas y los hijos, que en el desarrollo de este estudio se ha hecho énfasis como son, el derecho al nombre, a la identidad, a la nacionalidad, a una familia, a ser alimentado y a ser educado. En este marco de derechos se ha establecido una figura regida por el derecho familiar denominada "patria potestad", que implica un conjunto de derechos y deberes que deben cumplirse respecto a los descendientes.

De la derivación de estos derechos la patria potestad es una figura jurídica establecida en pro de los derechos de las hijas y los hijos, los cuales deben ser respetados y cumplidos en función de su interés superior. El interés superior del

menor es incorporado en la Convención de los Derechos del Niño, con una doble naturaleza: como derecho subjetivo y como principio rector e inspirador en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas, los tribunales y órganos legislativos. Es un principio interpretativo fundamental, sobre el que se construyen sus derechos.

2.2.2.4. Filiación como derecho del adoptado

Con la intención de aplicarlo fundamentalmente en las relaciones familiares no matrimoniales, se ha defendido en nuestra doctrina la conveniencia de distinguir un doble nivel de relaciones en la familia. Las relaciones familiares verticales son aquellas que se establecen entre los progenitores y sus hijos, o entre éstos y los parientes de sus padres. Se habla, en cambio, de un plano horizontal para aludir a las relaciones de la pareja. Esta distinción resulta de gran utilidad para analizar el grado de protección de la familia en nuestro ordenamiento y para determinar la transcendencia del principio de igualdad entre los diversos grupos familiares. Nuestro planteamiento se limita aquí a las relaciones familiares de carácter vertical, sin perjuicio de que se hagan las oportunas referencias a las relaciones familiares horizontal cuando se estime pertinente.

Desde una perspectiva constitucional, la aplicación del principio de igualdad en el ámbito del derecho de filiación ha ofrecido varios claros terrenos de discusión: entre otros, pleitos sucesorios y reclamaciones de derechos pasivos. Es evidente que esos dos ámbitos no son los únicos sobre los que se ha pronunciado los jueces, pero sí han sido magníficos exponentes de los criterios, no siempre coincidentes ni coherentes para tratar de solventar los pleitos planteados. La cuestión de los efectos de las relaciones de filiación ha sido mucho más tratada que los problemas relativos a la determinación de esa relación. Tampoco cabe ninguna duda de que, desde la perspectiva de la igualdad en la filiación, la gran cuestión ha sido la equiparación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, quedando el régimen de la adopción en un segundo (y más discreto) plano.

Es conveniente determinar la postura legal y doctrinaria acerca de la equiparación de la filiación que provengan de un matiz biológico o por adopción, esta equiparación jurídica entre los distintos supuestos de filiación es actualmente valor común en nuestros tribunales y nuestros autores. Con mayor o menor rotundidad (y normalmente con aquélla), suele proclamarse como verdad indiscutida e indiscutible que toda clase de filiación produce hoy en nuestro derecho los mismos efectos.

Acaso inadvertidamente, con la anterior afirmación ya se está poniendo de manifiesto que el alcance de esa tendencia igualadora mantiene ciertos ámbitos en los que no opera. Obsérvese que la declaración igualadora se plantea desde el punto de vista de los efectos de la filiación, pero, curiosamente, la tendencia a la igualdad ha tenido una incidencia muy inferior en el plano de su determinación. Nada hay que objetar a que los mecanismos que permitan constituir una filiación por adopción sean distintos a los medios que contribuyen al establecimiento de la filiación por naturaleza. Pero nuestro legislador de 1984, ha llevado la distinción relativa a la determinación de la filiación por naturaleza más lejos y no sólo ha mantenido la tradicional diferenciación entre las formas de establecimiento de la filiación matrimonial y extramatrimonial, sino que ha profundizado en algunas de sus diferencias. En el plano extrajudicial, destaca, por un lado, la aplicación de la presunción de paternidad marital con carácter exclusivo en el ámbito de la filiación matrimonial.

Sin perder el enfoque y directrices de la presente investigación, el grado de equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción es una cuestión que no siempre ha merecido la misma solución. Un factor que ha contribuido en buena medida a la existencia de una situación no igualitaria se encuentra, sin ninguna duda, en las propias diferencias que en lo que ahora conocemos como filiación por naturaleza consagraban los textos infraconstitucionales. En efecto, la pretensión de equiparar la adopción con la filiación por naturaleza planteaba históricamente el problema de determinar a qué tipo de filiación debía aproximarse la adopción. Es más: una vez afirmada la posibilidad de distinguir entre las distintas clases de filiación no matrimonial, no existía necesidad alguna de procurar a los hijos adoptivos lo que no correspondía a todos los hijos por naturaleza. Si a ello se añade la existencia histórica de

distintos tipos de adopción, se comprende sin dificultad que la adopción recibiera un tratamiento específico en el ámbito del Código Civil.

2.2.2.5. Identidad dinámica

La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo el intersubjetivo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo. El paradigma constitucional nos impone considerar los contextos socio-afectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria. El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son. Afirmamos la complejidad que detenta la identidad como derecho, posicionándose como la herramienta analítica por excelencia a la hora de dar lugar o no al desplazamiento filial matrimonial en cada caso.

La identidad como derecho es definida como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, que supone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, religiosa o política.

En este orden de ideas, la doctrina advierte una doble vertiente del derecho a la identidad: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural. La teorización de la distinción entre elementos estáticos y dinámicos es de vital importancia al evaluar la admisibilidad o no de la petición de impugnar la filiación matrimonial. El nudo problemático reside en su aplicación. Vislumbrar la singularidad - si es que la tienen- de cada una de las vertientes que integran la identidad dista de ser una tarea sencilla. En relación a la faz dinámica, nos parece dable traer a colación algunas consideraciones del parentesco elaboradas y tras analizarse las más diversas formaciones sociales, concluye que las relaciones de

parentesco no se hacen necesarias por el estado de la sociedad. Son el estado de la sociedad mismo, al modificar las relaciones biológicas y los sentimientos naturales. Esas relaciones, entonces, no deben pensarse solamente sobre la base de las características de cada individuo sino como la determinación de un rol social. En suma, lo expuesto hasta aquí permite afirmar la complejidad del laberinto de cuestiones que encierra la identidad; adjetivación que, sumado a su abordaje interdisciplinario, resulta de vital importancia para un entendimiento de todas sus aristas, en una figura que se ve atravesada y definida por la identidad como lo es la filiación.

La filiación es una categoría estrechamente vinculada a la sexualidad, dado que identifica los autores genealógicos del niño y constituye su causa iuris. El vínculo biológico, entonces, se perfilaría como el elemento natural, primario e indispensable para hablar del concepto jurídico de esta categoría de filiación. Empero, el dato genético responde a un hecho único: el causado por los genes; en cambio, la filiación como hecho jurídico no es un simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento. Basta observar las políticas legislativas adoptadas a los fines de su determinación. Tanto la presunción de la filiación matrimonial como el reconocimiento extramatrimonial pueden ser biológicamente falsos y jurídicamente válidos.

Como afirmamos desde ya, en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva, verdadero padre es el que ama; la biológica los lazos sagrados; la sociológica posesión de estado; la volitiva para ser padre o madre es necesario quererlo y la del tiempo cada nuevo día refuerza el vínculo.

En este orden de ideas, si bien esta categoría clásica de filiación observa una interacción entre la realidad biológica y el emplazamiento filial, entender que el respeto a la identidad se remite exclusivamente al elemento biológico, es caer en una postura extrema y peligrosa. Desde esta visión se deja de lado su faz dinámica y resulta errada. De lo expuesto no debe inferirse que el origen biológico no sea un elemento imprescindible del derecho a la identidad, todo lo contrario la verdad histórica, en su manifestación biológica, debe construir el pilar central del enclave normativo del vínculo filial. Lo que sucede es que la verdad

como axioma y principio rector excede el emplazamiento filial. ¿Lo expuesto conlleva una contradicción? No, es un esfuerzo por ubicar cada elemento en su justo lugar. El vínculo biológico es el elemento central y primario de la filiación, pero la realidad biológica no es única, la verdad miente cuando quiere hacer creer que es una verdad absoluta y no una interpretación. El complejo entramado identidad ostenta una pluralidad de verdades que deben ser analizadas en el caso concreto.

A diferencia del dato genético, rara vez se menciona al afecto en los textos jurídicos. Coincidimos con el estado de hijo afectivo se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre. Dos elementos inscriptos en la faz dinámica de la identidad ayudan a comprender los vínculos filiales tal y como se desarrollan en la realidad: la noción de socio afectividad y la posesión de estado.

Respecto de este último, la posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos. En torno a la socio-afectividad, los doctrinarios definieron la paternidad socio-afectiva como hecho jurídico compuesto de elementos sociales y afectivos, no solo de características genéticas. Siguiendo esta senda vemos a la socio-afectividad como lineamiento directriz de la interpretación de todas las relaciones interpersonales y su regulación jurídica no se agota en la paternidad, sino que se puede extenderse a otros vínculos y dar respuesta a problemáticas en el ámbito del derecho de familia más amplio. Se señala que la socio-afectividad es la conjunción de dos elementos que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí.

De lo expuesto se desprenden algunos lineamientos a tener en cuenta a la hora de ponderar la prueba, como por ejemplo respecto del derecho del niño a ser oído, la necesidad de atender especialmente a los dictámenes periciales psicológicos y socio-ambientales, que permitan percibir si la posesión de estado

es lo suficientemente débil que amerite desestimarla por una verdad biológica o, por el contrario, es necesario sostener la identidad construida en el devenir temporal y reconocer el vínculo socio-afectivo consolidado

Para terminar este tratamiento debemos aprehender la familia no como un reconocimiento jurídico de antecedentes biológicos. En una sociedad plural no hay verdades absolutas y lo natural no está dado del origen. La identidad es un concepto multifacético e interdisciplinario que solo se comprende desde su complejidad. Es necesario distinguir el derecho del emplazamiento filial del derecho a conocer los orígenes. Resulta necesario articular la identidad, el interés superior del niño, la posesión de estado y la socio-afectividad como un complejo funcional que deben evaluarse en el caso concreto.

2.2.3. Interés Superior de Niño y Adolescente

El mundo contemporáneo se encuentra atravesando un período de gran incertidumbre, ahogado por las visiones individualistas y mezquinas que pretenden obtener resultados a corto plazo, sin pensar en las generaciones futuras, en el mundo que les heredaremos. Estas divisiones y fraccionamientos han puesto en peligro los progresos alcanzados tras años de esfuerzo, particularmente, en el orden de los derechos humanos. Estos riesgos crecientes e inminentes afectan, como es regular, a aquellos grupos más vulnerables de nuestras sociedades, entre los cuales se cuentan los niños, etc.

En este último caso, hay cifras y datos que son reveladores del drama que los acecha y que implica, desde la perspectiva de los derechos humanos, una afirmación aún más intensa de la vigencia y justiciabilidad de los derechos humanos de los niños, y desde la perspectiva de los defensores de los derechos humanos, un esfuerzo redoblado por difundir, proteger y empujar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que en materia de derechos de los niños.

En nuestra opinión, se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño, niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Evidentemente, se pueden apreciar ciertas

diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado. Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos del niño y adolescente, es el principio del interés superior del niño.

Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de derecho internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones en especial en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño”. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”.

El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, “ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros”. En realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.

Es por ello que se habla de la existencia de un “núcleo duro” de derechos del niño dentro de los sistemas jurídicos, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad.

El nombre es uno de los elementos más polémicos en cuanto parte del derecho a la identidad como derecho subjetivo. El nombre es el conjunto de vocablos, el primero opcional y los segundos por filiación, mediante los cuales una persona física es individualizada e identificada por el Estado y la sociedad. Otros sostienen, sin embargo, que el nombre no es un derecho de la personalidad porque como dato identificador es un atributo de la persona, constitutivo en su ser en el derecho. La doctrina ha desarrollado y defendido la dualidad que reviste este elemento de la identidad. Por una parte, el derecho al nombre se tiene por el mero hecho de la procreación, pues al momento de que alguien es engendrado tiene los apellidos paternos del hombre y la mujer que lo procrearon. Se trata, pues, de un derecho subjetivo, el cual puede ejercitarse en cualquier momento: es intransmisible, inembargable, intransigible, por lo que no puede ser objeto de transacción alguna. La finalidad del nombre como atributo de la persona es precisamente, individualizar e identificar al sujeto. Sobre esta doble función, precisamos: Individualizar es señalar o determinar los seres por sus características peculiares para distinguir unos de otros, separar los individuos comprendidos en la especie para particularizarlos y diferenciarlos entre sí. Identificar, por su parte, es verificar la identidad, es decir comprobar o acreditar si una persona es la misma que se supone o busca.

La identificación es un proceso de investigación mediante el que comprueba si el sujeto es realmente el mismo que pretende ser o el que se indaga. La dualidad funcional del nombre como elemento de la identidad es propio tanto de los derechos de la personalidad como de los atributos de la personalidad.

De acuerdo con esto, el principio del interés superior del niño exige considerar como elementos componentes claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño. También debe necesariamente tomarse en cuenta la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Finalmente, debe quedar establecido que este principio esencial en materia de derechos del niño, niña y adolescente es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños. En definitiva, el principio del interés

superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. Los elementos que considera el principio del interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños.

2.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1. Antecedente de nivel internacional

Se realizó la búsqueda en la biblioteca de la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador – La Plata _ Buenos Aires - Argentina, encontrándose la tesis: El derecho a la identidad en niños, niñas y adolescentes adoptados/as en Argentina, cuya autora es Aldana Giannasi, para optar el grado académico de Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina Mención: Políticas Públicas, quien arriba a las siguientes conclusiones:

Primera: Al considerar el derecho a la identidad como derecho fundamental, su transgresión, vulneración, en los dos niveles estático y/o dinámico, individual y/o social, conforma una grave arremetida al individuo y la sociedad. Al igual que el derecho de un NNA de saber quiénes son sus padres, a que se venere su nombre, su nacionalidad, su cultura, éstos hacen a su historia de vida. Repercutiendo, la desaparición de la identidad adoptiva y/o del inicio que precede a su adopción, una vulneración o transgresión del derecho a la identidad.

Segunda: Por ende, creemos que lo fundamental es otorgar elementos idóneos para garantizar el acceso a este saber, pero no obligar a los padres a comunicarlo, ni al NNA a adquirirlo, sino acompañarlos en el modo de tramitar y elaborar estas verdades que muchas veces suelen ocultarse, ya que, si como sociedad no modificamos los imaginarios sociales imperantes y no tomamos

conciencia de las injerencias y vulneraciones en el psiquismo y derechos de estos NNA al no acceder a una verdad que les pertenece, estos hechos seguirán ocurriendo (Aldana, 2009).

2.3.2. Antecedente a nivel nacional

Se realizó la búsqueda en la biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, encontrándose la tesis: “El derecho a la identidad: una visión dinámica”, cuya autora es María del Carmen Delgado Menéndez, para optar el grado académico de Magíster en Investigación Jurídica, quien arriba a las siguientes conclusiones:

Como antes señalamos, la identidad dinámica trasciende a la estática y se encarna en el “proyecto de vida” o “plan vital”, y para la gran mayoría de la población mundial parte importante de su plan vital se relaciona con el acceso a la propiedad y seguridad legal sobre sus tierras, recursos productivos, viviendas y pequeños negocios. Sin embargo, las mayorías pobres están excluidas del amparo de la ley y de los beneficios que ésta brinda. Según el Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, un 70% de la población mundial carece de derechos de propiedad seguros y efectivos, no es consciente de sus derechos o no puede ejercerlos, no tiene acceso a la justicia; tampoco puede utilizar la representación legal requerida para proteger sus activos y vincularlos al mercado y al mundo financiero. En el caso de las mujeres, la situación es más grave pues, pese a constituir el 50% de la población mundial, sólo el 10% de ellas tiene acceso a la propiedad sobre activos prediales. En este contexto, los activos prediales - tierras, recursos productivos y viviendas – tienen una importancia singular.

CAPÍTULO III

HIPOTESIS Y CATEGORÍAS

3.1. HIPÓTESIS

3.1.1. Hipótesis general

- La identidad, es un concepto multifacético e interdisciplinario que solo se comprende desde su complejidad, que no está regulado en los procesos de adopción por excepción, cuando el que tenga vínculo matrimonial con el padre o la madre del niño o adolescente por adoptar; por lo que es probable, que se pueda estar vulnerando el derecho a la identidad dinámica del menor y por consiguiente de la familia.

3.1.2. Hipótesis específicas

- Para efectos del presente trabajo de investigación, es necesario conocer la regulación normativa respecto a la adopción por excepción contemplado en el Código del Niño y Adolescente.
- Si bien es cierto el derecho a la identidad, está reconocido internacionalmente; también es importante conocer el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la identidad dinámica y estática en nuestro ordenamiento legal.

3.2. Identificación de categorías

Dada la naturaleza cualitativa de nuestra investigación, no se requieren variables pues estas se identifican para medirlas o cuantificarlas, en el presente caso se requieren categorías de estudio, las que precisamos a continuación.

3.3. Categorías de estudio

Tabla N°1

TIPO	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
CATEGORÍA 1	Identidad dinámica como factor determinante.	<ul style="list-style-type: none">• Identidad• Dinámica• Estática• Interés superior del niño• Prueba de ADN
CATEGORÍA 2	Proceso de adopción	<ul style="list-style-type: none">• Filiación• Identidad• Proceso• Adopción

Fuente: Elaborado por el investigador

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Ámbito de estudio

El ámbito de estudio de la presente investigación se desarrollará en la ciudad de Cusco - Perú

4.2. Tipo y diseño de investigación

TABLA N° 2

Enfoque de investigación	Cualitativa: Nuestra investigación basa sus resultados en el análisis e interpretación de la información recabada y no en mediciones estadísticas probabilísticas.
Tipo de investigación jurídica	Dogmática: Se trata de cuestionar la identidad dinámica como factor determinante en los procesos de adopción por excepción, y realizar un análisis de argumentación jurídica respecto a la investigación.

Fuente: Elaborado por el investigador.

4.3 Unidad de análisis

Para la investigación documental las unidades de estudio estarán constituidas por las teorías sobre la identidad dinámica en los procesos de adopción. En relación a las normas legales.

4.4. Población de estudio

La población objeto de estudio está conformada por Abogados especialistas en Derecho civil-familia de la ciudad de Cusco, y Análisis de datos estadísticos de las resoluciones sobre procesos de adopción por excepción.

4.4 Selección de muestra

Para determinar la muestra seguiremos el muestreo no probabilístico por conveniencia. En tal sentido en nuestro estudio hemos considerado las siguientes muestras:

Muestra 1: Conformada por 40 abogados especialistas en Derecho Civil-Familia e la Ciudad de Cusco.

Muestra 2: Análisis de datos de las resoluciones de los procesos de adopción por excepción

Los integrantes de la muestra han sido seleccionados bajo los siguientes criterios de inclusión

- a. Abogados especialistas en Derecho civil-familia de la ciudad de Cusco
- b. Abogados en el ejercicio libre de la profesión con más de 8 años de experiencia profesional.

4.6. Técnicas de recolección de datos e información

Se aplicaron las siguientes técnicas:

- a. **Análisis documental**, para recoger información documental y bibliográfica.
- b. **Encuesta:** Nuestro estudio se aborda desde el enfoque cualitativo, sin embargo, este enfoque posibilita el uso de encuestas no probabilísticas por conveniencia. De allí que aplicamos una encuesta a 40 abogados especialistas en derecho civil-familia de la Ciudad de Cusco, para recoger su percepción sobre el tema.

Así también, en correspondencia con lo anterior se aplicaron los siguientes instrumentos:

- Ficha bibliográfica.
- Cuestionario de preguntas.

4.7. Análisis e interpretación de la información

Luego de aplicar las fichas de análisis documental y el cuestionario de la encuesta se procedió a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se inició el procesamiento en la forma que se indica:

- a. Elaboración de los instrumentos de recolección de datos.
- b. Aplicación de los instrumentos.
- c. Orden y sistematización de la información recogida en el trabajo de campo.
- d. Análisis e interpretación.
- e. Elaboración de conclusiones.

4.8. Técnicas para demostrar la verdad o falsedad de la hipótesis

Dado el enfoque cualitativo en la presente investigación, no es aplicable la técnica para demostrar la verdad o falsedad de la hipótesis. Ya que se trabajó con categorías de estudio.

CAPITULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Análisis de resoluciones emitidos Corte Suprema de la República.

Efectuada la selección de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la República, se han seleccionado las mismas teniendo como aspectos primordiales el identificar el desarrollo jurisprudencial en torno a la Adopción por excepción, donde como se evidenciará el tratamiento en cuanto se refiere a la Identidad Dinámica.

5.1.1. EXPEDIENTE N° 18045 LIMA ESTE

En el presenta caso se trata de un caso elevado en grado de consulta, en lo seguido por Reynaldo Humberto Portella Tuesta versus Diana Sofia Murillo Chang, que fuera emitido el 31 de marzo de 2016, avocándose al conocimiento de la misma la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, teniendo como decisión asumida la inaplicabilidad del Artículo 378 inciso 5 del Código Civil.

Según se advierte de la demanda el actor interpuso una demanda de adopción con respecto de un menor, con quien viene llevando una vida familiar común y lo reconoce como único padre, desconociendo hasta la fecha que no es hijo biológico del mismo.

El Juez de primera instancia declara fundada la demanda e inaplica al caso el inciso 5 del artículo 378 del Código Civil por incompatibilidad constitucional con el artículo 4 de la Constitución; la norma inaplicada dispone que para la adopción se requiere que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años; además, declara que el menor J.S.A.M. es hijo de Reynaldo Humberto Portella Tuesta, debiendo el menor llevar en adelante el nombre J.S.P.M; asimismo, ordena la inscripción de la sentencia en el registro correspondiente y que no se consigne la condición de adoptado del menor en el registro.

La Sala Suprema estima respecto del control difuso que, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de

inferior jerarquía, los jueces resuelven la causa con arreglo a la primera, previendo que las resoluciones en las que se haya efectuado el control difuso deben ser elevadas en consulta a la Corte Suprema si no fuesen impugnadas. En ese sentido, hace un análisis de la norma cuestionada y determina que ésta establece una limitación concreta para la adopción, que constituye en la necesidad de que el menor de su consentimiento a la solicitud del padre adoptante, ello con la intención de generar entre adoptante y adoptado un vínculo familiar que se sea lo más similar al biológico. Sin embargo, existen circunstancias que hacen necesario el apartarse de la regla, en el caso, el desconocimiento por parte del menor de su condición de adoptado, más aun cuando se acredite que el demandante se encuentra en óptimas condiciones de adoptar al menor de quien ha solicitado su adopción. Lo anterior, sobre la base de documentos que acreditan la capacidad económica del demandante, constancias de estudio, versiones de la madre del menor y, sobre todo, el examen psicológico y la declaración del menor que evidencian que éste que viene gozando de un ambiente familiar al cual se ha integrado plenamente desde su inicio de crecimiento, contando con el afecto y comodidades materiales necesarias que le permitirán la plena formación de su personalidad.

La Sala Suprema considera además que el menor aún se encuentra en una etapa de desarrollo, y el conocer su situación de adoptado podría confundirlo y desestabilizar la estructura de familia que ha conocido toda su vida. Por tanto, considera que se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso, por tal razón decide aprobar la sentencia elevada en consulta para su adopción, a fin de que no se produzca en él un estado de indefensión al pertenecer a una familia que no desea o tener una paternidad no requerida, existen ocasiones en las que es posible apartarse a esta regla, como la adopción del hijo del cónyuge que no conoce su estado de hijo adoptado y considera al padre adoptante como único padre. Lo anterior, a efectos de dar prioridad al principio de interés superior del niño, contenido en el artículo 4 de la Constitución, proveyendo al menor de un seno familiar en el que pueda vivir, crecer y desarrollarse adecuadamente.

5.1.2. EXPEDIENTE N° 9549-2015 AREQUIPA

En el presenta caso se trata de un caso elevado en grado de consulta, en lo seguido por Carlos Alberto Arias Lovón y Melissa Yordanka Rodríguez Valencia Reynaldo Humberto Portella Tuesta versus Diana Sofia Murillo Chang, que fuera emitido el 11 de marzo de 2016, avocándose al conocimiento de la misma la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, teniendo como decisión asumida la inaplicabilidad del Artículo 378 inciso 2 del Código Civil.

Se colige de la resolución que los demandantes interponen demanda de adopción a favor de la menor A.A.V.R, a fin de que se le reconozca como su padre. Alegan que la menor viene gozando de un ambiente familiar al cual se ha integrado, contando con afecto y comodidades necesarias, aceptando al demandante como su padre.

El Juez de primera instancia declara fundada la demanda de adopción, y la Sala Superior confirma dicho fallo, además inaplica el artículo 378 inciso 2 del Código Civil, que establece para la adopción que la edad del adoptante debe ser por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, por incompatibilidad constitucional, y concede la adopción solicitada por el demandante a favor de la menor Almendra Alexandra Valencia Rodríguez, quien en adelante será A.A.A.R., enseguida la Sala Superior eleva en consulta la resolución emitida.

La Sala Suprema analiza la disposición que se pretende inaplicar y observa que establece una limitación concreta para la adopción, la cual consiste en que quien pretenda adoptar cuente con una edad que sea por lo menos superior en dieciocho años a la persona que pretende adoptar, ello con la intención de generar un vínculo familiar que se parezca en gran medida al biológico, de manera que la adopción imite en lo más posible la naturaleza normal de las relaciones familiares.

Sin embargo, la Sala Suprema señala que existen supuestos en los que le es posible al juzgador apartarse de esta regla, en el caso, se encuentra acreditado en base a documentos económicos, constancias de estudio y testimonio de la

madre del menor, que el demandante se encuentra en óptimas condiciones de adoptar a la menor, la cual viene gozando de un ambiente familiar al que se ha integrado que le permitirá la plena formación de su personalidad y donde ha aceptado tratar como padre al actor. De modo que, la Sala Suprema considera para el caso en concreto, los límites contenidos en la disposición normativa materia de control no deben impedir la adopción solicitada por quien se encuentra en condiciones de ofrecer a la menor un ambiente familiar adecuado para el desarrollo de su personalidad, ya que una interpretación en contrario contravendría lo dispuesto en tratados internacionales así como lo previsto en la Constitución, sobre el deber de protección especial del Estado respecto del niño. Por lo expuesto, la Sala Suprema estima que al ser evidente una contraposición de la disposición establecida en el Código Civil y una de orden constitucional, corresponde inaplicar la norma legal y por tanto aprobar la resolución elevada en consulta.

5.1.3. EXPEDIENTE 688-2016 MOQUEGUA

En el presenta caso se trata de un caso elevado en grado de consulta, en lo seguido por Raúl Fargen Huari y Lourdes Giovanna Aguilar Gómez, que fuera emitido el 21 de marzo de 2017, avocándose al conocimiento de la misma la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, teniendo como decisión asumida la inaplicabilidad del Artículo 378 inciso 2 del Código Civil.

Los demandantes fundan su pretensión en que la niña de quien solicitan la adopción vive con ellos desde que les fue encargada, a través del "Acta de Entrega de niña" de fecha dos de enero de dos mil doce (Expediente N° 00001-2012-0-2801-JR-FT-01, sobre Investigación Tutelar, Abandono Material, Peligro Moral y Maltratos; como consecuencia de ello, la han prohijado a la niña durante más de dos años, y durante todo el tiempo que la niña ha estado bajo su cuidado, le han brindado todo lo indispensable para su bienestar y desarrollo, como la alimentación, vestido, educación, y otros gastos relacionados; y, sustentan tener capacidad suficientes para el sostenimiento de su hogar y que no tienen otros hijos, ni obligaciones adicionales.

Por ello en primera instancia fue declarada fundada y fue elevado en apelación, donde la Sala Superior, basándose en el criterio de que existiendo la declaración de abandono moral y material no debió de recurrirse a la vía judicial, sino administrativa, dado que ha sido dada en calidad de colocación familiar a favor de los demandantes debieron de haber recurrido a la vía administrativa.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, precisa que el derecho del niño a tener una familia es un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el derecho a la dignidad de la persona humana a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar. Por otro lado, al desarrollar el tercer fundamento, explica y pone énfasis a que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, la que guarda consonancia con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Profundizando aquella apreciación proceden a desarrollar y dar suma importancia a la identidad, arguyendo que la identidad del menor, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del niño, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos facetas: la estática que está restringida a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y la dinámica, más amplia y más importante ya que está referida a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quiénes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto.

Principio de flexibilidad en los procesos de familia (tuitivos). En los casos límite como el presente, en el cual una niña durante más de cinco años, con la anuencia de la autoridad judicial, ha crecido, vivido y desarrollado en el seno de la "familia" que le han prodigado los demandantes, resultaría contrario a su interés superior desvincularla del único referente de afecto que ha formado su personalidad e identidad dinámica.

5.1.4. EXPEDIENTE N° 7307-2014 AREQUIPA

En el presenta caso se trata de un caso elevado en grado de consulta, en lo seguido por Eduardo Néstor Cervantes Pinto y Ana María Villafuerte Recavarren, que fuera emitido el 20 de enero de 2015, avocándose al conocimiento de la misma la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, teniendo como decisión asumida la inaplicabilidad del Artículo 378 inciso 2 del Código Civil.

La resolución consultada fundamenta que conforme lo dispone el artículo 382 del Código Civil, salvo los cónyuges no es posible la concurrencia de pluralidad de adoptantes, salvo en el presente caso, lo que está sustentado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, que prevé que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar personal; en tanto el artículo 4 de la Carta Magna prevé que el Estado y la Comunidad protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, también protegen la familia, y promueven el matrimonio, reconociendo a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, y en este mismo sentido, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes prevé que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopten los jueces, se considerará el principio del interés superior del niño y el adolescente, y el respeto de sus derechos; por lo que en este contexto, reconociendo la Constitución a la familia como instituto natural y fundamental en al estructura de la sociedad, y como tal el derecho implícito de todos a acceder

a la integración y formación de su familia, tal derecho se sobrepone a la limitación establecida por el artículo 382 del Código Civil, por lo que al resultar dicha norma incompatible con el precepto constitucional, resulta obligatorio preferir la norma constitucional antes que a la ley ordinaria, en aplicación del principio de jerarquía normativa que la Carta Fundamental prevé en el artículo 138 segundo párrafo, concordante con lo dispuesto en su artículo 51.

En el caso concreto y de acuerdo a los fundamentos de la sentencia, y los sustentos de la pretensión de adopción de menor formulada por Ana María Villafuerte Recavarren y Eduardo Néstor Cervantes Pinto, se dirige a obtener la adopción del menor F. J. C. V., quien es hijo biológico de la demandada doña Julissa Jesús Villafuerte Recavarren, quien es hermana de la demandante Ana María Villafuerte Recavarren, desconociéndose el nombre del padre biológico del menor, siendo que la madre biológica por razones de salud y no poder asistir ni cuidar a dicho menor, fue entregado a los demandantes, quienes tienen la particularidad de conformar una unión de hecho, por más de diez años en su condición de solteros y sin impedimento de contraer matrimonio, teniendo ambos domicilio común, habiendo prohijado a dicho menor desde su nacimiento, a quien atienden en todas sus necesidades materiales y afectivas, conformando una familia armoniosa, siendo todo ello de conocimiento de la madre biológica detjianda, quien aprueba tal situación; agrega la sentencia consultada, que gozan de buena salud, solvencia moral y económica, no tienen hijos, siendo la demandante quien se dedica a las labores del hogar, atención y cuidado del menor, y el segundo es trabajador práctico marítimo de ENAPU y ahora de la empresa portuaria TISUR por más de treinta y nueve años, percibiendo remuneración. Por lo que en este caso se encuentran involucrados derechos e intereses de un menor de edad, derecho fundamental a la identidad y derecho a ser integrado jurídicamente a una familia; produciendo la norma en este caso particular, un conflicto con los derechos fundamentales anotados.

El constituir e integrar una familia es un primer derecho que encuentra resguardo en la Constitución Política del Perú en el artículo 4 de la Constitución Política vigente, constituyendo la familia elemento natural y fundamental de la sociedad gozando de especial protección social y estatal, que a decir de algunos autores: *«el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los*

poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional»; también goza de protección en instrumentos internacionales, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconocen el derecho de las personas humanas de fundar una familia; en igual forma lo tiene establecido el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece el derecho de toda persona y a su familia al nivel adecuado de vida que le asegure el bienestar; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación del Estado de brindar a la familia la mas amplia protección y asistencia posible para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho de toda persona de constituir una familia elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

5.1.5. CASACION N° 563-2011 LIMA

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja.

Entiende por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado, el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán.

Bajo las aludidas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansonese sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008- MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor

hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c) El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala “se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi) Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.

5.1.6. CASACION N° 2139-2017 LA LIBERTAD

Se trata de la demanda formulada por Cecilia Regina Bolognesi Munenaka demanda como pretensión adopción extraordinaria del menor Enrico Moscol Sandoval, al haberlo prohijado por espacio superior a los dos años, a quien lo trata y considera como un hijo desde su nacimiento, sin serlo biológicamente. Alega que contrajo matrimonio civil con Víctor Munenaka Rodríguez y mientras duró la unión matrimonial no concibieron hijos por ello tomaron la decisión de adoptar un niño. En la actualidad ambos cónyuges se encuentran separados de hecho, y en trámite el proceso de divorcio. El menor Enrico quedó a cargo de la recurrente de forma exclusiva, la presente demanda es a título personal.

Sheyla Lizbet Moscol Sandoval estaba embarazada, pero no tenía posibilidades económicas y emocionales de cuidar a su hijo. Es así que, después de su nacimiento le entregó a Enrico para que lo cuidara como su propia madre. Para ello le entregó un documento manifestando su voluntad de entregarlo (Enrico), Enrico le dice “mamá” a la recurrente, existiendo una verdadera relación materno filial en su entorno inmediato y ante terceros. En lo referente al asentimiento de la adopción de su cónyuge, tal requisito no es indispensable porque ya la actora ya no vive con su aún cónyuge. Además, el radica en el país de Japón.

De los fundamentos de la Sala Suprema, se hallan en las siguientes consideraciones: La identidad del ser humano presupone dos elementos que vinculan entre sí. La demandante se encuentra con Víctor Munenaka Rodríguez

en proceso de divorcio por la causal de injuria. Se desprende que ambos decidieron adoptar al menor, pero en el transcurso las relaciones de pareja se deterioraron y decidieron divorciarse. Entonces, estando en trámite el proceso de divorcio, la cónyuge Celia Bolognesi interpone a título personal la demanda sobre adopción sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el inc. 3 del art. 378° del C.C. y por ello se rechazó la demanda. Empero, los jueces de mérito se limitaron a aplicar taxativamente la norma material, sin considerar la situación legal del menor Enrico; puesto que, el niño es prohijado por la recurrente a pesar de estar en proceso de divorcio. Se puede colegir que el derecho a la identidad y el derecho al Interés Superior del Niño son derechos fundamentales, pues constituye un conjunto de acciones tendientes a alcanzar el máximo bienestar del niño, por su condición humana, respetando el ejercicio de todos sus derechos sin restricciones para garantizar su desarrollo integral.

En ese orden de ideas, al haberse rechazado la demanda sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido, no se resolvió la situación legal del menor Enrico Moscol Sandoval; omisión del pronunciamiento que adquiere relevancia y es constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el órgano jurisdiccional no estaría tutelando los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando con ella la denegación de la justicia solicitada, lo que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, reconocidos en el inciso 3) del artículo 139 de la Carta Magna. En consecuencia, se debe declarar fundado el presente recurso de casación y la nulidad de la resolución de vista, e insubsistente el auto de primera instancia, y disponer que el A quo emita nueva resolución conforme a lo analizado en la presente ejecutoria suprema; sin perjuicio de notificar con la demanda de adopción al cónyuge Víctor Munenaka Rodríguez.

En conclusión a través de la presente se ha establecido que sí se puede generar filiación a pesar del no consentimiento de uno de los cónyuges.

5.1.7. EXPEDIENTE N° 901-2012 DEL SANTA

La sentencia materia de consulta ha considerado que la limitación contenida en el artículo 382 del Código Civil, en cuanto precisa: «Nadie puede ser adoptado

por más de una persona, a no ser por los cónyuges», el inciso 3 del artículo 378 del Código Civil establece: «Para la adopción se requiere: 3.- Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge». Y el artículo 128 literal a) del Código de los Niños y del Adolescentes preceptúa: “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. Todos estos supuestos normativos referidos a que los cónyuges tienen la facultad de adoptar; sin embargo, la referencia de la existencia del vínculo no debe impedir la adopción solicitada en el presente caso por el demandante, quien mantiene una relación convivencial con la madre de la adoptada, la misma que ha sido declarada judicialmente. Supuesto fáctico que debe ser analizado desde los puntos de vista: a) la voluntad de adoptante de adoptar a la hija de su conviviente sin que ésta pierda vínculo con su hija y b) la identidad de la adolescente a adoptar».

En ese sentido se debe precisar que los niños y adolescentes tienen el derecho a tener una familia, la misma que es definida como el núcleo fundamental en que el ser humano nace, crece y se desarrolla en donde existen factores biológicos, sociales y psicológicos. Dentro de este contexto, cabe precisar que el artículo 5 de la Constitución Política del Estado reconoce a: «La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

Al texto del artículo 382 del Código Civil al atribuirle una interpretación en contrario desde una perspectiva legalista contravendría lo dispuesto en los Tratados Internacionales como la Declaración del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, que en su artículo 6 establece que: “El niño, para el pleno 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 (...)».

así como lo previsto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política del Estado en cuanto establece que: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)), concordante con lo previsto en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: «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».

Al respecto, este Colegiado considera que lo que resulta incompatible con la Constitución no proviene del texto literal del artículo 382 del Código Civil, sino del sentido interpretativo derivado de dicha norma que concluiría en que solo los cónyuges podrían adoptar mas no los que conformen una unión de hecho. Tal conclusión, así formulada, deviene en inconstitucional en el presente caso al haberse acreditado que el adoptante es conviviente de la madre de la adoptada y que forman una vida convivencial de más de catorce años, es decir, desde que la niña tenía año y medio de vida, atendiendo además al principio del interés superior del niño previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y las demás normas antes citadas.

En ese sentido, cabe precisar que nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 4 dispensa una protección especial al menor de edad y reconoce al mismo tiempo en su artículo 5 a las uniones estables conformadas entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, por lo que acorde con la jurisprudencia establecida por nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N° 06572-2006-PA/TC el Estado no solo tutela a la familia matrimonial sino que también incluye a las uniones de hecho, reconociéndoles derechos compatibles con los que se ejercen y derivan de una sociedad conyugal, en la medida que compartan un mismo lazo estable, continuo e ininterrumpido, donde compartan habitación, lecho y techo, llevando su vida tal como si fueran cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo.

5.2. Percepción de los profesionales de derecho respecto a la adopción

De las encuestas realizadas a Abogados especialistas en derecho Civil - Familia, de la ciudad de Cusco, se ha obtenido el siguiente resultado:

I Abogados especialistas en Derecho Civil - Familia

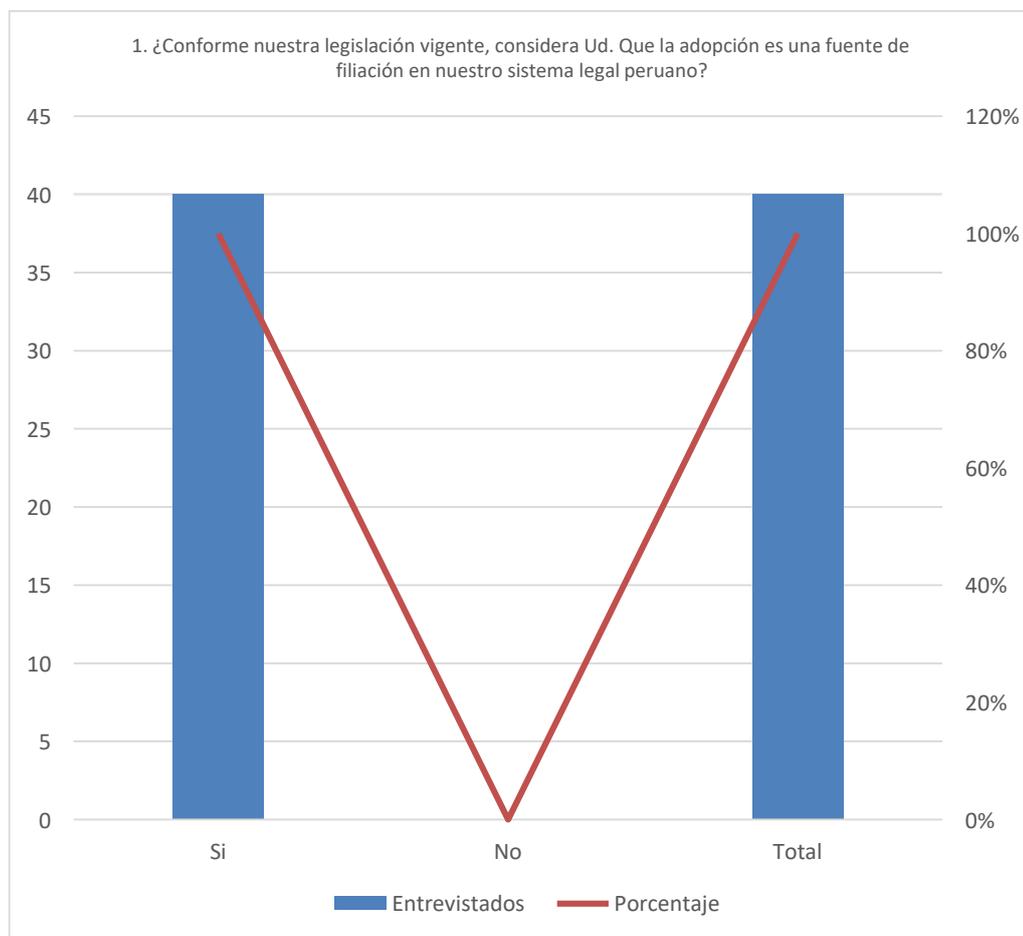
1. ¿Conforme nuestra legislación vigente, considera a la adopción es una fuente de filiación en nuestro sistema legal peruano?

Tabla N° 1

1. ¿Conforme nuestra legislación vigente, considera a la adopción es una fuente de filiación en nuestro sistema legal peruano?	Entrevistados	Porcentaje
Si	40	100%
No	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 1



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 1 y del Gráfico 1, Con respecto a la pregunta 1 ¿Conforme nuestra legislación vigente, considera a la adopción es una fuente de filiación en nuestro sistema legal peruano? se tiene que:

De un total de 40 encuestados que comprende el 100% de nuestro universo, se tiene que el 100% de los encuestados; es decir, los 40 profesionales especialistas en derecho civil y familia consideran que la adopción, conforme a nuestra legislación nacional, si es una fuente de filiación.

2. ¿Considera Ud., conforme su experiencia profesional, que existe una disconformidad entre los requisitos que se requieren conforme al código civil peruano, código del niño y adolescente, para el proceso de adopción

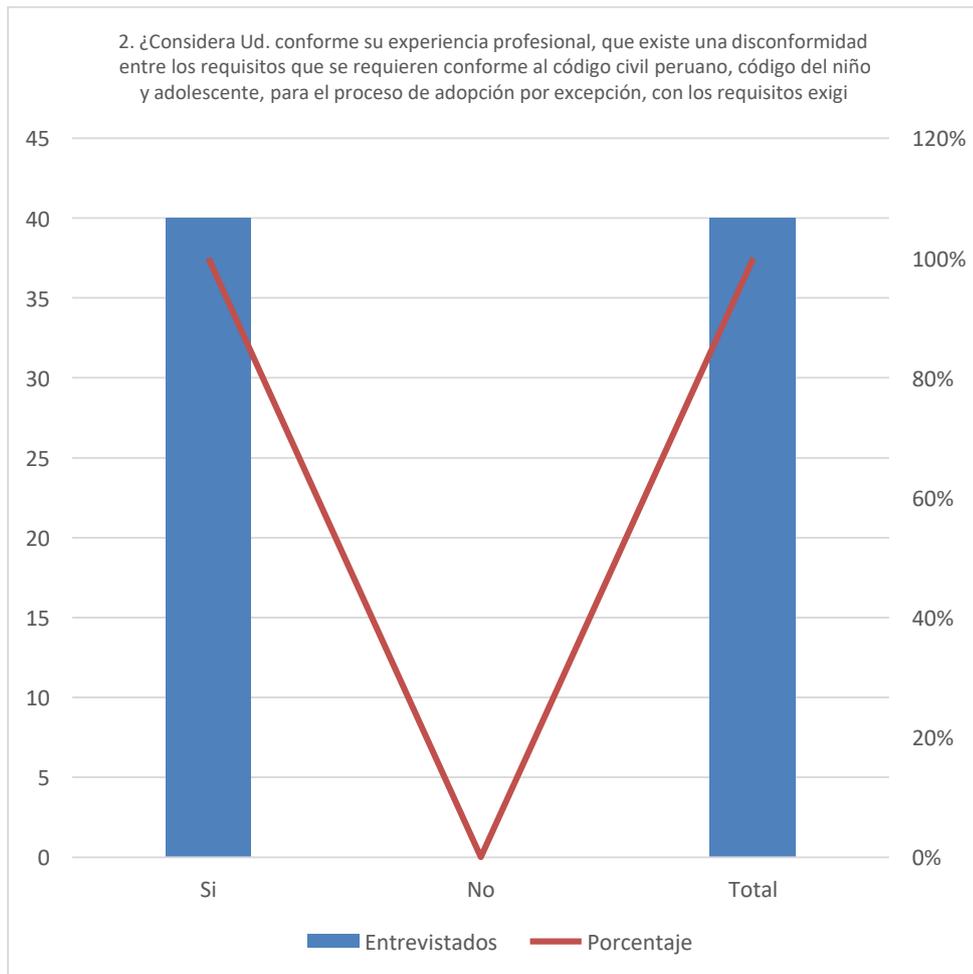
por excepción, con los requisitos exigidos en el ejercicio de la práctica judicial?

Tabla N°2

2. ¿Considera Ud., conforme su experiencia profesional, que existe una disconformidad entre los requisitos que se requieren conforme al código civil peruano, código del niño y adolescente, para el proceso de adopción por excepción, con los requisitos exigidos en el ejercicio de la práctica judicial?	Entrevistados	Porcentaje
Si	40	100%
No	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 2



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 2 y del gráfico 2, respecto a la pregunta 2 “Considera Ud. conforme su experiencia profesional, que existe una disconformidad entre los requisitos que se requieren conforme al código civil peruano, código del niño y adolescente, para el proceso de adopción por excepción, con los requisitos exigidos en el ejercicio de la práctica judicial. Se tiene los siguientes resultados

De un total de 40 encuestados, que es el 100%, se tiene que los 40 encuestados en forma unánime, y que representan el 100% de la población a encuestada, manifestaron, que sí, efectivamente existía una disconformidad entre los requisitos exigidos tanto por el Código Civil, Código del Niño y del Adolescente y la misma práctica judicial, lo que ello implicaba que en varias ocasiones las

demandas de adopción pudieran ser declaradas inadmisibles, por la falta de unificación de criterios respecto a la exigibilidad de los requisitos para presentar las demandas de adopción, cualquiera fuera la causal, ello en agravio no sólo de las partes sino del mismo menor en cuestión.

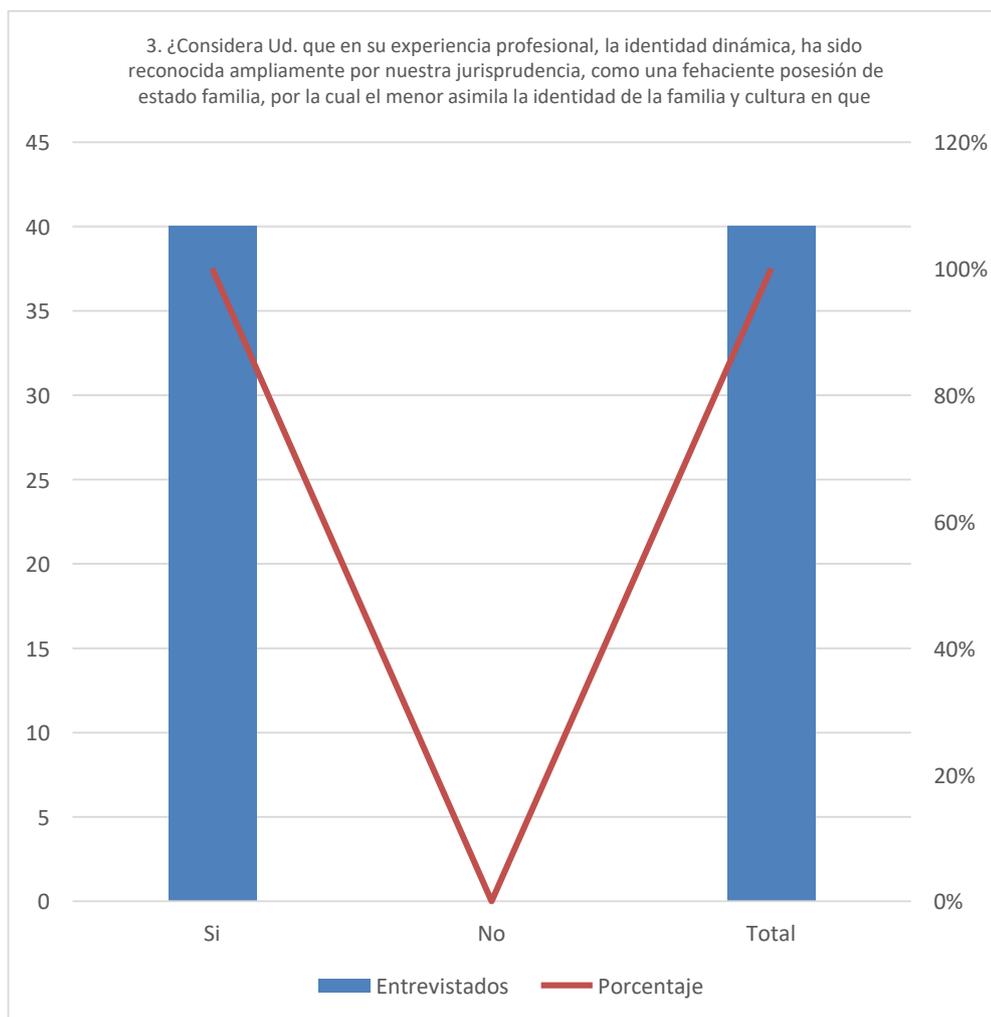
3. ¿Considera Ud., que en su experiencia profesional, la identidad dinámica, ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia, como una fehaciente posesión de estado familia, por la cual el menor asimila la identidad de la familia y cultura en que vive?

Tabla 3

3. ¿Considera Ud., que, en su experiencia profesional, la identidad dinámica, ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia, como una fehaciente posesión de estado familia, por la cual el menor asimila la identidad de la familia y cultura en que vive?	Entrevistados	Porcentaje
Si	40	100%
No	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 3



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 3 y del Gráfico 3, Con respecto a la pregunta 3; ¿Considera Ud. que, en su experiencia profesional, la identidad dinámica, ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia, como una fehaciente posesión de estado familia, por la cual el menor asimila la identidad de la familia y cultura en que vive?; se tiene:

De un total de 40 encuestados que es el 100%, se tiene que 14 encuestados, especialistas en materia civil y familia, consideran que la identidad dinámica, no sólo ha sido tratada o abordada por la jurisprudencia nacional, sino que ha sido

reconocida ampliamente y sobre todo su importancia, en el desarrollo y desenvolvimiento del menor respecto a su identidad.

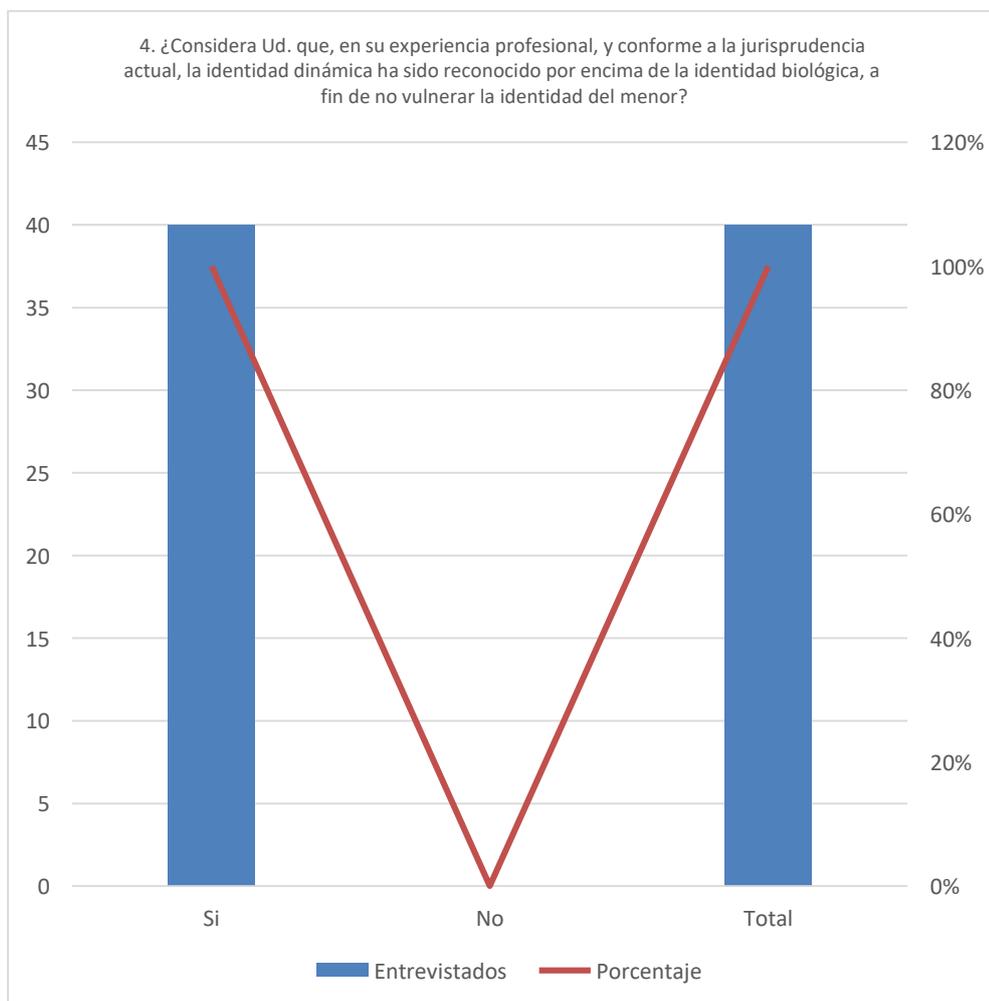
4. ¿Considera Ud. que, en su experiencia profesional, y conforme a la jurisprudencia actual, la identidad dinámica ha sido reconocido por encima de la identidad biológica, a fin de no vulnerar la identidad del menor?

Tabla 4

4. ¿Considera Ud., que, en su experiencia profesional, y conforme a la jurisprudencia actual, la identidad dinámica ha sido reconocido por encima de la identidad biológica, a fin de no vulnerar la identidad del menor?	Entrevistados	Porcentaje
Si	38	95%
No	2	5%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 4



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 4, del Grafico 4, Con respecto a la pregunta 4; ¿Considera Ud. que, en su experiencia profesional, y conforme a la jurisprudencia actual, la identidad dinámica ha sido reconocido por encima de la identidad biológica, a fin de no vulnerar la identidad del menor?

De un total de 40 encuestados que es el 100%, se tiene que 38 de los mismos que representa el 95%, indican que según su experiencia, en la práctica judicial y conforme lo señala la jurisprudencia, existen diversas causa en virtud del cual se reconoce a la identidad dinámica por encima de la identidad biológica, ello a fin de no vulnerar el derecho a la identidad que ha desarrollado el menor a lo

largo de su vida o durante el transcurso de su vida. Sin embargo, existe dos encuestados, que reflejan el 5%, que consideran que en virtud de su experiencia y de la jurisprudencia actual, la verdad biológica este por encima de la identidad dinámica, conjeturamos, que sea tal vez por desconocimiento de las normas y la jurisprudencia, debido al bajo índice en la respuesta.

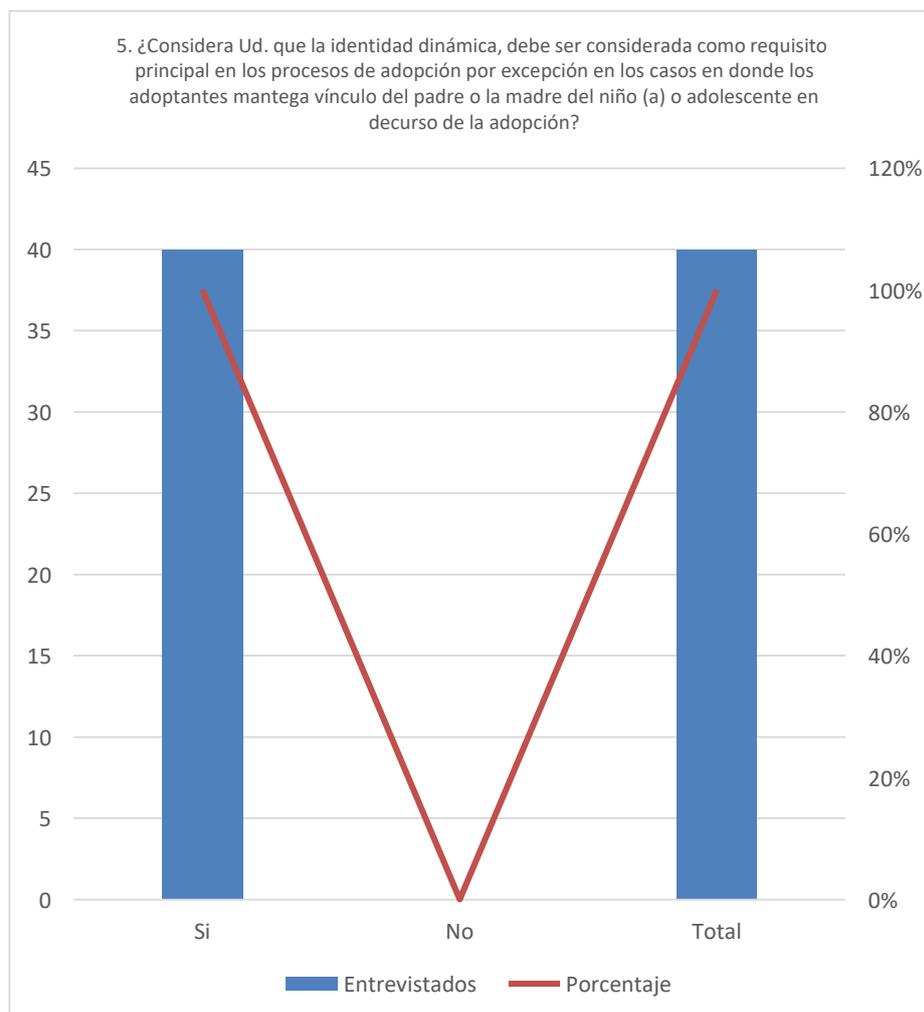
5. ¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser considerada como requisito principal en los procesos de adopción por excepción en los casos en donde los futuros adoptantes tengan vínculo consanguíneo con la madre o el padre del niño (a) o adolescente en vías de adopción?

Tabla 5

5. ¿Considera Ud., que la identidad dinámica, debe ser considerada como requisito principal en los procesos de adopción por excepción en los casos en donde los potenciales adoptantes tengan vínculo con la madre o el padre del niño (a) o adolescente en vías de adopción?	Entrevistados	Porcentaje
Si	40	100%
No	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 5



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 5 y del Gráfico 5, Con respecto a la pregunta 5; ¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser considerada como requisito principal en los procesos de adopción por excepción en los casos en donde el futuro adoptante mantenga vínculo con la mamá o el papá del niño (a) o adolescente previa a obtener adopción?, en este sentido podemos indicar:

De un total de 40 encuestados que es el 100%, se tiene que el 100 % de los encuestados, es decir, los 40 especialistas en derecho civil y de familia consideran que, en los procesos de adopción por excepción, en los casos en donde el futuro adoptante sostenga vínculo matrimonial con el progenitor o la

progenitora del niño o adolescente por adoptar, debe ser considerada y consecuentemente probada la identidad dinámica del menor con respecto al solicitante de la adopción como requisito en dichos procesos.

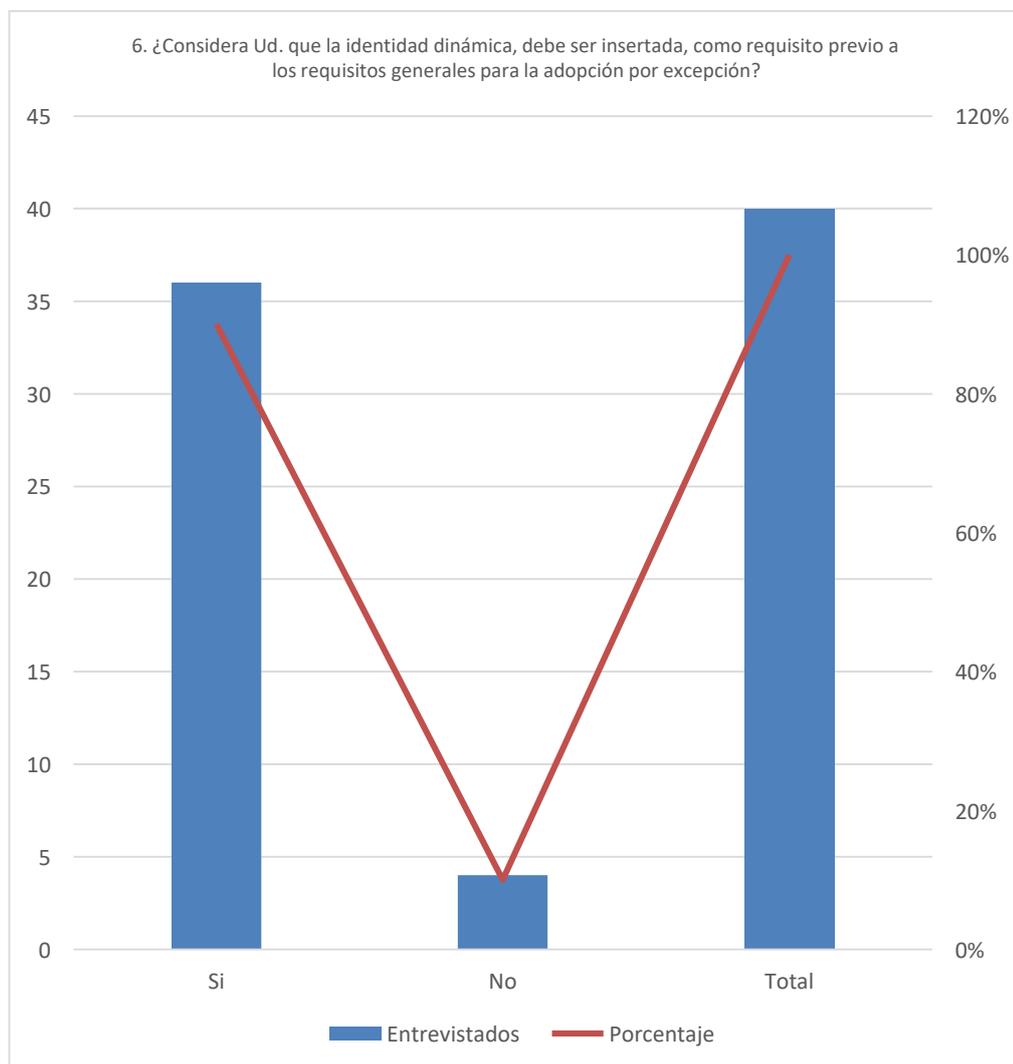
6. ¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser insertada, como requisito previo a los requisitos generales para la adopción por excepción?

Tabla 6

6. ¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser insertada, como requisito previo a los requisitos generales para la adopción por excepción?	Entrevistados	Porcentaje
Si	36	90%
No	4	10%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 6



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 6 y del Gráfico 6, Con respecto a la pregunta 6; ¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser insertada, como requisito previo a los requisitos generales para la adopción por excepción?

De un total de 40 encuestados que es el 100%, se tiene que 36 encuestados que representa el 90%, indican: que consideran que para los proceso judicializados de adopción por excepción, se debería, previamente, verificar un requisito, como es la probanza de la identidad dinámica del adoptante para con el adoptante, como miembro integral de una familia; frente a un 10% de encuestados, que

indican que no es necesario que sea exigible como requisito previo, probar la identidad dinámica del menor respecto al solicitante de la adopción por excepción.

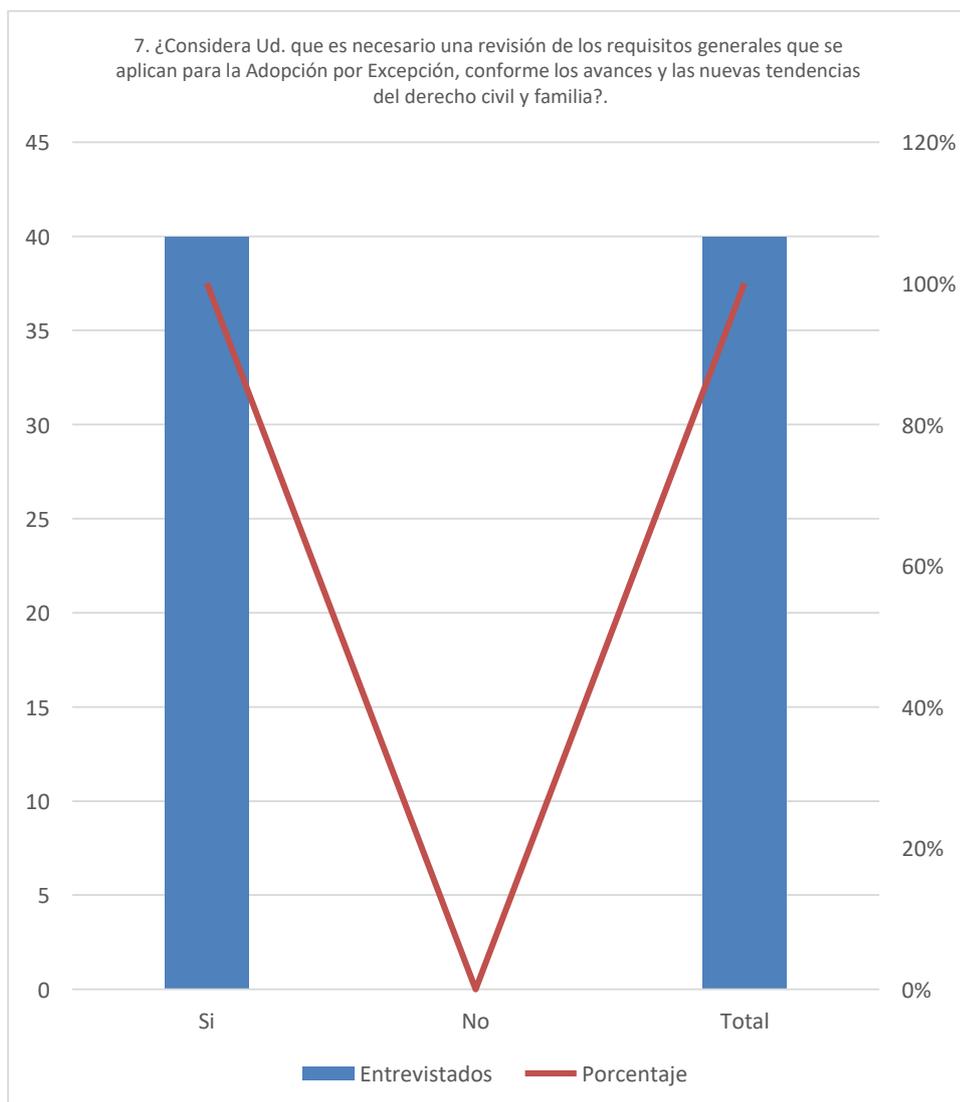
7. ¿Considera Ud. que es necesario una revisión de los requisitos generales que se aplican para la Adopción por Excepción, conforme los avances y las nuevas tendencias del derecho civil y familia?

Tabla 7

7. ¿Considera Ud., que es necesario una revisión de los requisitos generales que se aplican para la Adopción por Excepción, conforme los avances y las nuevas tendencias del derecho civil y familia?	Entrevistados	Porcentaje
Si	40	100%
No	0	0%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 7



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 7 y del Gráfico 7, Con respecto a la pregunta 7; ¿Considera Ud. que es necesario una revisión de los requisitos generales que se aplican para la Adopción por Excepción, conforme los avances y las nuevas tendencias del derecho civil y familia?

De un total de 40 encuestados que es el 100%, se tiene que el 100% de los mismos, consideran que es necesario una revisión de los requisitos generales

que se requieren para la Adopción por excepción, tomando en cuenta las nuevas tendencias del derecho civil y familia.

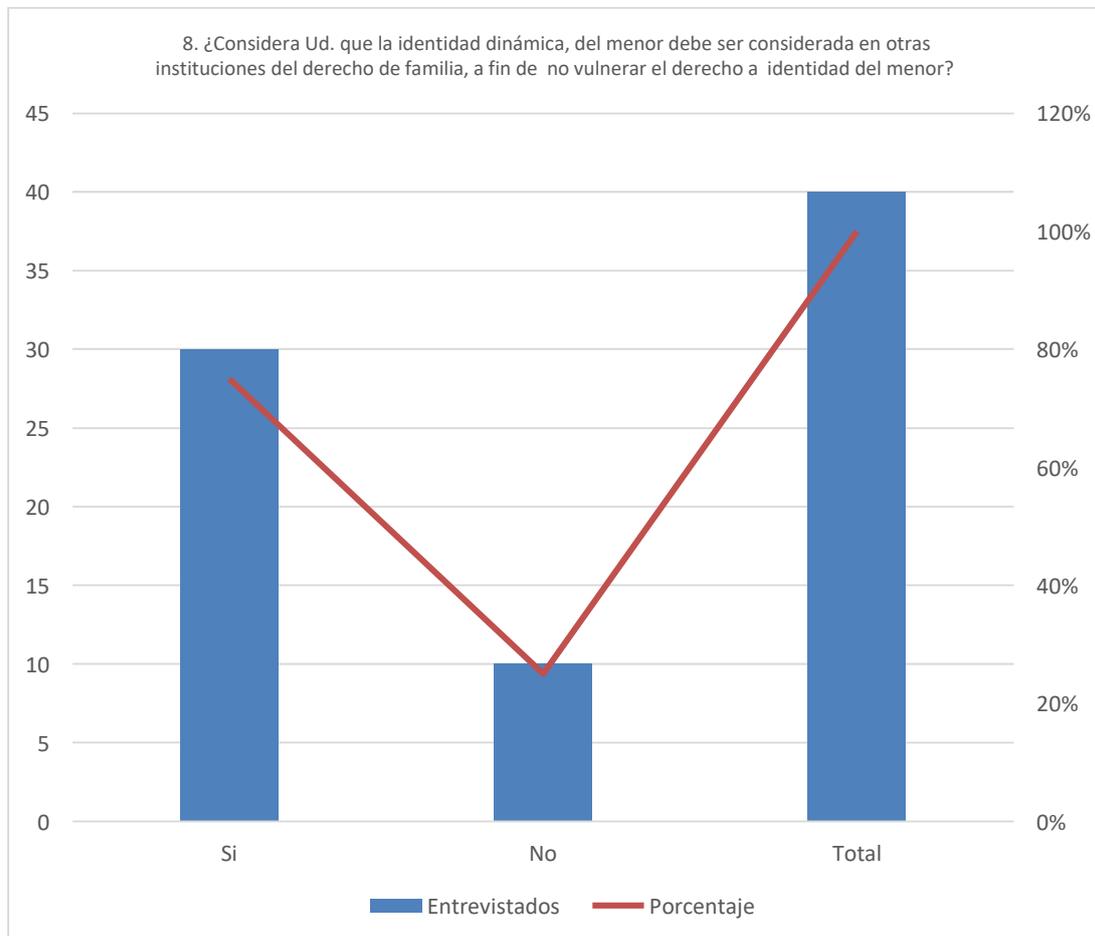
8. ¿Considera Ud., que la identidad dinámica, del menor debe ser considerada en otras instituciones del derecho de familia, a fin de no vulnerar el derecho a identidad del menor?

Tabla 8

8. ¿Considera Ud., que la identidad dinámica, del menor debe ser considerada en otras instituciones del derecho de familia, a fin de no vulnerar el derecho a identidad del menor?	Entrevistados	Porcentaje
Si	30	75%
No	10	25%
Total	40	100%

Fuente: Elaborado por el investigador

Gráfico 8



Fuente: Elaborado por el investigador

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

De la Tabla 8 y del Gráfico 8, Con respecto a la pregunta 8: ¿Considera Ud. que la identidad dinámica, del menor debe ser considerada en otras instituciones del derecho de familia, a fin de no vulnerar el derecho a identidad del menor?

De un total de 40 encuestados que es el 100%, se tiene que 30 encuestados que representa el 75%, indican: que, la identidad dinámica debe ser considerada en otras instituciones del derecho de familia, ello con la finalidad de no vulnerar el derecho a identidad del menor; frente a un 25% que representan a 10

encuestados, que manifiestan que no debe ser considerado la identidad dinámica en otras instituciones del derecho de familia.

5.3. Discusión de los resultados

Cabe indicar, que, si bien es cierto, en nuestra legislación nacional, no se ha reconocido como fuente de filiación, de manera expresa a la adopción, por su naturaleza jurídica y conforme la practica judicial, la adopción si puede ser considera como fuente de filiación y por ende goza de las mimos derechos y obligaciones, de otras instituciones que, si están reconocidas positivamente en nuestro Código Civil, y cuyo fundamento principal es el derecho a la identidad en un entorno.

Efectivamente, basta solo revisar los requisitos establecido en el Código Civil y en Código Del Niño y Adolescente, para verificar que no existe unificación de conceptos respecto a la Adopción, luego respecto a los requisitos legales tampoco existen requisitos estipulados en el Cogido del Niño y Adolescente, a pesar de que sí regula la adopción por excepción en su artículo 128, modificado a fines del año 2016; por otro lado tenemos el Código Civil en cuyo artículo 378, estaría regulado los requisitos para las adopciones, sin embargo en la práctica, cada juzgado según sus criterios, no debidamente fundamentados en reiteradas oportunidades, te requieren requisitos, no relacionados con el petitorio de adopción ni con los fundamentos facticos de la demanda; dilatando estos procesos dada su misma naturaleza, perjudicando nuevamente al menor.

Ciertamente, desde varios años atrás, la jurisprudencia nacional ha reconocido el derecho a la identidad, como un derecho fundamental del menor, y todo lo que ello implica; sino que realiza una diferencia sustancial, entre a la identidad estática y la identidad dinámica, destacando la importancia, en varias sentencias de orden jurisdiccional, respecto de la importancia y relevancia de la identidad dinámica, respecto al desarrollo del derecho a la identidad del menor en el seno familiar, social, afectivo, etc.; y que constituyen su desarrollo integral.

En el desarrollo de la jurisprudencia, en procesos relacionados a temas sobre instituciones de familia, existe un desarrollo jurisprudencial respecto a la importancia del derecho a la identidad respecto a la verdad biológica, indicando

que el derecho a la identidad del menor es un derecho que favorece al menor y no a los padres, y que la identidad dinámica, es mucho más amplia, la más importante, ya que se refiere a una verdad personal del menor, y que comprende diversos aspectos de la vida diaria y que contribuyen a delimitar su personalidad.

Casación 950-2016 Arequipa

Se considera importante probar, en los procesos de adopción por excepción en los casos en donde el posible adoptante mantenga grado de vínculo matrimonial con su progenitor o progenitora del niño o adolescente en vía de adopción, debería ser considerado como un elemento importante para poder causar convívio y certeza al juez al momento de resolver, en los procesos de adopción; puesto que esto nos aseguraría, según el caso concreto, su desarrollo personal e integral como miembro de una comunidad como integrante de una familia.

De lo antes manifestado podemos, nuevamente establecer la importancia del derecho a identidad del menor, en especial el derecho a la identidad dinámica, en los procesos de adopción por excepción previstos por nuestro ordenamiento legal, puesto que el estado constante, como miembro de una familia, asimilan y forman su identidad en sus múltiples facetas, por lo que es necesario, tomarlo en cuenta al momento de sentenciar en dichos procesos.

Consideramos que es necesaria la revisión de los requisitos generales, para los procesos de adopción por excepción, previstos por nuestro ordenamiento. Ya sea porque los mismos están de manera desordenados en nuestro cuerpo normativo, o porque se considera insuficientes para poder asegurar el objetivo principal de la adopción y así asegurar el bienestar integral del menor, en un seno familiar que le brinde un desarrollo integral y la plena formación de su derecho a la identidad.

Debemos tomar en cuenta que la pregunta va dirigida a considerar como aporte del presente trabajo de investigación la posibilidad de que en el supuesto de que se pueda vulnerar el derecho a la identidad del menor, es necesario contemplar el derecho a la identidad dinámica en algunas instituciones de derecho de familia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Podemos afirmar que, en los procesos de adopción por excepción, específicamente, cuando el solicitante que conserva vínculo consanguíneo para con el padre o progenitora del menor o el adolescente por vía adopción, debemos de considerar un requisito, reconocido y desarrollado por la jurisprudencia nacional, como es la identidad dinámica, cuyo rol protagónico se deduce en el desarrollo integral y personal del menor y en las demás facetas complejas para el desarrollo de la persona, he aquí su importancia a fin de asegurarle una protección jurídica en los procesos de adopción por excepción

SEGUNDA.

Se ha determinado que no existen criterios unificados o similares con respecto al desarrollo normativo de los procesos de adopción por excepción tanto en el Código Civil, el Código del Niño y adolescente y la practica misma, lo que conlleva a dilatar el proceso de manera innecesaria, por lo que es necesaria una revisión y análisis, ello en beneficio de las partes y del Estado.

TERCERA

Podemos concluir que la fórmula idónea para establecer la identidad dinámica como factor determinante en los procesos judiciales de adopción por excepción cuando el que sostenga vínculo consanguíneo con respecto al padre o madre del infante o adolescente por obtener adopción, es un reconocimiento positivista; vale decir que sea considerado como requisito previo a la concurrencia de los demás requisitos de orden general, en la norma misma y que esta sea deducida de los fundamentos facticos de la propia demanda, cuyo fundamento debe ser materia de probanza y finalmente de sustento debidamente motivada de la sentencia.

RECOMENDACIONES

PRIMERA

Se recomienda realizar un análisis y estudio de los procesos de adopción en todas sus modalidades a fin de unificar conceptos y determinar los requisitos necesarios que aseguren el bienestar del menor, y sobre todo regular legislativamente la posibilidad de considerar a la adopción como una fuente de filiación.

SEGUNDA

Consideramos necesario propiciar nueva investigación respecto a la posibilidad de que la identidad dinámica del menor, debe ser considerada como requisito, en otras instituciones del derecho de familia, a fin de no vulnerar el derecho a identidad del menor, debiendo de considerar la factibilidad respecto a cada una de las instituciones de familia regulados a favor de los menores y previstas en nuestro ordenamiento legal

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albaladejo M. (2013). *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 12^o edición. Edisofer. Madrid España.

Academia de la Magistratura. (2014). *El interés Superior del niño en los procesos de adopción por excepción en los juzgados de familia del cercado de Arequipa del 2011 al 2014*. Arequipa, Perú: AMAG.

Adolescentes, C. d. (2000). *Ley N°27337*. Lima: SPIJ.

adolescentes, C. d. (Art.115). *Concepto*. Lima, Perú: SPIJ.

Aldana, G. (2009). *El derecho a la identidad en niños, niñas y adolescentes adoptados en Argentina*. La Plata - Buenos Aires, Argentina: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Angarita Gomez, J. (2014). *Lecciones de Derecho Civil. THEMIS*.

Aubri y Rau, Ch. *Colección Derecho editada en tres volúmenes, entre 1837 y 1847*. La séptima edición, utilizada para esta investigación, data de 1961.

Barletta M. (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Primera Edición. Fondo Editorial Pontificia Católica del Perú.

Belluscio. A (1979). *Manual de Derecho de Familia - Doctrina, Jurisprudencia y Práctica* (Vol. II). Lima, Perú: Juristas Editores.

Belluscio. A. (2004). *Manual de Derecho de Familia – (Vol. II)*. Séptima Edición Actualizada y Ampliada. Primera Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina.

Brugi. (1946). *Manual de derecho de Familia- Doctrina, Jurisprudencia y Practica*. Lima, Perú: Juristas Editores.

Bonnecase. J. (2019) *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia*. Ediciones Jurídicas Olejnk. Santiago de Chile. Colección de Derecho Francés.

Capitant H. (1923) *Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo Segundo Volumen II*. Editorial Mautalos Librería. Madrid, España.

Castan J. (1995) *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia Volumen II: Relaciones Paterno-filiales y Tutelares*. 10ª Edición. Editorial Reus. España.

Castro, C. S. (2003). *Derecho Procesal Penal (Vol. I)*. Lima, Perú: GRIJLEY.

Código civil. (Art. 377). Lima: SPIJ.

Código Civil. (Art. 378). *Requisitos para la adopción*. Lima, Lima: SPIJ.

Código Civil. (Art. 379). *Trámite de Adopción*. Lima, Perú: SPIJ.

Código de los niños y adolescentes. (Art. 128). *Excepciones*. Lima, Perú: SPIJ.

Código civil. (Art. 377). Lima: SPIJ.

Código Civil. (Art. 378). *Requisitos para la adopción*. Lima, Lima: SPIJ.

Código Civil. (Art. 379). *Trámite de Adopción*. Lima, Perú: SPIJ.

Código de los niños y adolescentes. (Art. 128). *Excepciones*. Lima, Perú: SPIJ.

Código Procesal Civil. (Art. 749). *Procedimiento*. Lima, Perú: SPIJ.

Código Procesal Civil. (Art. 781). *Procedencia*. Lima, Perú: SPIJ.

Código Procesal Civil. (Art. 782). *Admisibilidad*. Lima, Perú: SPIJ.

Cornejo Chavez, H. (2010). *Derecho de Familia Peruano*. Lima: Astrus.

Dalloz P.C. (1957) *Código Civil. Jurisprudencia General*. Tomo IV Volumen II. 23ª Edición. Primera Reimpresión. Editorial Reus.

Diez Picazo L. Gullón A. (2019). *Manuales de Derecho Constitucional. Derechos Civiles y Ciudadanos/ Derechos Humanos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Madrid, España.

Domat J. (2019) *La Leyes Civiles en su Orden Natural*. Colección Clásicos del Pensamiento Jurídico. Volumen III. ABC Editores Librería. Bogotá, Colombia.

Espinoza Espinoza, J. (2014). *Derecho de las Personas*. THEMIS.

Espinoza, E. J. (2013). *Identidad de la persona*. Lima: Gaceta Jurídica.

Fernández Sessarego, C. (2013). *Daño a la identidad personal*. THEMIS.

Gallegos, C. Y. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Juristas.

Hinostroza Minguez, A. (2008). *Procesos derivados del Derecho de Familia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Hinostroza, M. A. (2008). Procesos derivados del Derecho de Familia. *Gaceta Jurídica*.

Kemelmajer de Carlucci, A. y. (2006). *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.

Lafont Pianetta, P. (2007). *Derecho de Familia. Derecho de Menores, Juventud y Discapacitados*. Bogota, Colombia: Ediciones del profesional LTDA.

Lafont pianetta, P. (2007). *Derecho0 de familia. Derecho de menores, juventud y discapacitados*. Bogota, Colombia: Libreria Ediciones del Profesional LTDA.

Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, L. N. (Art. 22). *Requisitos de la Solicitud*. Lima: Congreso de la República.

Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, L. N. (Art. 23). *Nueva partida de nacimiento*. Lima: Congreso de la República.

Ley de Competencia Notarial en Asuntos no contenciosos. (Arti. 21). *Ley N° 26662*. Lima: Congreso de la República.

Lloveras, N. y. (2015). *El Derecho de familia desde la constitución Nacional*. Buenos Aires.

MINDES. (Art. 14,15,16 y 17). *ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono*. Lima: Congreso de la república.

Peralta J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Editorial IDEMSA Cuarta Edición

Sentencia Pública en Nuova Giurisprudenza Commentada, II - 467 (1987).

Varsi Rospigliosi, E. (2016). *Tratado de Derecho de Familia, Derecho de Filiación*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Villena, V. (15 de 03 de 2019). *Parthenon*. Obtenido de Derecho a la identidad: <http://www.parthenon.pe/diccionario-juridico/derecho-a-la-identidad/>

ANEXO I

MATRIZ DE CONSISTENCIA

ENUNCIADO: LA IDENTIDAD DINÁMICA COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	METODOLOGIA
Problema General	Objetivo General	Hipótesis General	<p>4.1. Ambito de estudio El ámbito de estudio de la presente investigación se desarrollará en la ciudad de Cusco - Perú</p> <p>4.2. Tipo y diseño de investigación Enfoque de investigación: Cualitativa: Nuestra investigación basa sus resultados en el análisis e interpretación de la información recabada y no en mediciones estadísticas probabilísticas.</p> <p>Tipo de investigación jurídica: Dogmática: Se trata de cuestionar la identidad dinámica como factor determinante en los procesos de adopción por excepción, y realizar un análisis de argumentación jurídica respecto a la investigación.</p> <p>4.3 Unidad de análisis Para los fines de la investigación desde la fuente documental las unidades de estudio están conformadas por las teorías en lo atinente a la identidad dinámica en los procesos de adopción. En relación a las normas legales.</p> <p>4.4. Población de estudio La población objeto de estudio está conformada por Abogados especialistas en Derecho civil-familia de la ciudad de Cusco, y Análisis de datos estadísticos de las resoluciones sobre procesos de adopción por excepción.</p> <p>4.4 Selección de muestra Para determinar la muestra seguiremos el muestreo no probabilístico por conveniencia. En tal sentido en nuestro estudio hemos considerado las siguientes muestras: Muestra 1: Conformada por 40 abogados especialistas en Derecho Civil-Familia e la Ciudad de Cusco. Muestra 2: Análisis de datos de las resoluciones de los procesos de adopción por excepción Los integrantes de la muestra han sido seleccionados bajo los siguientes criterios de inclusión</p> <p>a. Abogados especialistas en Derecho civil-familia de la ciudad de Cusco b. Abogados en el ejercicio libre de la profesión con más de 8 años de experiencia profesional.</p> <p>4.6. Técnicas de recolección de datos e información Se aplicaron las siguientes técnicas: a. Análisis documental, para recoger información documental y bibliográfica. b. Encuesta: Nuestro estudio se aborda desde el enfoque cualitativo, sin embargo, este enfoque posibilita el uso de encuestas no probabilísticas por conveniencia. De allí que aplicamos una encuesta a 40 abogados especialistas en derecho civil-familia de la Ciudad de Cusco, para recoger su percepción sobre el tema. Así también, en correspondencia con lo anterior se aplicaron los siguientes instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ficha bibliográfica. • Cuestionario de preguntas. <p>4.7. Análisis e interpretación de la información Luego de aplicar las fichas de análisis documental y el cuestionario de la encuesta se procedió a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se inició el procesamiento en la forma que se indica:</p> <p>a. Elaboración de los instrumentos de recolección de datos. b. Aplicación de los instrumentos. c. Orden y sistematización de la información recogida en el trabajo de campo. d. Análisis e interpretación. e. Elaboración de conclusiones.</p>
¿Cómo debería ser la regulación normativa de la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción regulado en el Código de los Niños y Adolescentes?	Determinar cómo debería ser la regulación normativa de la identidad dinámica, en los procesos de adopción por excepción regulado en el Código de los Niños y Adolescentes	La identidad, es un concepto multifacético e interdisciplinario que solo se comprende desde su complejidad, que no está regulado en los procesos de adopción por excepción, cuando el que sostenga vínculo consanguíneo con su padre o madre del infante o adolescente por adoptar; por lo que es probable, que se pueda estar vulnerando el derecho a la identidad dinámica del menor y por consiguiente de la familia.	
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	
¿Cuál es la regulación normativa respecto de la adopción por excepción en nuestro ordenamiento legal vigente?	Conocer la regulación normativa respecto a la adopción por excepción en nuestro ordenamiento legal vigente.	Para efectos del presente trabajo de investigación, es necesario conocer la regulación normativa respecto a la adopción por excepción contemplado en el Código del Niño y Adolescente.	
¿Cómo es el desarrollo	Conocer el desarrollo jurisprudencial y	Si bien es cierto el derecho a la identidad, está reconocido internacionalmente; también es	

<p>jurisprudencial y doctrinario de la identidad dinámica y estática en nuestro ordenamiento legal?</p>	<p>doctrinario de la identidad dinámica y estática en nuestro ordenamiento legal.</p>	<p>importante conocer el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la identidad dinámica y estática en nuestro ordenamiento legal.</p>	<p>4.8. Técnicas para demostrar la verdad o falsedad de la hipótesis dado el enfoque cualitativo en la presente investigación, no es aplicable la técnica para demostrar la verdad o falsedad de la hipótesis. Ya que se trabajó con categorías de estudio.</p>
---	---	--	---

Fuente: Elaborado por el Investigador

ANEXO II

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICAN LOS ARTICULOS IX DEL TÍTULO PRELIMINAR Y ARTÍCULO 128 DEL CODIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE E INCORPORA EL PRINCIPIO DE IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Dentro de la concepción jurisprudencial y doctrinal se le ha dado contenido al Principio del Interés Superior de Niño y Adolescente, en base determinaciones de la trilogía de los derechos fundamentales, la que consta en el derecho a la vida, derecho a la libertad y dignidad de persona, encontrándose dentro de ella e íntimamente vinculada el derecho a la identidad (derechos fundamentales); sin embargo, ésta última ha tenido un desarrollo limitado y sólo se circunscribía a la identidad estática, que en buena cuenta dan noticia de aspectos relativos a la filiación, estado civil, edad, sexo, y todos los datos concernientes a la fichas registral de los Registrado de Estado Civil de la Municipalidades y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; sin abordar el derecho a la identidad en su faz dinámica, que está más ligada al Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente, y se constituyen en un binomio que se interrelacionan y se dan contenido mutuo entre este principio y la identidad dinámica, que ha sido identificado con la denominación de “Proyecto de Vida”, que están referido a los aspectos más fundamentales para el desarrollo integral de la persona, que van desde la concepción hasta la muerte; es decir, es aquella donde se encuentren en constante construcción, en inquebrantable cambio, como lo sería la edad entre ambos, fisonomía, medio ambiente socio-familiar, propósitos de vida futura, usanzas, entre muchos argumentos; en buena cuenta se afirma que ésta pueda trascender a la estática y se refiere a la “verdad personalísima o aspiración de vida” de cada persona, que se coloca como acto notorio a través del llamado “proyección social” del sujeto de derecho”, se engrandece constantemente, se enaltece y se afrenta, progresa, cambia, involuciona, tiene

connotación de todo ser humano se desenvuelve durante el proyecto de su vida; todo sujeto de derecho, en tanto y cuanto ser libre, dirige su proyecto de su ser aunado al quehacer y toma-obligación de decisiones destinadas hacia “su proyecto de existencia” las que trazadas se dirigen y rediseñan con miras a las obtener mayores y mejores potencialidades, con las opciones y tan variadas circunstancias que se enfrentan durante sus relaciones interpersonales. En suma, las aludidas decisiones que se asumen como sujeto de derecho irán eligiendo y dotar de prioridad de aquellas acciones, situaciones y de muchas relaciones que lo unen con diversos y variados sujetos, bienes y servicios, ello en función a las decisiones muy indispensables o de trascendencia que las consideran para desenvolvimiento hacia el futuro llamado “proyecto de vida”.

En ese entender, para que este proyecto de vida o desarrollo personal adquiera ribetes de integridad del desarrollo de la persona, éste debe ser alimentada desde concepción y con más precisión desde el desarrollo en su tierna edad (niñez y adolescencia) que a la postre le servirá en un futuro más cercano identificar y desarrollarse con plenitud, sin traumas o problemas psicológicos que puedan limitar su libre desarrollo; por ello es que se contribuirá hacia la libertad ontológica – existencia real – la que se tiene plasmada en su “proyecto de vida”. en todo y cada uno de los demás actos proyectos que viabilizan el «hacer su vida” El sujeto de derecho vive programando co-existencialmente, en el espacio-tiempo; éste ser humano, en cuanto ser libre, proyectivo sino a la vez estimativo. Para poder decidir está condenado a elegir u optar por uno u otro proyecto claro teniendo un abanico de muchas posibilidades y oportunidades que les ofrecen y según las «circunstancias», el ambiente-medio en el cual desarrollará su vivir. Es para éste fin requiere una constante valoración, vale decir, que debe preferir de entre aquellas opciones que para él tienen un alto «valor». Ésta valoración le conferirá un sentido de vida digna. De las amplias dimensiones del derecho a la identidad-dignidad, la que, trascendiendo a la esfera íntima, se inclina hacia su “proyecto de vida” del sujeto de derecho, que se involucra mediante relaciones y obligaciones de distinta índole entre éste con los demás por los diversos y variados bienes inmateriales y materiales.

Entonces, la identidad dinámica va más allá del propio principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, que como se ha reafirmado aquella le da mayor

contenido que no solo es de observancia a nivel jurisdiccional, sino es transversal; es decir, involucra a todos los ámbitos sociales, estratos, y entidades del estado, que debe ser atendida desde ya, y que contribuirá a tener personas con alto nivel de respeto mutuo, admiración por la vida, la libertad y dignidad de las personas en sociedad.

Con motivo de los avances doctrinarios en cuanto a éste derecho fundamental (derecho a la identidad dinámica), analizando un pequeño fragmento de las familias, se han observado con frecuencia relaciones interpersonales muy peculiares que han alimentado la identidad y dignidad de los niños y adolescentes en formación, cuando han sido absorbidos por otra familia; es decir, cuando han sido cobijados y prohijados como si fueran naturales y de hechos éstos hasta le dan mayor valor a esa relación relegando a segundo plano el vínculo consanguíneo y por ende han contribuido en claro y eficaz desarrollo integral de la persona.

Por ello, resulta imperioso y urgente normar, darle eficacia y contenido a la identidad dinámica en todos los aspectos del desarrollo del niño y adolescente que aunado al Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, serán un binomio determinante que asumirán todas las instituciones del Estado, en bien de la protección y en busca eficaz del desarrollo integral de los mismos; en consecuencia, éste derecho debe ser también considerado como derecho fundamental con proyección hacia una institucionalización principista que deben ser observada con carácter vinculante.

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no genera gasto alguno al erario nacional, dado que no se modifica el presupuesto nacional; sino que, por el contrario, los beneficios de ésta iniciativa generarían un impacto positivo en la sociedad puesto que protegeríamos de manera efectiva los derechos fundamentales del niño y adolescente y por ende se incorpora uno de los principios de elevado grado de Interés Superior del Niño, durante la ventilación de los juicios de adopción por excepción.

ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL

El presente proyecto de Ley modificaría el Artículo IX del Título Preliminar y Artículo 128 del Código del Niño y Adolescente.

ANTEPROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO IX DEL TÍTULO PRELIMINAR Y ARTÍCULO 128 DEL CODIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE.

LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

Ha otorgado la siguiente Ley:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTICULOS IX DEL TÍTULO PREMINAR Y ARTÍCULO 128 DEL CODIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE E INCORPORA EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN

ARTICULO 1.- Objeto de la Ley.

La presente norma tiene por objeto regular el principio del Interés Superior del Niño y Adolescente en consonancia con el derecho fundamental a la identidad dinámica en los procesos de adopción por excepción regulado en el artículo 128 del Código del Niño y Adolescente.

TITULO PRELIMINAR

ARTÍCULO IX. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE - IDENTIDAD DINÁMICA

De todas las medidas atinentes al niño y al adolescente que adopta el Estado a través de los Poderes del Estado, Órganos Autónomos del Estado, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y las demás instituciones públicas, así mismo en la acción de la sociedad civil, se dará preeminencia al Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto irrestricto de sus derechos, en especial a la

Identidad Dinámica del Niño y Adolescente, en busca de un eficaz desarrollo personal.

ARTÍCULO 128. DE LAS EXCEPCIONES DE ADOPCIÓN

Sólo en vía de excepción, se podrán instaurar proceso judicial de adopción ante los juzgados especializados de familia, sin necesidad de declaración de estado de abandono moral o material del niño o del adolescente.

El que sostenga vínculo matrimonio en vía de excepción, se podrá instar proceso judicial de adopción ante Juez Especializado, sin el previo requisito de declaración de estado de abandono moral y material del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a) Aquél que posea vínculo matrimonial con su progenitor o progenitora del niño (a) o el adolescente en vía de adopción.
- b) El que posea vínculo hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño (a) o adolescente pasible de ser adoptado; y
- c) Aquél que haya prohijado o convivido con el niño (a) o el adolescente por adoptar, durante un lapso de tiempo no menor de cuatro años.

El presente proceso de adopción por excepción será tramitado, tomando en cuenta la identidad dinámica y el principio el Interés Superior del Niño, y en virtud del cual el juez, deberá pronunciarse en los fundamentos de su sentencia.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Vacatio Legis

La presente disposición entrará en vigencia a los noventa días hábiles de su publicación en el diario Oficial El Peruano, fecha en la cual los procesos en trámite sobre adopción por excepción deberán adecuarse a la presente norma.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la Republica para su Promulgación.

ANEXO III

INSTRUMENTO DE MEDICIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DENOMINADA ENCUESTA

Este instrumento tiene por finalidad obtener datos de los encuestados sobre el trabajo de investigación denominado **LA IDENTIDAD DINAMICA COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN.**

Agradecemos contestar con la mayor sinceridad posible. Por favor leer cada una de las siguientes preguntas, el resultado sólo servirá para efectos académicos y la presente es de carácter anónimo.

Marque con un X según corresponda.

N°	PREGUNTA	RESPUESTAS	
		SI	NO
1.	¿Conforme nuestra legislación vigente, considera Ud. Que la adopción es una fuente de filiación en nuestro sistema legal peruano?		
2.	¿Considera Ud. conforme su experiencia profesional, que existe una disconformidad entre los requisitos que se requieren conforme al código civil peruano, código del niño y adolescente, para el proceso de adopción por		

	excepción, con los requisitos exigidos en el ejercicio de la práctica judicial?		
3.	¿Considera Ud. que en su experiencia profesional, la identidad dinámica, ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia, como una fehaciente posesión de estado familia, por la cual el menor asimila la identidad de la familia y cultura en que vive?		
4.	¿Considera Ud. que, en su experiencia profesional, y conforme a la jurisprudencia actual, la identidad dinámica ha sido reconocido por encima de la identidad biológica, a fin de no vulnerar la identidad del menor?		
5.	¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser considerada como requisito principal en los procesos de adopción por excepción en los casos en donde el futuro adoptante tenga vínculo con el progenitor o progenitora del niño (a) o adolescente en vías de adopción?		
6.	¿Considera Ud. que la identidad dinámica, debe ser insertada, como requisito previo a los requisitos generales para la adopción por excepción?		
7.	¿Considera Ud. que es necesario una revisión de los requisitos generales que se aplican para la Adopción por Excepción, conforme los avances y las nuevas tendencias del derecho civil y familia?.		
8.	¿Considera Ud. que la identidad dinámica, del menor debe ser considerada en otras instituciones del derecho de familia, a fin de no vulnerar el derecho a identidad del menor?		

