



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL
DERECHO A SU IDENTIDAD BIOLÓGICA EN LA ADOPCIÓN CERRADA DE
MENORES”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADA

AUTORA:

Br. Saavedra García Mayra Eliana (ORCID: 0000-0002-7259-2864)

ASESORA:

Abg. Pingo More, Angella Inés (ORCID: 0000-0001-9657-118X)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Civil

PIURA-PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mis grandes amores Medila y Nelson,

Por su apoyo incondicional

A mi abuela Bertha y mi tía Berena por ser la luz de mis ojos, a mis hermanos Luis Alberto y Jairo por su ejemplo de lucha constante, a mi pequeña Aimar por su amor tan puro, a mi amiga y consejera fiel Verónica.

AGRADECIMIENTO

A Dios por no soltar mi mano y mantenerme a su lado contra viento y marea; a mi familia por su apoyo moral, espiritual y económico, a mi asesora que con sus recomendaciones me ayudo a perfeccionar el proyecto de investigación.

PÁGINA DEL JURADO

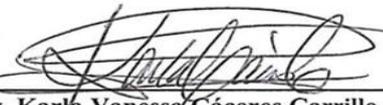
 UCV UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS	Código : F07-PP-PR-02.02 Versión : 10 Fecha : 10-06-2019 Página : 1 de 1
--	---------------------------------------	---

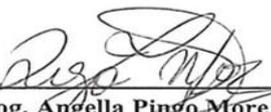
El Jurado encargado de evaluar la tesis presentada por doña **SAAVEDRA GARCÍA MAYRA ELIANA**, cuyo título es: **“AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A SU IDENTIDAD BIOLÓGICA EN LA ADOPCIÓN CERRADA DE MENORES”**.

Reunido en fecha, escucho la sustentación y la resolución de preguntas por es estudiante, otorgándole el calificativo de: **11 – ONCE**.

Piura, 15 de Noviembre del 2019


Abog. Leonel Villalta Urbina
PRESIDENTE


Abog. Karla Vanessa Cáceres Carrillo
SECRETARIO


Abog. Angella Pingo More
VOCAL



Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	---------------------	--------	---------------------------------

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, Mayra Eliana Saavedra García, con DNI N° 47413210 a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Cesar Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela Profesional de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica .

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se muestra en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponde ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad Cesar Vallejo.

Piura, 2019



Mayra Eliana Saavedra García

ÍNDICE

	Pág
Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Página del Jurado	iv
Declaratoria de autenticidad	v
Índice	vi
Resumen	vii
Abstract	viii
I. INTRODUCCIÓN	1
Realidad Problemática	1
Teorías Relacionadas al tema	11
II. MÉTODO	39
2.1. Diseño de investigación.	39
2.2. Variables, operacionalización	39
2.3. Población y muestra	40
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	41
2.5. Método de análisis de datos	45
2.6. Aspectos éticos	47
III. RESULTADOS	48
IV. DISCUSIÓN	57
V. CONCLUSIONES	63
VI. RECOMENDACIONES	64
VII. REFERENCIAS	65
ANEXOS	67
Resumen de coincidencias	68
Acta de aprobación de originalidad de tesis.	69
Formulario de autorización para la publicación electrónica de la tesis.	70
Autorización de publicación de tesis en repositorio institucional UCV.	71
Autorización de la versión final del trabajo de investigación.	72

RESUMEN

Con la presente investigación, se pretendió determinar si se afecta el Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica al establecerse la adopción cerrada de menores, lo que implicaría acoger la adopción abierta que permitan al menor adoptado conocer sus orígenes biológicos, teniendo en cuenta el derecho a la identidad biológica y el Principio de Interés Superior del Niño, los mismos que le permitirán su desarrollo físico y psíquico sin interferencias, cumpliendo así con proteger todas las dimensiones de la vida de los niños y adolescentes, es decir, la realización integral de sus derechos que en su calidad de sujeto de derechos especialísimo dotados de una supra- protección les corresponde, a su vez supondría la modificación del artículo 115 del Código de los niños y adolescentes, acogiéndose la adopción abierta con excepciones, guiada por el Principio del Interés Superior del Niño para cada caso en concreto, siendo que para tal efecto se han usado técnicas como el análisis jurisprudencia, el fichaje y la entrevista, llegándose a determinar que al establecerse en el Perú la adopción cerrada de menores, si se afecta el Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica.

Palabras clave: Adopción, adopción abierta, adopción cerrada, derecho de identidad biológica, Principio del Interés Superior del Niño

ABSTRACT

With this investigation is to determine whether the principle of Best Interest of the Child and the right to their biological identity to the closed lower adoption set is affected, which would host the open adoption to allow the adopted child to know their biological origins, given the right to biological identity and the Principle of Best Interest of the Child, the same that will enable their physical and mental development without interference, thus fulfilling protect all aspects of the lives of children and adolescents, ie, the full realization of their rights as a subject in a most special rights endowed with supranational their proper protection in turn entail the amendment of Article 115 of the Code of children and adolescents, invoking the open adoption with exceptions, guided by the principle of the best interests of the child for each specific case, being for that purpose have been used techniques such as case analysis, the signing and interview, reaching determine that Peru to settle in the closed adoption of children, whether the principle of Best Interest of the Child and the right to their biological identity is affected.

Keywords: adoption, open adoption, closed adoption, right to biological identity, principle of the Best Interests of the Child.

I. INTRODUCCIÓN

Realidad Problemática

La investigación, que se presenta, trata de elucidar si en la adopción de menores se afecta el Principio de Interés Superior del Niño y el Derecho a su Identidad Biológica, al establecerse en el marco de nuestro ordenamiento jurídico la adopción cerrada, se ha abordado el tema de investigación con la finalidad de analizar si es necesaria y conveniente que en la legislación peruana se acoja la adopción abierta, la misma que daría paso a que el adoptado menor de edad haga efectivo su derecho a conocer sus orígenes biológicos, de ser así estaríamos garantizando y contribuyendo a la realización de los derechos vulnerados señalados, lo que se traduciría en una regulación que le permita formar su identidad en función a su propia historia de vida. Se hace también con la finalidad de que nuestro ordenamiento jurídico se encuentre acorde con los cambios socio culturales, y familiares del territorio peruano en específico de los niños y adolescentes adoptados.

En el ámbito local, esto es, dentro de nuestro país, así como en la comunidad internacional se ha elaborado diversa doctrina, se han desarrollado normativas e investigaciones sobre la materia ofrecida, proyecciones, que se han tenido en cuenta como referencias de la indagación, entre ellos tenemos el trabajo desarrollado por Morán de Vicenzi, Claudia. (2015), con el tema referente a la posibilidad de que las personas, específicamente los menores, dados en adopción puedan conocer su origen biológico, artículo publicado en la revista denominada “*Gaceta constitucional y Procesal Constitucional*”, 76, Lima, 161-169. En este artículo de revista la autora inicia su investigación a propósito de lo estipulado por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia contenida en el Exp. N°00062-2013-PA/TC, en la que el padre biológico de un menor dado en adopción solicita que se le haga conocer el paradero de su hijo, pedido que es declarado improcedente. Sin embargo, la autora rescata temas de gran relevancia como el derecho a la identidad biológico, y Principio de Interés Superior del Niño; temas que se toman como categorías en el desarrollo de la investigación.

La investigación en mención trata de explicar la necesidad que existe en crear normas legales que permitan al menor adoptado conocer su origen biológico antes de alcanzar la mayoría

de edad, se explica las razones por las que el menor debe contar con dicha información, los beneficios que ha traído en el Derecho Comparado el reconocer el derecho de identidad biológico del menor de edad adoptado, aunado a ello la obligación de los padres adoptivos de poner en conocimiento a su hijo adoptado su situación.

En el Departamento de la Libertad - Perú, se efectuó la Consulta N° 132-2010 el 29 de abril de 2010, en la cual se desarrolla el tema de la identidad personal, en específico el aspecto dinámico que engloba el derecho de la persona a conocer la verdad biológica, la misma que implica que el menor conozca a sus progenitores, he impone adoptar las medidas correspondientes para respaldar el bienestar físico, psíquico, moral, espiritual de los menores, siendo que toda persona forma su proyecto de vida en función al desarrollo adecuado de estos aspectos de la identidad.

Con fecha 27 de marzo de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció a través de una Sentencia, sobre el caso Forneron e hija versus Argentina, la misma que en su página 35, considera que a los menores les corresponde el derecho de convivir con su familia, con la que tiene raíces biológicas, que un elemento elemental de la vida intrafamiliar abarca el derecho de la madre y/o el padre de hacer una vida al lado de su hijo o hija, siendo que las circunstancias internas que no permiten lo antes indicado, implican una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención, siendo que los orígenes de una persona, ya sean biológicos o a nivel de las relaciones intrafamiliares, que forman parte de la historia de un ser humano, en especial de los niños, son parte fundamental de su identidad, por lo que, toda regulación o falta de acción del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede considerarse una violación del derecho a la identidad.

En la investigación elaborada en España, por Alejandro Ávila Espada, catedrático de Personalidad, Evaluación y Tratamiento de la Universidad Complutense, Facultad de Psicología. (2005). Titulada, “La función parental en la adopción” se desarrolla un tema esencial, este es el hecho de que el menor adoptado conozca de sus orígenes, menciona así que no es recomendable ocultar la verdad sobre la adopción, es decir el menor adoptado no puede ser engañado respecto de sus orígenes ya que esto no se llegaría a superar fácilmente, es por ello que propone que a los niños y adolescentes adoptados se les debe informar cuales fueron los hechos de su vida antes de ser adoptados, así mismo menciona que esta información debe ser recepcionada por el menor con ayuda de sus padres adoptivos, y si la

situación resulta complicada se debe recurrir a la intervención profesional para el manejo de sus sentimientos de acuerdo a cada situación .

Una referencia importante se encuentra en el texto de “Tratado de Derecho de Familia”, siendo el escritor Enrique Varsi Rospigliosi, del año 2013, publicación efectuada en la provincia de Lima, libro en el que el autor desarrolla que clases de adopción existen, las mismas que dependen de diversos factores, tales como la edad, la situación jurídica del adoptado, siendo estas las siguientes: adopción de personas mayores de edad, de menores de edad que por situaciones especiales no existe la necesidad de que sean declarados en abandono y la adopción de menores de edad, que han sido declarados en abandono judicialmente, serán estas dos últimas clases de adopción las que serán importante para la investigación que se está realizando, ya que solo se abordará la adopción de menores de edad, así mismo el autor explica la regulación que mantienen otros países en cuanto al derecho que le asiste a los hijos adoptivos de saber o conocer sus raíces biológicas, lo que permitirá efectuar comparaciones de la adopción entre el Perú y otros países.

La base teórica está dividida en cuatro apartados, en el primer apartado se desarrolla el Principio de Interés Superior del Niño, es aquí donde se tratará sobre la protección integral de los derechos del menor adoptado, sus principales características, sus diferentes conceptos; en el segundo apartado se desarrolla el Derecho a la Identidad biológica, su concepto, los alcances de su regulación en el Derecho Comparado, pilar fundamental en la investigación; en el tercer apartado trata sobre la adopción, antecedentes históricos, conceptos, antecedentes legislativos en los que se describen los tres Códigos Civiles del Perú, así como también su naturaleza jurídica, se desarrolla además los tipos de adopción, este último es tema fundamental en la investigación.

La problemática planteada, se origina a nivel interno desde el inicio mismo de la codificación civil, ya que si bien en el Código Civil de 1852, se recoge la institución de la adopción, los legisladores optaron por una adopción cerrada, la misma que implica que el menor no mantenga ningún contacto, ni cuente con ningún tipo de información respecto de sus padres biológicos, por consiguiente en nuestra legislación no se encuentra estipulada, ninguna norma, que haga referencia a la prerrogativa del menor adoptado de saber cuáles sus orígenes desde el momento de su adopción, no obstante el contexto social en el que se acogió la adopción de niños y adolescentes, ha cambiado en gran medida a comparación del ámbito actual, y ello porque es a partir de la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención

sobre los Derechos del Niño en el año de 1989, que se viene desarrollando un insondable y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos que le asisten a los niños.

La Sociedad de las Naciones Unidas, en el año 1924, en su Quinta Asamblea, realiza el primer texto formal, el que a nivel mundial fue llamado, la Declaración de Ginebra; posteriormente en el año de 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos del Niño, es decir en los años anteriores no se observa un reconocimiento integral de sus derechos, en tanto no se reconocía al menor como sujeto de derechos, sino meramente como objeto de representación.

Con el devenir del tiempo y los cambios sociofamiliares, ya no solo se necesita que se regule la adopción de niños y adolescentes, sino que además esta figura, sea implementada en el ordenamiento peruano, pues, si bien es cierto constituye un mecanismo jurídico, que tiene interés social, éste busca dar solución a los problemas sociales de la niñez desamparada, también se debe optar por el desarrollo de mecanismos que hagan efectivo los derechos de los niños y adolescentes adoptados, es decir optar por normas que aseguren el pleno desarrollo del menor, y más aún cuando se busca en la adopción una situación análoga a la que surge de la filiación matrimonial. Por lo que se debe tener en cuenta el incremento de casos en los que los menores adoptados deciden la búsqueda de sus orígenes, lo mismo que no pueden ignorarse.

Entre los tipos de adopción reconocidas en el ordenamiento jurídico peruano, se debe iniciar explicando los dos tipos de adopción de menores existentes en el Perú, el primer tipo de adopción es la llamada adopción administrativa, para menores de edad judicialmente declarados en abandono, la misma que está recogida en el artículo 127 del Código de los Niños y Adolescentes; el segundo tipo de adopciones es la de menores de edad, a quienes por cierto contexto, consideradas especiales no es menester que sean declarados en abandono, como requisito previo para proceder a su adopción, la que es tramitada ante el juez especialista en materia de familia, recurriendo a la vía jurídica a través un proceso no contencioso, y es la llamada adopción por excepción, en aras de circunscribir el espacio de lo que se va a desplegar.

En palabras de Varsi Rospigliosi (2005) la adopción es una institución, en donde se obtiene la calidad de hijo, sin que haya vínculo sanguíneo, con lo que origina una relación paterno filial, dejando así de ser parte de su familia biológica, perteneciendo así a una nueva familia

adquiriendo derechos como le corresponden a un hijo, quedando formada una familia protegida por Ley.

Por otro lado, para Ripert y Boulanger (2008) con la adopción no desaparece la filiación que se origina con el nacimiento del adoptado, sino que se constituye un vínculo simulado, que en ningún caso reemplaza a la filiación de origen, sin embargo, la legislación hoy en día reconoce ciertos efectos, como por ejemplo que el hijo adoptivo pertenezca a la familia de quien adopta.

Tal como lo refiere Peralta Andía (2002) la adopción administrativa está a cargo de la Oficina de Adopciones, perteneciente a la Gerencia de promociones de la Niñez y la Adolescencia del PROMODEH que es la entidad del Estado, que tiene cómo una de sus funciones, la de tramitar y seguir las solicitudes de acogimiento de mínimos, que han sido declarados judicial o administrativamente en situación de abandono, ello teniendo en cuenta las excepciones prescritas en el artículo ciento veintiocho del Código de los Niños y Adolescentes, así mismo señala que la Oficina de Adopciones, tiene en su haber un registro, en el cual se inscriben las adopciones efectuadas a nivel nacional, en el mismo que se deben consignar las generales de los adoptantes, tales como: DNI o carnet de extranjería, nacionalidad, fecha de nacimiento, nombres completos, domicilio, su estado civil y/o el organismo extranjero que lo patrocine, así como los datos completos que se tengan de los menores.

Gallegos Canales y Jara Quispe (2008) refieren sobre la adopción por excepción, que se encuentra regulada en la legislación peruana, por lo que sin que se haya declarado en abandono a un menor, pueden solicitar al juez competente las personas que cuenten con las siguientes condiciones: aquel que mantenga vínculo nupcial con el madre o padre del futuro adoptante; el que mantenga vínculo filial establecido por ley con el menor por adoptar y aquel que haya convivido con el niño en un periodo de tiempo no menor de 24 meses.

Definidos los tipos de adopción, es preciso señalar los requisitos a tomarse en cuenta para estas, encontrándose prescritos en el artículo 378 del Código Civil Peruano, el primero es que quien desee adoptar posea vida moral intachable, que la edad del posible adoptante sea igual a la suma de la mayoría y la del menor por adoptar, que el cónyuge del adoptante presente la voluntad de adoptar, cuando el menor ostente más de 10 años sea quien declare su voluntad de ser adoptado, que los padres del adoptado si estuviese bajo su cuidado

manifiesten su voluntad de dar en adopción al menor, con la excepción de todos los requisitos ya mencionados si el menor radica en el extranjero por temas relacionados a la salud.

Los mismos que se encuentran prescritos en el Código Civil en el artículo Trescientos Setenta y ocho; el primero es referente al adoptante, fin de que sea solvente moralmente; asimismo que el adoptante tenga una edad, que represente la suma de la edad considerada para mayoría y la del menor por adoptar; en caso quien va a adoptar se encuentre unido legalmente por la institución del matrimonio, debe concurrir el asentimiento de su esposo o esposa; que el adoptante presente su consentimiento si es mayor de diez años; que ratifiquen su aceptación los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; que se escuche al curador o tutor del adoptado y al consejo de familia, en caso el adoptado fuera declarado incapaz; que sea aprobada por el juez; en caso de que el adoptante sea de nacionalidad extranjera y el adoptado menor, el que tiene intención de adoptar debe corroborar personalmente ante el juez su voluntad de acoger. Se excluye de esta exigencia si el menor se encuentra fuera del país por motivos de su salud.

Los tipos de adopción, descritas anteriormente, sin lugar a duda son medidas de amparo para del menor adoptado al establecerse una relación paterno- filial entre personas que no la gozan por naturaleza, en resultado se logra el acogimiento del menor en una nueva familia adoptiva. Sin embargo, no basta tener los dos tipos de adopción, cuando se le restringe al menor adoptado el derecho a conocer su origen biológico, toda vez que no existe norma alguna en el ordenamiento peruano que se lo permita, y más aún cuando en el ordenamiento jurídico peruano se acepta la adopción cerrada.

En la doctrina, existe mucho debate de las máximas teorías, la teoría que admiten el derecho del menor adoptado a estar al tanto su origen biológico siendo mayor de edad (adopción cerrada), y la teoría que admite el conocimiento de sus orígenes cuando el adoptado sea menor de edad (adopción abierta); hay diferentes señalamientos de reconocidos jurisconsultos, los que están en convenio con la segunda hipótesis, observan en la primera teoría, infinidad de restricciones, y los que se inclinan por la segunda teoría, arguyen que la teoría adoptada en el Perú sobre el derecho a la identidad biológica y el Interés Superior del Niño, necesita del reconocimiento expreso del Derecho del adoptado a saber plenamente su raíz biológica; en ese sentido, se busca determinar a partir de los pro y contras, de ambas, cual de dichas hipótesis, es la más conveniente, para ser adoptada a lo largo de nuestro país,

la teoría que se adopte, deberá estar conjugada con los cambios y evolución de las masas, las culturas y las familiares del país.

El análisis de las dos grandes teorías ya mencionadas es de muchísimo aporte dado que, a través del contraste normativo, doctrinal y práctica, de ambas se determinará cuál de ellas es más apropiada para que se tenga en cuenta como elemento normativo en el ordenamiento jurídico familiar peruano; y ayude a crear normas que permitan al adoptado conocer su origen biológico. Se debe acotar que hoy en día existe el proyecto de ley N° 4070/2014-CR, presentado al Congreso de la República con fecha 11 de diciembre del 2014, el mismo que propone la modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescente; con la finalidad de incorporar la figura de la adopción abierta, la que permite que el menor adoptado conozca todos los detalles de la adopción.

En sumo el problema que genera el hecho de que no se reconozca en el Perú la adopción abierta, la misma que permita al menor conocer de sus orígenes biológicos, servirá como sustento para afirmar que se afecta a los menores adoptados en la realización de sus derechos fundamentales, en cuanto no se le permite al adoptado conocer su origen biológico sino hasta cumplida su mayoría de edad, impidiéndole formar su verdadera identidad.

Ahora bien en América Latina hasta entrados los años ochenta se tendió a la aplicación legal, administrativa y jurisprudencial de la doctrina tutelar, sin embargo con la entrada en vigencia de la Convención a comienzos de los noventa se dio paso a un proceso de cambio que hoy en día se encuentra en pleno desarrollo, es así que se da la Convención sobre los Derechos del Niño la misma que establece derechos, cuyos titulares son los niños y adolescentes, y los obligados resultan ser los adultos y las autoridades. La convención se pronuncia respecto de la vida del niño, incluyendo todos los espacios de su vida personal, social y familiar.

Los niños son sujetos de derecho ya que tienen la titularidad de ellos, por lo que los Estados deben recoger mecanismos efectivos para ejercerlos, pues la Convención sobre los Derechos del Niño está dirigida a asegurar la vida, supervivencia y desarrollo de todo niño, niña y adolescente. Así mismo se deberá avanzar en el desarrollo de estrategias estatales y modificación de cultura de las relaciones familiares.

Respecto de la convención sobre los Derechos del Niño, se organiza a raíz de diferentes principios, tales como no discriminación, interés superior del niño, participación, participación y autonomía. Los mencionados anteriormente como menciona Dwokin (1959)

son proporciones que refieren derechos, que son de cumplimiento obligatorio de la justicia. Un sistema jurídico organizado por principios, significa la aceptación de derechos, que permiten remediar problemas jurídicos, en consecuencia, se tiene un mejor ejercicio de estos por los menores.

Así pues, en explicación de lo anterior, y delimitando el desarrollo de la investigación corresponde ahora referirse al Principio del Interés Superior del Niño, encontrándose prescrito en uno de los pactos más importantes a nivel internacional, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en su artículo 3, se indica que las entidades ya sean públicas o privadas cuyo fin apunte a la ayuda al menor, instituciones jurídicas o administrativas, deben considerar y apuntar con énfasis el cuidado del el interés superior del niño. Se puede decir en concordancia con lo que precisa Montoya Chávez (2008) que el principio antes mencionado requiere concordar la legislación interna que hoy en día se encuentra vigente con la Convención, a fin de ser utilizados en las cortes.

Complementariamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta el fin de la legislación que protege al menor del principio en mención, el mismo que se basa en la dignidad única de los miembros de la sociedad, en las particularidades convenientes para los niños, y en la mejora de su desarrollo, con el crecimiento y aprovechamiento positivo.

En sumo se afina que el interés superior del niño es señalado como un punto de referencia para reguardar el fiel cumplimiento de los derechos que asisten a los niños y adolescentes, lo que permitirá el desarrollo de sus capacidades, siendo su finalidad intervenir en el criterio de los impartidores de justicia para que sus decisiones en favor del menor sean las adecuadas. Los diversos derechos que asisten al niño y adolescente deben analizarse en conjunto, ya que se debe asegurar su eficaz desarrollo. Convirtiéndose en una norma de resolución de conflictos jurídicos y exigibles en todos aquellos Estados que acogen esta convención.

El Principio del Interés Superior del Niño debe ser tomado como referencia en la adopción cuando a menores de edad se refiere, ya que este principio permite garantizar todos los aspectos de los menores, en base a la realización efectiva e integral de los derechos del menor, no obstante este principio se está limitando, ya que para el desarrollo del menor deben de existir normas que regulen el derecho del menor adoptado a saber sobre su origen biológico, por ser beneficios y provechoso para su desarrollo emocional, ya que se trata de un principio garantista, que asegura la certeza a los derechos subjetivos.

Pues bien, en el ordenamiento jurídico peruano, así como en la gran mayoría de las legislaciones extranjera, existe una clara tendencia a privilegiar la verdad biológica, tal como lo expone el Código Civil de 1984 en relación a régimen de filiación, sustentada en el derecho de las personas de conocer sus raíces biológicas, pues se deduce que para el desarrollo integral del menor es necesario que este conozca su historia familiar. A este derecho se le reconoce en la doctrina peruana como un atributo de la equivalencia en las relaciones intrafamiliares, la misma que se centraliza en el establecimiento de paternidad.

La hasta ahora nombrada identidad tiene diferentes expresiones: identificaciones, identidad social, cultural y de carácter orgánico, que se encuentran prescritos en la Carta Magna. En palabras de Ventura Robles (2012) la identidad es un derecho complejo, que cuenta con dos aspectos, el primer aspecto es estático y el segundo dinámico, encontrándose este último unido al desarrollo de la naturaleza misma de la persona, teniendo diversos atributos que periten particularizar a cada ser humano como único.

La identidad personal se origina con la concepción por lo que su estructura se alarga en el transcurso de la vida de la persona humana, es un transcurrir continuo que engloba un conjunto de cualidades que sobrepasan una definición estrechamente biológica, así como otras características más estáticas, como por ejemplo atributos físicos, entre otros.

No obstante, el derechos del adoptado a tener conocimiento sobre sus orígenes verdaderos como expresión del derecho a la identidad, carece de regulación en los articulados peruanos, sin embargo no se puede afirmar que se trata de un derecho que no está vigente en el Perú, más aún cuando encuentra su sustento en diversos textos normativos nacionales e internacionales; en las herramientas internacionales tenemos el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles en su artículo 24 inciso 2 y 4.

También se puede nombrar a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y los artículos 7, 8, 9, concordantes con el principio de interés superior del niño. Así mismo la Convención de la Haya referente al amparo del niño y adolescente suscrita por el Perú. En lo concerniente a la legislación interna la Constitución reconoce de manera genérica el derecho a la identidad en su artículo 2 inciso 1.

En el caso del Código Civil Peruano no se reconoce el derecho del adoptado a saber su procedencia biológico, sin embargo, si se pronuncia respecto a que este puede tomar conocimiento de su adopción después de cumplida su mayoría de edad sin que esto afecte la

adopción, tal como lo se regula en el artículo 385 del Código Civil peruano. Pese a su carácter de derechos fundamental no existe norma alguna en la legislación peruano que reconozca el derecho de todo adoptado a conocer su familia de origen.

El escenario es distinto en el Derecho comparado, tal es el caso del derecho argentino en donde el padre adoptivo queda comprometido a informar al adoptado sobre sus orígenes biológicos, para lo que la mayoría de la doctrina en este país el menor debe ser informado de su verdad biológica incluso a una edad inferior a los 18 años pero, siempre con el requisito de la autorización de los padres adoptivos; así mismo en ordenamiento jurídico italiano mediante la Ley N° 149 del 2001, registra de manera taxativa el derecho del adoptado a conocer su origen. La legislación de Alemania es más permisiva por lo que no exige que exista motivo grave y justificado, ni mucho menos es necesario una autorización, ello en correlación al derecho primordial del adoptado a reconocer su situación biológica, que derivan de la prerrogativa a la identidad de tienen todos los seres vivientes.

Se puede interpretar de lo dicho por Varsi Rospigliosi (2013) que la prerrogativa legal, que le asiste a las personas de conocer sus raíces o también denominado origen biológico, es una facultad de los seres humanos, que basado en el principio que predica la verdad biológica, consiente que quienes hayan sido adoptados, puedan indagar quienes son sus progenitores. Lo que debe implicar, entre otras cosas, la mayor simplicidad posible, para que el menor pueda acceder al expediente que contiene la documentación sobre la adopción, asimismo el deber que asumen los padres adoptivos de poner de conocimiento, en la oportunidad idónea, sobre la situación del adoptado, sus orígenes, haciendo prevalecer su derecho a la identidad.

Por las consideraciones desarrolladas en los párrafos anteriores cabría preguntarse si el tipo de adopción recogido en la normativa del Perú, puntualmente en el Código de los Niños y Adolescentes ¿Afecta el Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica? ¿Qué tipo de adopción se debe acoger en el Perú? ¿Es necesario que el menor adoptado conozca sus orígenes biológicos? ¿En qué situaciones y bajo qué circunstancias el menor debe saber de su origen biológico? ¿En qué situaciones el menor no debe conocer de su origen biológico?

Teorías relacionadas al tema

Como trabajos previos de esta investigación tenemos: Proyecto de Ley N°4070-CR, presentado ante el Congreso de la Republica, por la congresista Rosa Mavila León, con fecha once de diciembre del 2014, dicho Proyecto de Ley propone modificar el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, estableciéndose la incorporación de una figura de adopción abierta, dejando de lado la adopción cerrada que es acogida en la legislación peruano, en cuanto a adopción de menores se refiere. Pues a todas luces se puede inferir que el Proyecto de Ley presentado por Mavila León, propone una protección de los derechos del menor adoptado, proponiendo que éste conozca cada punto relevante sobre la adopción. Aunado a ello, los padres adoptivos conservarán cierta comunicación con la mamá que tuvo en el vientre a menor, dándole a saber sobre su desarrollo y evolución del niño.

“El Interés Superior del Niño y del Adolescente en la Adopción Internacional de Menores en el Perú”, tesis elaborada por Jimena Beatriz Aliaga Gamarra, para ostentar el título profesional de abogado (2013), es considerada para el desarrollo de la investigación, en ella se aborda el tema del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescentes en la adopción de corte internacional en el país de Perú, tema que se relaciona con la presente investigación en el sentido que la autora en su recomendación 73 señala que el Derecho de conservación de la identidad de los menores, implica que toda niña, niño y/o adolescente dado en adopción, tenga derecho a conocer su condición de tal, asimismo pueda acceder a la información de sus procreadores y en caso lo deseen conocer su información inicial; en el Perú, las personas que han sido adoptadas, pueden requerir la información correspondiente a su origen, una vez hayan cumplido dieciocho años de edad; no obstante, los archivos que se tienen, no son de calidad, pues se encuentra en las entidades públicas encargadas, por ende no es la más adecuada, a veces incluso no obran archivos, por ejemplo cuándo los infantes fueron abandonados. Situaciones que vulneran el interés superior de los niños y adolescentes, en tanto no se le proporciona la información relevante y determinante que es parte de su identidad.

Así mismo hace referencia que el Estado tiene como deber, incoar políticas que tenga por finalidad primar el interés superior de los niños, por encima de otros intereses. Cada una de las reformas debe ser llevada a cabo a nivel legal, e implementada otorgándose los caudales precisos para alcanzar el fin buscado. El interés superior del niño y adolescente se aplicará en todo el proceso y en todas las técnicas de protección aplicadas a los niños y adolescentes

que no tengan cuidador parental. Por lo que el estudio del procedimiento de amparo pueril en general es menester pues tiene implicación directa en las consecuencias que se obtengan por la adopción internacional.

La investigación sobre los Derechos de los individuos tomadas en cuenta Mediante Instrumentos de Reproducción Asistida a Conocer su Identidad Biológica, desde una Perspectiva Biojurídica, realizada por Arturo Ronald Cárdenas Krenz (Lima, 2014), es una tesis para optar el grado de magister, desarrollando como tema especial el derecho de cada persona de conocer su identidad biológica, toda persona puede saber la verdad de todo lo que le importe, o tenga que ver con sí mismo, si bien es cierto la presente investigación no profundiza en el tema de la adopción, esta se estaría refiriendo al derecho de las personas a tener conocimiento de sus orígenes biológicos.

En el ámbito internacional se cuenta con la investigación realizada por Mónica Alejandra Aguilar Matus (Valdivia, 2006), con la finalidad de que se le otorgue el grado de Licenciada en ciencias jurídicas y sociales cuyo título es “El Derecho a la Identidad en la Filiación Adoptiva”, el documento aborda tres puntos importantes: el análisis del llamado "derecho a la identidad" como uno de los tantos derechos humanos fundamentales de todo ser humano, de saber sobre sus orígenes biológicos, un estudio de la forma en que este derecho fue estipulado en el ordenamiento jurídico chileno sobre filiación adoptiva y finalmente, la exposición crítica de las divergencias que acarrea el reconocimiento del derecho a la identidad, ello teniendo en cuenta el vínculo que se forma entre los padres adoptivos y los menores adoptados.

En cuanto al Principio del Interés Superior del Niño, Cillero Bruñol (1999:135) postula que en las legislaciones antes de la Convención, y desgraciadamente en algunas otras que aun habiéndose emitido después de la Convención, han hecho caso omiso a algunos aspectos del enfoque de los derechos, siendo que las autoridades administrativas, tenían a cargo la interpretación del contenido del interés superior de niño, ello en el marco de la protección y control de las políticas, el ámbito judicial y los programas sociales sobre la infancia. A partir del momento en que entra en vigencia el contenido de la Convención, el interés superior del niño se convierte en un principio jurídico de corte garantista y ha dejado de ser un fin social, que el daba a las autoridades un tinte progresista o benevolente.

En la legislación internacional y nacional el Principio de Interés Superior del Niño aparece estipulado, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, fundándose en el respeto de la dignidad humana y en las peculiaridades mismas de los menores, así como el imperativo de propiciar el progreso de éstos, con aprovechamiento pleno en sus cualidades, así como en la naturaleza y partes de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto de ello, el principio número dos de la Declaración de los Derechos del Niño del año Mil Novecientos Cincuenta y Nueve, establece que los niños gozarán de amparo y tendrá oportunidades y servicios, otorgando ello por parte de la ley y todos los medios, a fin que se desarrolle en el ámbito físico, moral, mental, espiritual y socialmente, en forma saludable y normal, en condición de libertad y dignidad. Ello, al difundir normas con ese fin, la deferencia primordial que se tendrá en cuenta será el interés superior del niño.

Que, el principio antes mencionado se repite y desenvuelve en el artículo tres de la Convención sobre los Derechos del niño, que señala que será primordial el interés superior del niño en las medidas sobre los menores, que consideren las entidades ya sean públicas o privadas, que versen sobre bienestar social, las autoridades administrativas, tribunales u órganos legislativos, el citado artículo tres, inciso uno de la Convención sobre los Derechos del Niño menciona que las instituciones públicas y privadas, así como las autoridades administrativas y parlamentarias, están obligadas cerciorarse, sobre el desenlace, de las medidas que adopten sobre la vida de los niños, niñas y adolescente, ello con la finalidad de que el interés superior del niño sea una prioridad.

Se advierte que las elucidaciones de lo que compone el “interés superior del niño” no deben, bajo ninguna circunstancia, alterar o sustituir los derechos garantizados, por la Convención, asimismo el concepto referido, adquiere significación especial, en tanto otras regulaciones de la Convención no se puedan aplicar.

El Comité sobre los Derechos de los Menores, señala que el Principio del interés superior del niño, debe ser incorporado en las políticas nacionales y los programas del Estado, que tengan vinculación con los infantes, además de las actividades legislativas y administrativas, a nivel local, regional y nacional, y en especial los que tengan relación con las concesiones de los resultados en la práctica, la normativa y las políticas, pasan a ser un deber.

En relación a lo antes expuesto, según Varci Rospigliosi, la concepción del Interés Superior del Niño no debe replantearse únicamente desde una perspectiva reglamentaria, sino que

sería por obligación un miramiento fundamental en todas las técnicas que se adopten en los grupos de niños, o entre los intereses de los adultos y niños.

De forma complementaria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002) ha señalado notoriamente el carácter ordenador de la norma, en función de los derechos del niño de este principio; concluyendo que el interés superior del niño es mencionado como referencia para aseverar que efectivamente se realicen todos los derechos regulados en esa herramienta, su cumplimiento va a permitir al sujeto, su desenvolvimiento, en sentido amplio, de su potencial.

A decir de Montoya Chávez (2008:62) el Principio del Interés Superior del Niño requiere concertar totalmente la regulación sobre la adopción vigente con lo dispuesto por la Convención, ello con la finalidad de ser apropiadamente agregado en la legislación interna, de forma que se pueda invocar ante los juzgados. Su aplicación, llegará a variar trascendentalmente varios aspectos que se suscitan en el ocurrir legal, teniendo en deferencia el señalado principio superior; así como, consentirá la exégesis de las leyes del derecho positivo interno, concediéndoles en diversas oportunidades un nuevo y reanimado matiz y, en otras, considerándolas no aplicables.

Según Parker (1999:138) el Interés Superior del Niño va a servir como pauta para valorar el código o las prácticas que ya no se estén gobernadas por el imperio de la ley, esto es, propiciará atestar ciertas lagunas o vacíos legales, no sólo para la difusión de nuevas leyes, sino además para la toma de decisiones, en aquella casuística dónde no haya regulación expresa.

El Interés Superior del Niño también se encuentra consagrado en Tratados Internacionales, como por ejemplo en el artículo tercero de la Convención que regula los Derechos del Niño, la misma que nos invita a desprendernos de lo que muchas veces se considera como un mero interés particular, porque además de ello es considerado un principio jurídico-social, que se aplica preponderantemente en la elucidación y práctica social de todos los derechos fundamentales que le corresponde a los niños y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niños, en su artículo cuarto acopia este principio, señalando básicamente que los Estados Partes acogerán todas las medidas de índole legislativo, administrativo u otra índole, que dé certeza a los derechos que han sido objeto de reconocimiento en la Convención, a lo que se le denomina principio de efectividad.

En cuanto a los derechos culturales, sociales y económicos, los Estados Partes deben adoptar dichas medidas, teniendo en cuenta el límite más alto, conforme a los recursos de los que dispongan y, cuando sea pertinente, en el marco de la colaboración universal.

A decir de Cilleros Bruñol, la efectividad trae junto con ella la admisión de instrumentos o disposiciones, de alcance legislativo y administrativo, así como también de todas aquellas medidas que siendo de diversa idiosincrasia finalmente lleven a la efectividad, que implica el goce y disfrute real de los derechos fundamentales de los niños y niñas, respeto de los mencionados derechos y al desarrollo de garantías administrativas, socioeconómicas, institucionales y legales.

Sobre los instrumentos de efectividad que exige la Convención a los Estados Partes, se basa el análisis crítico, las representaciones genéricas, proposiciones metodológicas y programáticas del Comité de Derechos del Niño, conforme a los artículos cuarenta y tres, cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco de la Convención sobre los derechos del Niño. Es menester alegar para este principio lo manifestado en el anterior principio del interés Superior del Niño, es decir conjugarlo con el principio garantista.

Asimismo, los denominados Derechos humanos fundamentales de los menores deben ser atendidos con particularidad. Es decir, en salvaguarda de sus derechos se debe optar no solo por la creación de políticas públicas a su favor, si no que se debe también prestar bastante atención en la designación de los recursos públicos para este sector de la población, de tal forma que ante cualesquiera situación o trasgresión de los derechos del niño(a) se pueda brindar la solución adecuada.

Este fragmento del artículo cuarto de la Convención que regula la preferencia dominante es de exclusiva utilidad para evolucionar la gestión de las instituciones de gobierno en cuanto a la organización genérica de la sociedad, en tanto altera lo ordenado jerárquicamente o de distinción de las cuestiones del Gobierno y del Estado, al poner en primer puesto las medidas alusivas al acatamiento de los derechos culturales, sociales y económicos, sin que sea excusa motivación alguna de índole circunstancial, presupuestario o emergente, que de forma tradicional se han manejado para eludir compromisos en la observancia de los derechos humanos.

Para poder tratar a la Identidad, reconocida como Derecho, debemos primero abordar el tema de lo que significa la identidad, por lo que Fernández Sessarego (1992:113) la define como

el grupo de caracteres y rasgos que consienten especificar al individuo en el grupo social. Identidad personal es todo aquello que hace que cada uno, sea quien es y no alguien más. Este conjunto de características de la personalidad de cada individuo se orienta hacia el exterior, se determina, y consiente a los otros, la posibilidad de conocer a las demás personas, a cierta persona, en su misma identidad, en cuanto a la parte específica del ser humano.

Espinoza Espinoza (2004:253-254) manifiesta que la identidad es una condición legal en la que se protege al sujeto de derecho, a la que la define como identidad estática, quedando reflejada en el nombre, las generales de Ley, domicilio, así mismo habla de la identidad dinámica, y ello implica la parte ideológica de una persona.

La Corte Internacional de Derechos Humanos analizó la Identidad considerada como Derecho conceptualizándola como la conjunción de caracteres y atributos que dejan que se pueda individualizar a una persona en el ámbito social y, en ese sentido, sumando muchos derechos según el sujeto pasivo de derechos, del que pueda tratarse y las particularidades del caso.

Por su parte García Toma (2001:34) refiere que el derecho a la denominada identidad biológica implica la tutela de la apariencia personal, de una manera eficiente, con las características individuales que son invariables en el tiempo, para que puedan conocerla como es realmente.

La Convención sobre los Derechos del niño manifiesta que la identidad está integrada por varios componentes: el nombre, la nacionalidad, la inscripción del nacimiento, las relaciones familiares y el derecho a saber quiénes son sus padres y por ende estar a su cuidado.

Según lo dicho por Fernández Sesarego, en su publicación del año 2001, la Carta Magna del Perú prescribe en su artículo 2 inciso primero el derecho a la identidad de toda persona, lo que supone reconocer a cada individuo, como un ser único y no intercambiable.

Así mismo el Decreto Legislativo que contiene la normativa Civil trabaja un Título especial referido al nombre, instituyendo en su apartado diecinueve que las personas tienen, no sólo el derecho, sino también el deber de tener un nombre. El nombre, incluye el nombre de pila y los apellidos. Posterior a ello hace alusión a la asignación de los apellidos; es así, que el artículo veinte prescribe que al hijo concebido dentro del matrimonio le corresponde tener el apellido paterno que va primero, así como el apellido materno que va en el mismo orden, por su lado el artículo 21 señala respecto del hijo concebido fuera del matrimonio le

corresponden la asignación de los apellidos de su progenitor que previamente lo haya registrado como suyo. Si es reconocido por ambos padres lleva el apellido primigenio tanto del padre, como de la madre, rigiendo la equivalente norma en cuestión de filiación extramatrimonial mediante declaración jurada.

El articulado 22 del Código Civil, se refiere trata sobre los apellidos que tendrán que llevar los adoptados, pues les corresponde los apellidos del adoptante (es), mientras que, en el caso de los menores, de quienes sus padres no son conocidos, según el artículo veintitrés debe ser inscrito con el nombre que le dé el registrador civil.

Así mismo el artículo 25 establece que el elemento de convicción en cuanto al nombre resulta de la inscripción relativa en los registros de civiles; sin duda alguna este artículo señala lo importante que resulta el acta de nacimiento de las personas lo que prueba el nombre.

Por su parte el Código de los Niños y Adolescentes igualmente reconoce el derecho de cada una de las personas a su identidad, así determina en su artículo 6 que los menores, tienen derecho a la identidad, parte de éste derecho es tener un nombre de pila y apellido, el recibir una nacionalidad y, en cuanto fuera posible conocer a sus progenitores y tener su apellido. Tiene además derecho al perfeccionamiento completo de su personalidad. El estado tiene como deber resguardar la identidad e inscripción de los niños(as) y adolescentes, castigando a los que resultaren responsables de su variación, substitución o falta ilícita, conforme con el Código Penal. Si se produjera dicha privación, alteración o substitución, el Estado reintegrará la auténtica identidad a través de los dispositivos ideales.

Para el caso de la normativa Internacional es preciso hacer referencia a lo que señala Ruiz Botto (2005:21), la normativa internacional es considerando obligatorio para la elucidación de los derechos humanos fundamentales, en el caso peruano, la identidad reconocida como derecho. Tanto los acuerdos, como los convenios internacionales generan al Estado Peruano responsabilidad y deberes exigibles por la sociedad, máxime, si son revalidados.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificado por el país peruano, proscribire en su articulado número seis que los seres humanos tienen derecho, en todas partes, a que se reconozca su personería jurídica; asimismo establece en su artículo 15 que todos los individuos tienen la facultad de ejercer su ciudadanía y ningún otro sería privado injustamente de su derecho.

La Declaración de los Derechos del Niño, establece en su principio tercero que los niños(as) y adolescentes, cuentan con la prerrogativa desde su nacimiento a una nacionalidad y a que se le otorgue un nombre. Por lo que Ruiz Botto (2005:22) señala que la Convención de los Derechos del

Niño al parecer sería un instrumento legal que acentúa mayores aspectos del derecho a la identidad al mencionarse el imperativo de que se inscriba el alumbramiento y posterior nacimiento, el derecho a el nombre, a una ciudadanía; además, incide en la responsabilidad de los gobiernos de resguardar la identidad del niño. Asimismo, el artículo siete destaca que los menores serán inscritos justo despues de haber nacido y tendrá derecho a un nombre, y en si fuera posible, a conocer a sus progenitores, quienes deberán darle cuidados. Los Estados que son parte vigilarán la implementación de estos derechos, conforme con su regulación nacional y los deberes que posean en virtud de los mecanismos internacionales correspondientes en esa faceta, sobretodo en caso que los menores resulten de otro modo apátrida.

El artículo 8 del Instrumento Juridico internacional antes mencionado complementa y protege al menor al establecer que Los países que sean parte, se obligan al respeto del derecho de los niños(as), así como a conservar su identidad, incluso la nacionalidad, los nombres y las relaciones intrafamiliares, conforme a la ley, sin intrusiones ilegales. Además cuando algún niño sea ilegítimamente privado de algun elemento de su identidad, o de todos los que la comprendan, los Estados parte tendrán que prestar auxilio y resguardo apropiado con el objeto de restablecer inmediatamente su identidad.

La prerrogativa de saber el origen biológico propio, en la circunsntancia de las personas adoptadas hoy en día viene siendo aceptada a nivel doctrinal como también jurisprudencial, así mismo ha sido reconocida en algunas legislaciones latinoamericanas.

Varsi Rospigliosi (2013:551) basa el derecho a tener conocimiento de las raíces biológicas, en la verdad biológica conocido como principio, otorgándole a la persona a no ignorar sus orígenes biológicos, lo cual implica que el adoptado acceda al expediente de adopción, y la responsabilidad de los padres adoptivos de informar de esta.

Moran de Vicenzi (2005:161-169) refiere que la prerrogativa de no dejar de saber sobre las raíces biológicas es considerada por los doctrinarios de nuestro país como uno de las propiedades de la identidad de todas las personas.

Fernando Sessarego (1992:113) para hablar sobre el derecho de la identidad biológica menciona todo individuo tiene la prerrogativa de su identidad, lo cual nace en la jurisprudencia romana a mediados de los años setenta, dónde se define a la identidad personal, como todo lo que concibe que cada individuo se él o ella misma sea y no otro individuo. Intrínsecamente en el señalado concepto, podría tenerse en cuenta, además, la prerrogativa de tener conocimiento sobre la identidad biológica, así como la determinación del vínculo paterno-filial que, si bien están vinculados, se trata de dos instituciones distintas.

Para Díaz Alderete (2013:109) los derechos a conocer los orígenes y la realidad forman parte del derecho a la identidad, arguyendo que las dos prerrogativas son suficientes elementos, que contribuyen a fin que los menores puedan realizar su propia historia.

Es preciso, a fin de poder realizar un correcto estudio del derecho a la identidad biológica, a nivel internacional, precisar lo relativo a su ordenación en distintos países del mundo, con la finalidad de tener conocimiento de todas las posturas, y sus limitaciones.

La Ley N° 24.779 que modifico el Código Civil Argentino prescribe en su Artículo Trecientos Veintiuno que en el proceso sobre adopción deberán tenerse en cuenta las diversas reglas, entre ellas, el hecho de que conste necesariamente en la sentencia que el adoptante se compromete a poner de conocimiento al adoptado sobre su realidad biológica. En concordancia con el articulado Trescientos Veintiocho del Código Civil, el mismo que señala que los individuos adoptados tendrán derecho a saber sobre cuál es su situación biológica y logrará acceder al expedientillo de adopción, desde su mayoría de edad, es decir a los dieciocho años, según la normativa peruana.

De lo proyectado en el artículo al que se ha hecho referencia se puede inferir que el derecho Argentino, en cuanto a la realidad biológica, mantiene una semejanza con la normativa peruana en cuanto permite que el sujeto adoptado puede tomar conocimiento de su adopción una vez cumplido los dieciocho años, sin embargo la diferente que se encuentra es que, en la legislación Argentina el padre adoptivo queda comprometido a informar sobre la adopción al adoptado. Gran parte de la doctrina de este país argumenta que podría autorizarse el acceso al expediente incluso a una edad inferior, pero siempre con requisitos de la autorización de los padres adoptivos, y en los casos de menores de edad, de juez de menores.

Asimismo es necesario señalar que en la legislación uruguaya en su Ley 18.590 (2009), se modifica diferentes artículos del Código de la Niñez y de la Adolescencia - Ley N° 17.823,

entre ellos el de la institución de la Adopción, siendo publicado el 14 de Octubre de 2009, en donde la pauta general es la adopción plena y la singularidad es la adopción abierta, teniendo así que el *Artículo 14, que regula las Visitas con la familia de origen, refiere que en las adopciones, en las que los padres que adoptan, se comprometen a preservar el lazo tanto personal, como el referido a los afectos, entre el menor que ha sido adoptado con uno o más miembros de la familia de originaria, deberá convenir las visitas. En tanto no exista convención previa, al resolver, el Tribunal fijará un régimen de visitas, el mismo que se sistematizará según las necesidades del adoptado, adecuándose a los supuestos de hecho, que originaron a la petición sobre las visitas.*

Conforme lo ha señalado Chunga, en el año 2012, página 223 de su publicación, la palabra “adopción” descende del latín *ad* y *optare* que significa “*a desiar*” (...) la adopción es una institución jurídica que es tan vetusta como la presencia humana misma. En la antigua Babilonia, en el Código de Hanmurabi, entre los años 2283 a 2241 a.C. se regía la adopción. Las leyes de Manú (Nº 11 del Libro Tercero del Manava- Damna –Sastra) se le consideró. La conocieron hasta los hebreos, en tanto Manasés y Efraín, quienes fueron hijos de José fueron adoptados por Jacob. En Egipto, Moises fue adoptado por la hija de Faraón, de nombre: Termula.

Peralta Andía (2002:375) sostiene que la adopción viene desde muchos años atrás, y que era posible únicamente para aquellas familias que no podían tener descendencia, por lo que acogían dentro de su familia a personas que no eran de su misma línea biológica, y con ello aseguraban la subsistencia de la familia, y costumbres de sus estirpes.

En la misma línea de ideas Peralta Andía (2002:375-376) refiere que la adopción en el Derecho romano tuvo amplia propagación con el modelo de los emperadores que apelaron a ella para asegurar a los herederos de su plena confianza, pues, se considera importante para seguir con el culto casero, el hecho de que quede por la eternidad el nombre, en los casos en que no se llegó a tener descendencia, evitando así la ignominia y la desventura por esta causa, asimismo para beneficiarse en función de la cantidad de hijos, legitimando a los ilegítimos etc.

Respecto a la adopción en el Derecho Romano Chunga Lamonga (2012:223) precisan que la adopción se origina por razones religiosas, debido a que entre una de su costumbre era

rendir culto a sus antepasados, y este necesariamente lo debía realizar un varón, también se origina por cuestiones políticas.

En este punto Peralta Andía (2002:377) agrega que la adopción en el Derecho contemporáneo, después de la Guerra Mundial, haciendo referencia a la Primera y Segunda, y la revolución que se engendró en las naciones del viejo continente, la presentación de una niñez desamparada, al haberse destruido los hogares de miles de millones de infantes, se buscó un atenuante a través de esta instauración que se vuelve, entonces, un mecanismo de amparo para los infantes desprovistos de un seno familiar. Se establece, de esa forma una especie de protección para los menores que se quedaron sin padres durante la guerra, hijos de la nación, definiéndose como una institución de auxilio material y moral. Actualmente se aceptan en la mayoría de legislaciones a nivel mundial, pero con diferencia en cuanto a su aplicación y formas. Las más típicas son: la legitimación adoptiva, la adopción simple, la afiliación y la adopción plena.

Entre los antecedentes legislativos tenemos el Código Civil de 1852, el mismo que fue proclamado el 28 de julio de 1852, después de haber pasado treinta y un años de la independencia del Perú. Es así que el jurista Chunga (2012:225-226) apuntan que en el Título V del Libro I, Artículo 269 la llamada adopción o prohijamiento es el hecho de acoger a un hijo que no lo es, para ello quien socorre al adoptante debe ser mayor de 50 años, esté imposible de procrear, no tenga a quien heredar, que el cónyuge otorgue su consentimiento, y el consentimiento de los padres del adoptante, así mismo indica que el adoptado mantiene su apellido biológico y solo se agrega a este el apellido del adoptante.

“Con relación a los efectos, la adopción creaba el vínculo de parentesco entre las partes, pasando el apellido del adoptante al adoptado, añadido el del padre natural. Si era menor el adoptado, el adoptante adquiría el derecho a la patria potestad. Si el adoptante moría el adoptado volvía a poder de sus padres naturales” (Mejía Salas 2005:60-61).

Otro de los antecedentes es el Código Civil de 1936, por lo que Mallqui Reynoso y Momethiano Zunata (2001:51) indican que el mencionado Código Civil regula la adopción en su artículo 326 al 347, manteniendo el mismo articulado del Código de 1852, donde se norma la adopción plena y la menos plena, por lo que esta última, otorgaba al adoptado la calidad de hijo ilegítimo.

Mallqui Reynoso y Momethiano Zunata (2001:51) señala así mismo que “a pesar de distinguir el Código Civil de 1936 entre dos formas de adopción, por razones de técnica jurídica de lo que adolecía dicho Código no permitía determinar de manera precisa el límite entre adopción plena y menos plena. Lo que si quedaba claro que en la ultima los efectos de la adopción se restringían al deber de dar de comer a los menores, educarlos y brindarles una profesión u oficio, puesto que se mantenían los derechos y deberes correspondientes a su familia consanguínea, no obstante, estas bajo la patria potestad de los adoptantes. Y como si esto fuera poco se contaba entre las exigencias para poder adoptar que el adoptante debía de ser mayor de 50 años, así lo disponía el artículo 326, inc.1 y 2”.

En esta línea de ideas el jurista Chunga (2012:226) agregan que el Código Civil de 1936, reconocía dos formas de adopciones, siendo estas la plena y la menos plena, en el número uno, se permitía la adopción de menores y mayores, creando un vínculo de parentesco, y permitía la revocación del acto de adopción, la segunda – menos plena, únicamente se aplicaba en menores de 15 años, y esta se existiría cuando el adoptado llegaba a cumplir la edad, en la que se le considera su mayoría.

El Código Civil de 1984, también forma parte de los antecedentes de esta investigación, así tenemos que Albaladejo (2001:45) indica que la adopción se trata de un acto solemne, donde se crea un parentesco jurídico que le otorga al adoptado los mismos derechos de un hijo de sangre. En la misma línea de ideas se suman los hermanos Chunga (2012:228-229) agregando que el adoptado ya no pertenecería a la familia de lazos sanguíneos, adquiriendo la calidad de hijo del adoptante, encontrándose prescrito en la Normativa Civil Peruana, a través de nueve artículos (del 377 al 385).

Peralta Andía (2002:387) agrega que el Código Civil Peruano, prescribe ciertos requisitos para la adopción, siendo así que quien tiene la intención de adoptar, debe tener buena conducta, con la única finalidad de ofrecer al prohijado no solo amparo y atenciones, sino también una vida moral aceptable, la cual será investigada por quien tenga dicha competencia.

Cornejo Chávez (1999:416-417) sobre la adopción refiere que esta se realizará solo cuando el cónyuge de quien adopte la acepte, justificándose en el hecho que al realizarse se crean derechos, y posibilidades hereditarias, dejando de lado que la adopción solo se trate de introducir a la persona en un nuevo hogar. En esta misma línea de ideas Arias Schreiber

Pezet (2001:50) por su parte manifiesta que el asentimiento del cónyuge, se explica en cuanto no se le puede obligar a esta la aceptación de una adopción

Así mismo tenemos que en opinión de Peralta Andía (2002:89) la adopción requiere el asentimiento del que ha sido dado en adopción, encaso este supere los diez años, ya que será quien elija la persona por quien será adoptado, indica también que en algunos países se exige que los adoptantes hayan cuidado del menor al menos por dos años,

La adopción, requiere también el aceptación de los progenitores del adoptado, si éste aún estuviera bajo la figura de la patria potestad o curatela, para lo que Cornejo Chávez (1999:417-418) sostiene que esta exigencia, se ampara, si el adoptante es menor de diez años, por tal motivo no se le escucha absolutamente nada, por lo que alguna persona debe ser escuchado por él y quien mejor que los mismos progenitores para efectuar esa función, que es en sumo delicada, y dado que si fuera de edad superior a diez años, su perspectiva, sobre todo si fuere sentimental o emotivo, o voluble, no es suficiente; además porque, finalmente, también son los padres, por ellos mismos, de continua e intensamente afectados por el hecho de la adopción.

Peralta Andía (2002:52) indica que la norma peruana exige un sexto requisito para la adopción señalando que “la norma se coloca en la hipótesis de la adopción de un menor, o de un incapaz sujeto a curatela, en cuyo caso exige la intervención de quienes se encarguen de su cuidado, y del consejo de familia. En todos estos casos se pretende que los intereses del incapaz sean atendidos por quienes son llamados legalmente para ello. A diferencia de los tres incisos inferiores, se observa que la ley únicamente exige que se oiga a quien ejerce la tutoría, curaduría o consejo de familia, de manera que su asentimiento no es preceptivo, y el juez será libre de decidir aún en contra de su opinión”.

Según Peralta Andía (2002:390-391) el sétimo requisito que tomó en cuenta la legislación peruana es la aprobación judicial, solo y en caso la adopción necesitara la aprobación de un juez, por lo que este tenía la potestad de aprobar o no mediante resolución, aunque esta haya cumplido con todos los requisitos.

El último requisito que regulado por el artículo treientos setenta y ocho de la Normativa que regula la materia Civil es la comparecencia personal del adoptante extranjero ante el juez si se trata de la adopción de un menor de edad, los adoptantes extranjeros deben de confirmar de forma personal ante el juzgado, en la figura del juez, su ánimo de adoptar, ello

en caso el adoptado sea un menor de edad. Debe saberse que, en esa ocasión, el juez tiene la facultad o deber de formar su criterio propio, respecto de si la adopción es conveniente o no; no obstante, al no decirlo taxativamente el inciso número ocho del artículo trescientos setenta y ocho, se exige obviamente el peligro de que esa revalidación se comprima a una tarea meramente ceremonial y que el juez no se conciba en el caso de reprochar la adopción una vez realizadas las exigencias formales de la validación. Por otro lado, el mismo inciso exceptúa del requisito en mención, si el menor se encontrara fuera del lugar por motivo de enfermedad (Cornejo Chávez, 1999:419-420).

De la naturaleza jurídica de la adopción Arias- Schreiber Pezet (2001:46) indica que Musios Scaevola Jossierand, la conceptúa como un contrato, mientras que para Casso Cervera, se trataría de una ficción legal. Sin embargo, autores como Chunga Lamonga (2012:224) para definir la naturaleza jurídica señala que esta ha variado en el tiempo, por lo que se señala cuatro teorías: a) la contractual, b) La teoría del acto condicional, c) La Teoría de institución, d) La teoría de la relación jurídica”.

Para lo que Vallina citado por Hinostroza Mínguez indica que la Teoría contractual (2012:639), el adoptar es considerado una contrata mejorada por la prestación de la anuencia de quienes son parte, se argumenta la mediación jurisdiccional por los resultados que provienen de la misma con derivaciones en el estado civil de los individuos. Aquello que crea una relación es justamente la manifestación de la voluntad, encaminadas a un resultado jurídico.

Por su parte Capitant y Planiol y Ripert, Colin, citados por Chunga (2012:224) apuntan que “la adopción es un contrato solemne” concertado entre los padres adoptivos y el adoptado. Primando en dicha concertación, el espíritu romano civilista, sobre convenio de ánimos, de la anuencia, y la noción que sometió la organización familiar, de los denominados “derechos poderes”, el beneficio de los padres de familia, excluyendo del interés del hijo de familia, del menor.

De lo señalado precedentemente, se entiende que los derechos de los padres, estaba por encima de los de los hijos, siendo que el acuerdo de voluntades estaba sometido a los poderes de derecho, ello en base a la forma de estructura familiar que se tenga.

Mucius Scaevola nombrado por Peralta Andía (2002:380) puntualiza que la adopción es un contrato inapelable, en la que una persona en uso de su capacidad jurídica, toma bajo su

cuidado a otra con la que no tiene ningún vínculo de sangre, manteniendo todos sus derechos y adquiriendo nuevos derechos.

Conforme lo señala Varsi Rospigliosi (2013:67) la teoría contractual supone la concertación de voluntades entre la persona que va a adoptar y quien será adoptado, con la finalidad de que florezca entre dichos actores una relación jurídica paterno y/o materno filial adoptiva. Es privada y confirma que la adopción es eficaz y perfecta, entre quienes son parte con el solo consentimiento, considerándose al consentimiento judicial una mera espiritualidad para la validez respecto de otros e inclusive, como un mero control contingente forzoso para santificar los lazos que germinan del acto. Cierta sector de dicha doctrina cree que el acto de adopción es un mero acto de contratación sujeto a condiciones considerando que su eficacia se suspenda sino hasta que se homologue por el tribunal declarando así fundada la demanda respecto de la solicitud de adopción.

No faltan imputadores a esta teoría como Hinostroza Minguez (2012:639) el mismo que advierte “la denominación de contrato debe reservarse para el campo jurídico económico-obligacional; que lo referente al estado de las personas no puede ser objeto de contrato, el cual, por otra parte, no se compagina con esa situación jurídica permanente que nace de la adopción. La participación de la jerarquía jurídica tiene una función constitutiva y el consentimiento de las partes es simplemente presupuesto o elemento, de igual forma que los otros requisitos indispensables requeridos por la ley”.

Respecto de lo cual Arias-Schreiber Pezet (2001:46) aporta que la adopción, si bien tiene como punto de partida siempre el ánimo de quien adopte (y el asentimiento del adoptado, si tiene más de diez años, según el artículo 378° del Código Civil Peruano), no por ello constituye una figura contractual. Tal como ocurre con el matrimonio, por citar un ejemplo, estamos frente a una institución jurídica que va mucho más allá del mero acuerdo de voluntades”.

Se suma a la crítica de esta teoría Varsi Rospigliosi (2013:500) para afirmar que la figura contractual tiene netamente un contenido patrimonial, por lo que no se puede inferir que la adopción sea considerada como tal, más aún cuando esta tiene un contenido patrimonial y extrapatrimonial, y el efecto está establecido por la ley, mas no por la independencia de la voluntad que origina el acto jurídico de adopción.

Respecto de la Teoría de la Institución Sanjurjo (2008:271) advierte que la figura de la adopción es un ente enmarcado en el derecho de familia, de ordenamiento público, y se efectúa por acto jurídico de idiosincrasia propia y sus formas y lineamientos, están previamente determinados por imperio de la ley, por lo que las partes pueden ejercer su ánimo, exclusivamente el tanto a validez o no lo establecido por el orden público.

Por su parte Hinojosa Minguéz (2012:639) aduce que la adopción no puede ser un contrato, si no que se trata de un acto institución de manifestación en el Derecho Privado, entendiéndose que se necesita de un contenido que se adapte a una finalidad jurídica y social.

Apoyando a esta teoría se presenta Peralta Andía (2002:80) el mismo que llega a calificar a la adopción como una correspondencia jurídica de ámbito familiar o como una real relación de filiación que no se puede poner en balanza de ninguna forma.

Agregan los doctrinarios Chunga (2012:224.225) que, según algunos relatores del Derecho Privado, para otros corresponde al Derecho de Familia, y para ciertos autores al Derecho de Menores. Los primeros refieren que es la institución se fundamenta en la voluntad de adoptar que exterioriza el adoptante, recaía en la sentencia del judicial, por lo que se establece entre dos o más seres una relación análoga a la que llega a surgir de la filiación matrimonial, análoga, pero no posee características iguales. Los segundos argumentan que el vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia y tiene apogeo en el derecho público; y los terceros pregonan que la adopción es un ente del Derecho de Menores que tiene como fin salvaguardar los derechos de los menores. Por lo que adoptar, se llega a entender como una institución jurídica enfática y de orden público, que crea entre los individuos relaciones paterno filiales.

Ferri, Renard y Hauriou, (2013:501) establecen que adoptar es un ente jurídico, pues constituye un plexo de leyes que tienden a regular la filiación adoptiva. Una institución cuyo fundamento es el de tutelar.

Sobre lo que se ha inferido de la Teoría Institucionalista Peralta Andía (2002:381-382) agrega que el Código Civil del año mil novecientos treinta y seis y mil novecientos ochenta y cuatro acogen la escuela institucionalista, siendo la divergencia que tiene esta entidad, el hecatombe absoluto de las relaciones parentales del adoptado con su familia de sangre, los artículos 333 y 335 del Código derogado establecían que el parentesco que va a porvenir de la adopción se circunscribe al adoptante, al adoptado y a los herederos legítimos de éste, de

tal modo que el adoptado puede conservar los derechos y obligaciones que le asisten en su familia originaria, pero está bajo la patria potestad del adoptante.

En cuanto a la Teoría del acto condición Armando Oddo y Tristán Narvaja (2012:224) indican que adoptar es un acto jurídico que se somete a particularidades, por medio de las que los que quieren hacerlo, hacen que se ponga en movimiento en su satisfacción la institución de la adopción.

La adopción ha sido estudiada por diversos autores, siendo una de sus clasificaciones según su vía procedimental, por lo que Mejía Salas (2005:81) precisa que en la legislación peruana se regula tres tipos de adopción, dependiendo su origen, edad cronológica y de la condición legal del adoptado: a) la adopción de menor de edad judicialmente declarada en abandono, la que se después de efectuado el reconocimiento de que el menor se encuentra en estado de abandono, y es pronunciada por PROMUDEH, en el ámbito netamente administrativo; b) la adopción de menores, que no requiere que se haya declarado en situación de abandono al menor, tramitada ante el juez de familia a través un procedimiento no contencioso; c) adopción de personas que han cumplido la mayoría de edad, tramitada en vía judicial o notarial, siendo competencia del juez civil.

En esta ocasión desarrollaremos los dos primeros tipos de adopción descritos en el párrafo anterior, como son la adopción por excepción de niños y adolescentes así como la adopción administrativa de niños y adolescentes que se hayan declarado abandonados, siendo que Chunga Lamónja (2012:231) refiere que la adopción administrativa de menores se da en 1988, como un procedimiento administrativo, que estaba a cargo del MIMDES, y que mediante Ley N° 26981, con el fin de lograr una mayor eficacia, la adopción se convierte en un procedimiento administrativo judicial.

Respecto de la adopción administrativa Peralta Andía (2002:399) manifiesta que el área de Adopciones, correspondiente a la Gerencia de promociones de la Infancia y Pubescencia del PROMODEH, es el ente del Estado, que se encarga de dar trámite a todos los pedidos de adopción de infantes o adolescentes, que por su condición misma fueron previamente declarados en situación de abandono, ello con las singularidades sobresalientes, indicadas en el artículo número 128 de la Codificación de los Niños y Adolescentes (...) la Oficina encargada de Adopciones tiene una base de datos, en el que se registra todos los actos de adopción efectuadas en todo el territorio peruano, en dicho registro se debe dejar constancia

expresa, de las generales de los adoptantes: nombres completos, lugar de procedencia, ubicación, estado civil, patrocinio de ente extranjero y los antecedentes del niño, de la niña o del adolescente.

Para la adopción por excepción Jara y Gallegos (2008:288) refieren que conforme a lo dispuesto en el articulado signado con número 128 del Código de los niños y adolescentes, por conducto excepcional, están facultados a comenzar con acciones de índole judicial para que se efectúe el acto de la adopción, ello por ante un juez llamado a conocer dicha causa, incluso sin que para ello una se haya declarado la situación de abandono del niño o adolescente, siendo las peticiones, las que se señalan a continuación: a) El que cuente con relación matrimonial con alguno de los padres de los menores sujetos a adopción. Caso en el que los menores conservan el vínculo referente a la filiación con la mamá o el papá biológicos; b) El que ostente grado de parentesco, desde el primero al 4to grado de vínculo consanguíneo o segundo grado de familiaridad afín con quien se va a adoptar; c) Quien ha cobijado o convivido con el niño, niña, infante o adolescente que se va a adoptar, en un periodo que no sea menos de dos años.

Respecto de lo anterior Peralta Andía (2002:402) precisa que para esta modalidad de adopción corresponde el proceso judicial de adopciones, que por cuestiones excepcionales se requiere ante el Juez Especializado de Familia, sin que sea necesario tramitar por el proceso administrativo, ni que sea necesario que medie resolución judicial de abandono del niño o del adolescente.

Otra de las clasificaciones que realizan diversos autores es la adopción dependiendo de la forma respecto de la vinculación entre el sujeto a ser adoptado y su estirpe biológica, esto dependiendo de la discreción que se recoja en cuanto al procedimiento de adopción, y la ligadura que pueda existir entre el hijo dado en adopción y su seno biológico o sanguíneo el autor Varsi Rospigliosi (2013: 530) clasifica la adopción como: adopción cerrada, abierta y semiabierta.

La forma de adoptar de tipo abierta supone elevar, reserva alguna, en cuanto a las generales de los padres biogenéticos del menor adoptado o de la circunstancia familiar originaria que da pie a su adopción favoreciendo, asimismo, una visita y trato casual entre el menor que haya sido dado en adopción y sus progenitores.

Por otro lado Imaz Bienabe define a la adopción abierta (2015:6) como una figura en la que, el ingreso a una familia nueva, esto es a la familia adoptiva, no debería obligatoriamente suponer, el quiebre definitivo con los demás miembros del seno familiar, por el contrario, se debe permitir, contacto de distinta índole entre ciertos miembros pertenecientes a la estirpe biológica y el acogido, es una situación que se debe considerar, en tanto, da cierta estabilidad a los menores y prioriza los vínculos afectivos que tuvieron con algún pariente consanguíneo, lo que es obice para permitir que las personas adoptadas tengan identidad biológica.

En el proyecto de Ley N° 4070 de fecha 11 de diciembre del 2015, sobre modificación del articulado ciento quince del Código de los Niños y Adolescentes, señala que la adopción abierta se plasma en la medida que los menores crecen sabiendo cada una de las referencias, respecto de su adopción; que, los padres considerados adoptivos, tendrán cierta comunicación con la mujer que haya dado a luz al menor, permitiéndole conocer acerca de su evolución y maduración del niño, niña o adolescente. Frecuentemente, en las adopciones abiertas, el infante podrá tener cierto trato con su mamá de sangre; lo que permite a los niños saber sobre su historia clínica, ayudando a la antecesora biológica.

Siegel Livingston, el 2013, en su página siste, a interpretación nuestra, refiere que el hecho de que un niño sea adoptado, no implica que sus progenitores, no puedan definitivamente tener trato con dicho menor, los procesos de adopción, están facultados a contar con grados de iniciación, lo que incluye diálogo entre la familia adoptiva y la biológica, quienes posteriormente o cuando lo consideren pertinente pueden hacer el intento de reunirse. Los padres tanto biológicos, como adoptivos pueden fijar los niveles de apertura, que encajen de forma idónea con las necesidades del menor y los requerimientos de las demás partes. Quienes son padres originarios, se beneficiarían con datos sobre de las ventajas a los niños en las adopciones abiertas.

El autor citado precedentemente, observa que la cantidad de adopciones abiertas en las que los progenitores y los adoptantes se conocen y tienen trato y la cantidad de adopciones en las que éste trato se efectúa por ante un mediador, se están acrecentando; según una cada vez más. En una encuesta efectuada en el año 2012, los centros de adopción, en sus programas para adoptar bebés, informaron únicamente que solo el 5%, de las adopciones realizadas, tuvieron carácter confidencial; por su parte el 55%, se trataron de adopciones de conocimiento completo y un 40% tenían un mediador.

Sobol, Michael P; Daly, Kerry J. y Kelloway, E. Kevin (2000: 419-424), citado por Jareño Ruiz (2014:212) refiere que “los partidarios de la adopción abierta defienden que la apertura ofrece a los padres biológicos más control sobre el proceso de adopción, mejora la capacidad de las madres y padres adoptivos para la crianza porque contarían con toda la información de la historia de vida del menor, reduce el temor de la pérdida y del abandono, aumenta la empatía hacia la madre biológica y ayuda a la formación de la identidad del niño o niña adoptado”. A) ventajas, en el Documento de Información N° 4 del sexto mes del año 2015, en atención al trabajo práctico de la Comisión Especial, en el marco del Convenio celebrado en La Haya, a los veintinueve días del mes de mayo del año 1993, relacionado a proteger a los niños y la colaboración en temas de adopción internacional, refieren de forma detallada los beneficios que causa la adopción abierta en los niños, padres biológicos y adoptivos, siendo estos los siguientes:

- Beneficios para el menor: Podrá desarrollar su identidad de forma total y consistente, asegurando su intervención en el plan de adopción, tener algo de continuidad en la vida del menor, los lazos de sangre y que se críe con conocimiento de su familia de origen, lo que contribuye a que los infantes no desconozcan sus orígenes.
- Beneficios para los padres adoptivos: El diálogo, respecto de los orígenes, es más fluido, tiene naturalidad y transparencia, conocen sobre los antecedentes médicos del menor.
- Beneficios para los padres biológicos: Se atenúa la pena o culpa, que pudieran sentir, ello respecto de quienes no aceptan totalmente la adopción, asimismo que sea posible cierto trato, hace más factible que se decida sobre la adopción.

Así mismo en el Proyecto de Ley N° 4070 de fecha 11 de diciembre del 2015, sobre modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, se hace mención a las ventajas de la adopción abierta siendo las siguientes:

- Para los padres adoptivos, la comunicación con los padres que han concebido al menor, les da una perspectiva más acertada del adoptado; la confianza y la forma de entenderse, se desarrolla, asimismo la incertidumbre, la falta de seguridad, situación muy concurrente en los procesos de adopción cerrados, se atenúan,

permitiendo a los padres sanguíneos, que se convenzan de que las personas que tendrán a su menor hijo, son realmente los padres; en algunos casos habiendo sido seleccionado por la crianza para darles las atenciones adecuadas.

- Para los adoptados, éste tipo de la adopción, permite que las preguntas normales, obtengan rápida respuesta, asimismo datos exactos, desde inquietudes por el parecido, hasta por los motivos por los que fueron entregados mediante adopción, siendo que las mamás que los han conveido, pueden informar de forma clara y concisa, en vez de darles información a medias.

Por otro lado, tenemos la adopción cerrada, llamada también adopción tradicional, y es dada con el único fin de que la filiación adoptiva no se aleje de la filiación biológica, siendo que las personas que adoptan, no tienen contacto con los padres biológicos, lo cual según el jurista puede ocasionar ciertos conflictos en el adoptado, debido a que si este en algún momento decide tener contacto con la madre biológica (Varsi Rospigliosi, 2013:531).

La adopción cerrada se caracteriza por el hecho que mientras dura el proceso de adopción los padres adoptivos no tienen conocimiento sobre los orígenes del niño o los datos identificatorios de sus padres biológicos. Luego de darse la adopción, los archivos de los casos se cierran, por lo que el niño ignora que ha sido adoptado (Varsi Rospigliosi, 2013).

De acuerdo a las diferentes disposiciones normativas, que se encuentran en la legislación peruana se puede afirmar que la adopción en el Perú es una institución cerrada, ya que a todas luces se puede ver que la reserva de los vínculos consanguíneos originarios del adoptado. El Código de los Niños y Adolescentes en su Capítulo IX, Título II en el Art. 115 prescribe que adoptar es una forma de proteger al niño, niña y al adolescente, mediante la que, el estado asumiendo postura vigilante, establece, de forma indefectible el vínculo paterno-filial entre seres humanos que por naturaleza no la posean. En sumo, el adoptado pasa a ser la calidad de hijo del adoptante y ya no pertenece a su seno consanguíneo.

De lo expuesto la formulación del problema queda conforme a la redacción siguiente:
¿Afecta al Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica?

La investigación se justifica desde el punto de vista normativo puesto que después de determinar si se afecta o no el derecho de identidad biológica y el Principio de Interés Superior del niño en los procesos de adopción de menores, se va a proponer la regulación de la adopción abierta, el mismo que permita al adoptado conocer sus orígenes biológicos desde el momento mismo de la adopción si esto es posible, se propondrá una regulación, ordenada, presupuestada y mecanizada, la que será de vital trascendencia para la protección integral del menor (teoría de la protección integral), lo mismo que será significativo en tanto permita que niños y adolescentes logren formar su propia identidad.

La investigación se justifica normativamente basándonos en los siguientes preceptos legales: los artículos séptimo y octavo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, conjuntamente con el principio inspirador del “Interés Superior del Niño”, que permite confirmar la prerrogativa del adoptado a saber su origen biológico, es así que el primer apartado del artículo 7 de la convención.

Los artículos mencionados en el párrafo anterior han sido considerados para justificar normativamente nuestra investigación, ya que en ellos se hace referencia a la importancia de la inserción del niño a una familia, de esta forma el artículo 7° reconoce el derecho del niño a partir de su alumbramiento a conocer a sus padres y hacer cuidados por ellos, en esta misma línea de ideas el artículo 8° también prescribe la obligación del Estado de socorrer al menor a restituir inmediatamente cada uno de los elementos que componen su identidad, en los casos en lo que se le haya oprimido a conocer de ella, de forma ilegítima; en artículo 9° enmarca una disposición que condiciona al Estado a otorgar al niño cierta información respecto de sus padres ausentes, la separación a la que se hace mención en este artículo está sujeta al principio de necesidad, por lo que se considera como un último recurso.

Así mismo tenemos la Convención de la Haya referida a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de adopciones Internacionales suscrita por el Estado peruano el 16 de noviembre de 1994, aprobado por Resolución Legislativa N°26474 con fecha nueve de junio de 1995, y ratificada por el Poder Ejecutivo el 3 de setiembre de 1995, el mismo que en su artículo 30 reconoce el derecho del hijo adoptado a conocer su origen biológico.

El motivo que nos llevó a incluir esta norma en la investigación, es que a todas luces deja notar el deber que poseen los Estados partes de este convenio, en garantizar la identidad del menor adoptado, es decir el niño se encuentra respaldado bajo este convenio, para tomar conocimiento de su origen biológico. Si bien es cierto por medio de este convenio se respalda la identidad biológica del menor, también se prescribe el debido asesoramiento para que el niño pueda recibir tal información.

En cuanto a normativa nacional se refiere, tenemos el artículo 2 inciso 1 que señala que todas las personas cuentan con la prerrogativa de tener su identidad, como se puede apreciar este artículo registra de manera genérica el derecho a la identidad.

Hemos tenido a bien justificar la investigación con este precepto legal, toda vez que, nos permite afirmar que el derecho de identidad de toda persona y en el caso de estudio del menor, se encuentra plenamente respaldado por el Estado peruano, es desde aquí de donde iniciaremos el análisis, respecto de si el menor adoptado necesita conocer su origen biológicos, ya que el derecho a la identidad biológica se considera como un aspecto del derecho a la identidad.

Así mismo los artículos VII Y IX del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes, los mismos que se refieren a las fuentes de interpretación, aplicación, y el Interés Superior del Niño, conjuntamente con el artículo 6, que es exactamente igual a lo establecido en el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño, los mismos que señalan los menores tienen el derecho a su identidad, ello además se exterioriza en el poder tener un nombre, un lugar llamado nación, y de ser posible poder saber quiénes son sus padres y llevar sus respectivos apellidos.

El Código Civil no establece de manera expresa la facultad del adoptado a conocer su origen biológico sin embargo admite que el adoptado si podría tener conocimiento de su relación consanguínea sin que ello melle la adopción, por lo que en su artículo 379 del referido cuerpo legal dispone que el acta de nacimiento original, únicamente es vigente en casos de impedimentos para contraer matrimonio. Así mismo el artículo 385 del mismo cuerpo legal anota que mantienen la respectiva vigencia, sin efecto retroactivo, el grado de filiación sanguínea y la partida determinada. El registrador civil deberá hacer la inscripción correspondiente por resolución judicial, este artículo faculta a que el adoptado deje sin efecto

la adopción, ello siempre que ya sea mayor de edad. Sin lugar a duda estos son artículos que merecen crítica por cuanto, el adoptado solo podrá tomar conocimiento de su origen biológico cuando haya cumplido su mayoría de edad, se debe tomar en cuenta la gran relevancia que ha tomado el derecho al que se está haciendo referencia.

La adopción abierta se caracteriza porque el menor se cría teniendo conocimiento de cada uno de los pormenores de su adopción. Así mismo, los padres adoptivos, mantendrán contacto con la madre biológica, además permite que el menor conozca su historial médico. Estas ventajas no las presenta la adopción cerrada, toda vez que este tipo de adopción priva al niño del conocimiento de la verdad biológica. A nivel Jurisprudencia la investigación encuentra justificación en la Sentencia recaída en el Expediente N°00062-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un caso de adopción. El demandante, Silas Paredes Panduro, interpone demanda de amparo contra el juez del juzgado mixto de Yanaricocha y contra la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, con la finalidad que se deje sin efecto la resolución N°27, de fecha quince de octubre de 2010, que declaró no ha lugar a su solicitud de información de supervivencia del infante S.A.P.S. y su confirmatoria de fecha 25 de marzo de 2011, en los seguidos por el Ministerio Público sobre investigación tutelar.

En el caso mencionado en el párrafo anterior tanto el juez de primera instancia como la Sala Civil declararon improcedente la demanda interpuesta, argumentando que carecía de legitimidad para realizar este pedido al haber perdido su derecho a la patria potestad como consecuencia del proceso de abandono, y también porque el trámite administrativo es competencia del MINDES debiendo solicitar tal información a esta entidad.

Si bien es cierto la sentencia se pronuncia sobre la adopción, no lo hace respecto del tema de que el menor a quien se adopte conozca sobre su adopción, lo cual nos lleva a la opinión a que se analice la situación del adoptado en cuanto a conocer su propio origen biológico, problema que cuenta con gran relevancia en la legislación comparada, y que debe ser tratado en nuestro país para mejor satisfacción de los derechos del menor.

Para justificar la investigación jurisprudencialmente también se hace referencia al Proyecto de Ley N°4070/2014-CR, en el que se propone la modificación del artículo 115 del Código

de los Niños y Adolescentes, en el que se establecería *“los padres adoptivos podrán, previo acuerdo, permitirle a la madre o padre biológico seguir manteniendo contacto con el niño, dejándole saber sobre su desarrollo o crecimiento. Asimismo, el niño conocerá todos los detalles de su adopción”*. Pretendiendo que se acoja un sistema abierto de adopción en salvaguarda del desarrollo del menor. Cabe resaltar que, si bien existe el Proyecto de Ley, poco o nada se ha hecho al respecto, y desde el 2014 se encuentra en evaluación sin tenerse ningún pronunciamiento, hecho que sin lugar a duda es digno de crítica, ya que se trata de la protección del sector más vulnerable de la población peruana, como son los niños.

La sentencia sobre Forneron e hija versus Argentina, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 27-03-2012, pág. 35, la misma que si bien es cierto pertenece al derecho comparado, el motivo por el cual se ha creído conveniente analizarla, es debido a que en ella se desarrolla el tema de la adopción, señalándose la importancia que tiene la historia biológica de un menor adoptado, la misma que da paso a la construcción de su identidad. La Institución mencionada anteriormente resuelve la litis en función del derecho a la identidad biológica y el Principio del interés Superior del Niño, temas ejes dentro de la investigación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que el Estado, la creación de medios posibles direccionados a fin de garantizar y asegurar el acercamiento de padre e hija, hecho que es favorable para el menor en cuanto le permitirá su desarrollo físico y psíquico.

El caso Muller 13-11-90 (ED, 141-268) nos hace referencia a una decisión judicial respecto de que si se debía practicar en un menor adoptado un examen de histocompatibilidad, con la finalidad de conocer si entre este y sus abuelos consanguíneos existía nexo genético, ignorándose tal pedido en un primero momento por la Corte de ese país, no obstante la minoría que formaba parte de esta corte opuso su voto, por lo que 5 años después este recurso extraordinario logró fallo favorable, fundando su pedido en función a que toda menor adoptado debe saber sobre su origen, resaltando las consecuencias o daños traumáticos que pueden provocarse el hecho que la menor se le oculte su verdadera identidad. Obteniendo la jurisprudencia anotada anteriormente una importante relevancia en nuestro trabajo ya que menciona, la gran importancia que ha tomada en Argentina el derecho de identidad biológica, esto en base a las consecuencias traumáticas que puede ocasionar el ocultamiento

de la verdadera identidad del menor. Además, hace referencia como es que la legislación Argentina protege el derecho a la verdad biológica del menor adoptado.

Por otro lado, la Casación N° 563- 2011- Lima emitida con fecha 06/12/2011, explica al Principio del Interés Superior del Niño, como el amparo sistemático en la totalidad de los derechos que asisten al menor, asegurándole su pleno desarrollo, lo que conlleva a que los derechos del mismo sean entendidos en su conjunto, ya que por separado no aseguran una verdadera protección de los niños y niñas.

La presente investigación es relevante, por que propone acoger la adopción abierta, que permita al menor adoptado conocer sus orígenes biológicos en los procesos de adopción, como un medio en salvaguarda de la identidad biológica del niño y el adolescente, con el único objetivo de la realización efectiva del principio base en la presente investigación, toda vez que en la realidad internacional como en nuestro país se vienen presentando situaciones en las que el menor adoptado por su naturaleza misma de ser humano, tiene la necesidad de conocer sus orígenes aun habiendo logrado insertarse de manera favorable a su familia adoptiva.

Sin la regulación de la adopción abierta que permita al menor conocer su origen biológico, es muy probable que sigamos teniendo niños y adolescentes que no logren formar su propia identidad, ello porque no se les está permitiendo un desarrollo integral, pues una persona forma la identidad en función a su propia historia de vida.

En la investigación se van a analizar la adopción abierta y la adopción cerrada, con la finalidad de señalar sus ventajas y desventajas, a efectos de plantear lo que sea más beneficioso, así mismo se tratará de dilucidar si se afecta el desarrollo del menor al no conocer su origen biológico, lo que se obtendrá mediante un análisis jurisprudencial, cuyo objetivo es definir si la regulación, mediante la cual se guía el proceso de adopción en el país perjudica a los niños y adolescentes, así mismo se realiza un análisis con lo regulado en otros países, de tal forma que se pueda comparar lo regulado en el Perú y lo establecido en estos que han optado por acoger la adopción abierta; contestarse todos los objetivos específicos establecidos en la investigación, determinará si es de vital importancia regular la adopción

abierta, la misma que permita al adoptado conocer los datos de su familia de origen antes de haber cumplido su mayoría de edad.

La contribución que aporta la investigación es proponer que se establezcan en el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes la adopción abierta, que permitan al menor adoptado conocer sus orígenes biológicos, teniendo en cuenta el derecho a la identidad biológica y el Principio de Interés Superior del Niño, los mismos que le permitirán su desarrollo físico y psíquico sin interferencias, cumpliendo así con proteger todas las dimensiones de la vida de los niños y adolescentes, en la realización integral de sus derechos que en su calidad de sujeto de derechos especialísimo dotados de una supra- protección les corresponden.

Con la realización de este trabajo, a nivel académico, se está aportando a que la institución de la adopción tenga dentro de nuestro ordenamiento jurídico una adecuada tipificación, coherente con la realidad social, jurídicas y políticas existentes hoy en día en el Perú, la misma que se hará efectiva en la sentencia o resolución administrativa si fuere el caso, siendo ejecutada en la etapa post adoptiva a través de una adecuada implementación de instituciones que se encarguen del monitoreo no solo del bienestar de los adoptados, sino además de cerciorarse del pleno conocimiento de su identidad biológica a una edad adecuada, tomando en cuenta el interés superior del niño, a fin de que no se quebrantar su libre desarrollo.

La hipótesis planteada en la investigación es la siguiente: Al establecerse en el Perú la adopción cerrada de menores, si se afecta el Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica, toda vez que no se está garantizando su desarrollo físico y psíquico por desconocer sus orígenes biológicos, siendo este un derecho fundamental amparándose en la dignidad humana por lo que es necesaria la modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, acogándose la adopción abierta con excepciones, guiada por el Principio mencionado líneas arriba para cada caso concreto.

La investigación plantea objetivo general específicos, siendo el primero el siguiente: Determinar si se afecta el Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica al establecerse la adopción cerrado de menores.

Como objetivos específicos tenemos los siguientes: a) Analizar si es beneficioso para el adoptado conocer su origen biológico antes de cumplir su mayoría de edad en atención al desarrollo de su personalidad tal como lo establece el artículo 6 del Código de los niños y adolescentes; b) Analizar la adopción abierta y la adopción cerrada a fin de poder diferenciar cada una de ellas y proponer la que resulte más conveniente, por medio del estudio del derecho comparado; d) Analizar el Proyecto de Ley N° 4070/2014-CR para establecer si es beneficiosa la regulación de un sistema de adopción abierta según la realidad nacional.

II. MÉTODO

2.1. Diseño de investigación.

La investigación tiene como de investigación la Teoría Fundamentada, es una metodología que “relaciona datos de manera sistemática y analizados por medio de un proceso de investigación” esto deriva en una teoría donde los datos están muy relacionados entre sí, entonces la teoría surge producto de la interacción de estos datos, analizando de manera científica y que serán un reflejo más preciso de la realidad que se está estudiando. Como la teoría formal y la teoría sustantiva, haciendo énfasis en esta última (Strauss & Corbin, 2002:14).

2.2. Variables, operacionales.

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	DEFINICIONES OPERACIONALES
A. ADOPCIÓN	A.1. CONCEPTO	Institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella.
	A.2. FINALIDAD	Tiene por finalidad velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.
B. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	B.1.CONCEPTO	Es la plena satisfacción de los derechos del niño y del adolescente. Limite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exigen utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

	B.2. FUNCIÓN	<p>a) Limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños.</p> <p>b) Cumple la función hermenéutica dentro de los márgenes de los derechos de la infancia.</p> <p>c) Permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma convención.</p> <p>d) Sirve de orientación para evaluar las legislaciones o las prácticas, que no se encuentran expresamente reguladas por Ley.</p>
D. DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA	D.1.CONCEPTO	Facultad propia natural del ser humano, que se sustenta en el principio de la verdad biológica, permite el ejercicio de averiguar quién son sus progenitores.
	D.2. IMPORTANCIA	Garantizando el desarrollo físico y psíquico del menor.
E.ADOPCIÓN ABIERTA	CONCEPTO	El niño adoptado crece conoce todos los detalles de su adopción, los padres adoptivos, se mantendrán en contacto con la madre biológica, dejándole saber sobre el desarrollo y el crecimiento del niño.
F-ADOPCIÓN CERRADA	CONCEPTO	Los padres adoptivos tienen poco o ningún contacto con los padres biológicos. A veces, la familia adoptiva no sabe el nombre o la información de contacto de la madre biológica. El adoptado desconoce de todo el proceso de la adopción.

2.3. Población y muestra.

La población en la presente investigación, estará conformada por los menores adoptados, abogados especialista en derecho de los niños y adolescentes de las Universidades Públicas y Privadas de Piura, Magistrados del Poder Judicial y psicólogos.

La muestra es un extracto de la población, conjunto de elementos en el cual se centra la distribución de determinados caracteres en la totalidad de la población, el tamaño de la muestra se determine por el nivel de precisión requerido y por el error de muestreo aceptable y el nivel de confianza, las mismas que inciden sobre las entrevistas y la información recogida, procesamiento y análisis respectivo, se validara la hipótesis de la investigación, con la aplicación de entrevistas a los siguientes personas : abogados especialistas en derecho de los niños y adolescentes de las Universidades Públicas y Privadas de Piura, Magistrados del Poder Judicial y psicólogos. Aplicándose quince entrevistas (cinco entrevistas para cada grupo de los antes mencionados).

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

Se adopta lo sostenido por Francisco Cisterna Cabrera (2005:66-71), donde para la investigación se utilizaron las técnicas de:

- a. La Observación: La técnica se utilizará como una herramienta básica para entrar en contacto con la realidad social y como instrumento se ha seleccionado el registro anecdótico, el mismo que le permitirá recolectar información en el natural el cual se da la situación problemática.

El tipo de observación seleccionada fue la participante, por cuanto permitirá una aproximación al hecho de estudio.

- b. La entrevista no estructura: Es una conversación entre un investigador y una persona que responde a preguntas orientadas a obtener la información exigida por los objetivos de un estudio. Como técnica de recolección va desde la interrogación estandarizada hasta la conversación libre, en ambos casos se recurre a una guía que puede ser un formulario o esquema de cuestiones que han de orientar la conversación. La entrevista es uno de los procedimientos más usados en la investigación social, aunque como técnica profesional se usa en otras tareas, el psiquiatra, psicólogo, psicoterapeuta, educadores, orientadores, periodista.

Es eficaz para obtener datos relevantes, para averiguar hechos, fenómenos o situaciones sociales. El arte de la Entrevista en el campo de la investigación consiste, en última instancia, en lograr respuestas válidas y fiables, acerca de aquello que se quiere conocer. (Sierra, 199:281 citado por Pérez, 2005).

Dentro de la entrevista tenemos la entrevista estructurada y la no estructurada, esta última, a utilizarse en esta investigación, es más flexible y abierta, aunque los objetivos de la investigación rigen a las preguntas, su contenido, orden, profundidad y formulación se encuentran por entero en manos del entrevistador. Si bien el investigador, sobre la base del problema, los objetivos y categorías, elabora las preguntas antes de realizar la entrevista, modifica el orden, la forma de encauzar las preguntas o su formulación para adaptarlas a las diversas situaciones y características particulares de los sujetos de estudio.

- c. Técnica de Fichado: El fichaje es una técnica auxiliar de todas las demás técnicas empleada en investigación científica; consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación por lo cual constituye un valioso auxiliar en esa tarea, al ahorra mucho tiempo, espacio y dinero.

Las fichas son utilizadas especialmente por los investigadores. Es un modo de recolectar y almacenar información, cada ficha contiene una serie de datos extensión variable pero todos referidos a un mismo tema, lo cual le confiere unidad y valor propio.

- d. Revisión documentaria: El proceso de revisión documentaria en la investigación estará orientada a la detección, obtención, consulta y extracción de información para la estructuración de las bases teóricas de la investigación de una diversidad de fuentes de consulta (artículos de revistas, libros, páginas web, informes de investigación, etc.)

- e. Técnica Jurisprudencial: El objeto de analizar la jurisprudencia como técnica es permitir una visión global del alcance y significado de la jurisprudencia en sentido amplio, con el fin de hacer de ella una herramienta útil para el jurista. Podemos utilizar el término 'técnicas jurisprudenciales', con el cual nos referimos al concepto que sirve para designar los métodos de elaboración de la jurisprudencia.

La ciencia que tradicionalmente ha estudiado la jurisprudencia como fuente de derecho ha sido la dogmática jurídica, mientras que la hermenéutica se ha ocupado de la interpretación de las normas. Sin embargo, esta nueva perspectiva nos permite resumir ambas preocupaciones en una sola disciplina, abarcando así tanto el aspecto formal, es decir, los procedimientos jurídicos de elaboración de la jurisprudencia; como el material, que se refiere a la atribución de significado a la norma, mediante diversas reglas de interpretación y argumentación.

Como mencionábamos, para entender el sentido de las técnicas jurisprudenciales es conveniente separar en dos partes el análisis: por una parte, la jurisprudencia en sentido formal, como los procedimientos establecidos en las normas vigentes para la elaboración de normas jurídicas generales obligatorias que desentrañan el significado de una norma o que integran una laguna, y por la otra, la jurisprudencia en sentido material, que se refiere al proceso intelectual de descubrimiento del significado de la norma; a los métodos utilizados por el intérprete para atribuir el significado, es decir, al contenido de la jurisprudencia.

Siendo los instrumentos a utilizar:

- a. Las Fichas: Es un instrumento utilizado para la investigación documental bibliográfica. Es una unidad rectangular, generalmente de cartón y donde se fija la información recopilada de los hechos, ideas, conceptos, resúmenes, a ser utilizados como datos para el análisis y la construcción del informe de investigación.

La ficha ha venido a constituir la base de la investigación moderna. Los antiguos investigadores la desconocían y por eso su trabajo resultaba deficiente.

Es necesario que el estudiante realice sus trabajos de investigación en fichas, con el fin de guardar de una manera sencilla los datos y comprenderlos mejor.

Las fichas a utilizarse son:

a.1. Fichas bibliográficas: Permiten confeccionar la bibliografía final y las citas en el texto y organizar la información que consultamos para un campo de investigación. Se extraen en formato diferente según los siguientes tipos de documentos a consultar:

Al realizar una ficha bibliográfica se debe de asegurar que todos los datos que tenemos en ella, nos permita identificar con precisión una obra. La ficha bibliográfica es necesaria que se elabore cuando consultemos una publicación. Integrando en la ficha las características, datos y elementos de acuerdo a la obra(s) que consultemos o realicemos.

a.2. Fichas Textuales: Reproducen textualmente un párrafo de un escrito, que debe colocarse entre comillas. Si se citan párrafos salteados, estos se separarán por puntos suspensivos entre corchetes. Igualmente se colocará entre corchetes todo lo que se añada y no sea textual.

b. Entrevista no estructura, focalizada: Dentro de la Entrevista no estructurada se comentarán tres tipos de: Entrevista a profundidad, Entrevista enfocada y Entrevista focalizada.

La entrevista focalizada, es una entrevista a profundidad, pero dirigida a situaciones concretas, va dirigida a un individuo en concreto, caracterizado y señalado previamente por haber tomado parte de la situación o experiencia.

c. Revisión documentaria y la técnica jurisprudencial: se llevarán a cabo mediante formato elaborado particularmente para la investigación realizada, en la que consta de un cuadro donde se podrá consignar según las columnas, fundamentos de hecho y de derecho, obtenidos del documento analizado sea texto, libro, jurisprudencia etc., para finalizar con conclusiones como opinión final de investigado.

2.5.- Método de análisis de datos

a) Método Exegético:

El método de la exégesis, como su nombre lo indica, consiste en conocer el código civil, por las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción.

El método exegético constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno cerrado y sin lagunas. Es pues, un culto a la ley positiva, producto de la codificación. La exégesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario: por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. La exégesis supone pleitesía ante el texto escrito y una excesiva confianza en la voluntad del legislador.

Este método será de mucha utilidad para el desarrollo del presente trabajo, pues al momento de utilizar las normas legales permitirá realizar comentarios, claro está, con un respeto considerado a las formulaciones legales, las cuales se expondrán y comentarán ligeramente pues se cree que el legislador al regularlas lo que busca es una solución a los problemas planteados mas no una desigualdad entre los sujetos.

b) Método Dogmático:

El método dogmático sería aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis,

síntesis, analogía, comparación, etc.), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. Podemos señalar que mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia.

Este método será de utilidad porque a través de él, lograremos entender las normas jurídicas que son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales, los cuales han de reconstruirse y entenderse, es así que con este método se realizará la correspondiente investigación de los dogmas que servirán al fin teórico para ayudar a entender instituciones jurídicas, averiguando la naturaleza jurídica de las instituciones.

c) Método Sistémico:

Es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos. Consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, este se presenta más en el planteamiento de la hipótesis. El investigador sintetiza las superaciones en la imaginación para establecer una explicación tentativa que someterá a prueba.

También como pensamiento sistemático encontramos que es método que consiste en identificar algunas reglas, algunas series de patrones y sucesos para prepararnos de cara al futuro e influir en alguna medida.

Está dirigido a modelar el objeto mediante la determinación de sus componentes, así como las relaciones entre ellos. Esas relaciones determinan por un lado la estructura del objeto y por otro su dinámica.

El método sistémico vendría a ser un orden manifestado por reglas, que nos permitiría llegar a tener una comprensión sistémica de una situación dada.

Se aplicará este método para poder analizar lo que quiere decir la norma, vinculándola ya con principios y conceptos propios de la institución, es decir realizar un análisis idóneo del tema, es así que, al conectar dichas normas en el marco del ordenamiento legislativo, se obtendrá el propósito que es obtener una respuesta coherente que la sola lectura de un texto normativo.

2.6.-Aspectos éticos

La investigación denominada “Afectación al Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica en la adopción cerrada de menores contiene resultados veraces que conllevan a la resolución del problema de estudio; a su vez toma en cuenta el respeto por la propiedad intelectual, respeto por las convicciones políticas, religiosas y morales, respeto por el medio ambiente y la biodiversidad, proteger la identidad de los individuos que participan en el estudio, honestidad entre otros,

III. RESULTADOS

Esta investigación se ocasiona a partir de la vigente regulación jurídica de la adopción de menores o también llamada filiación adoptiva, ya que crea restricción y preocupación, debido a que del mencionado código se puede colegir, que en el Perú se regula la adopción cerrada, la misma que se entiende como la reserva absoluta del proceso de adopción, y el nulo contacto entre los padres biológicos y el menor adoptado, limitando de manera impertinente el derecho del menor adoptado a conocer su identidad biológica. El punto fundamental desarrollado es la institución de la adopción abierta, observando sus ventajas y desventajas para la respectiva regulación en el ordenamiento jurídico peruano donde prevalece la adopción cerrada.

Los resultados de la investigación son elaborados en base a la hipótesis, el objetivo general y los objetivos específicos, los mismos que son descritos y a la vez fundamentados por la doctrina, normativa y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, sin embargo cabe resaltar la escasa información obtenida, ya que si bien la adopción abierta y el derecho a la identidad biológica ha conseguido su desarrollo a nivel internacional, a nivel nacional el tema solo es debatido por algunos doctrinarios, los mismos que dan escasos aportes sobre el tema.

La investigación que se ha abordado lleva como título “Afectación al Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica en la adopción cerrada de menores”, a fin de desarrollarla tuvimos a bien considerar los siguientes objetivos: El objetivo general fue *“determinar si se afecta el Principio del Interés Superior del niño y el derecho a su identidad biológica al establecerse la adopción cerrada de menores”*

Por lo que es menester estudiar lo que indica el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, de donde podemos concluir que la adopción de menores en nuestro país se rige por un sistema de adopción cerrada por lo que el autor Enrique Varsi Rospigliosi, guía fundamental en nuestra investigación, en su libro denominado *Tratado de Derecho de Familia – Derecho de Filiación*, desarrolla la figura jurídica de la Adopción y dentro de los tipos de clasificación encontramos según el carácter de parentesco entre el adoptado y su familia consanguínea, en donde el autor lo subdivide en Adopción cerrada, Adopción abierta

y Adopción semiabierta, importando para la investigación la adopción abierta y la adopción cerrada, siendo que la primera refiere éste autor se caracteriza por que plantea conocer todos los pormenores concernientes a los antecedentes de carácter biológico del niño o niña adoptado, o de su realidad originaria que propició su adopción, permitiendo además un acercamiento entre el adoptado y sus padres biológicos, la adopción cerrada por lo contrario niega todo contacto del menor adoptado con los padres adoptivos, negando al menor todo acceso al expediente de adopción. El autor al definir la adopción cerrada y la adopción abierta, hace énfasis a que la adopción cerrada puede ocasionar problemas al menor.

Tanto el Documento Informativo N° 4 de junio de 2015 (véase anexo N°6), como en el proyecto de Ley N° 4070 de fecha 11 de diciembre del 2015, sobre modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, establecen las ventajas que ocasionaría la adopción abierta, las que se expondrán en el siguiente cuadro.

ADOPCIÓN ABIERTA		
Documento Informativo N° 4 de junio de 2015	Beneficios para el menor adoptado	Desarrollo de una identidad completa y solida
		Participación en el proyecto de adopción
		Continuidad en la vida del niño y lazos con sus padres biológicos
		Conocimiento de la historia clínica del niño
Proyecto de Ley N° 4070 de fecha 11 de diciembre del 2015	Beneficios para el menor adoptado	Entrega respuesta inmediata y exacta a sus inquietudes naturales
		Desarrollo integral de su personalidad
		Permite ejercer el derecho de identidad biológica

Si bien es cierto se ha presentado las ventajas de la adopción abierta, también se debe tomar en cuenta la preparación y riesgos que traería su aplicación, para que frente a ello se pueda establecer la debida preparación de los participantes en este tipo de adopción.

Por otro lado, tenemos el artículo 379 del Código Civil, del cual se entiende que el menor adoptado bajo ninguna circunstancia puede acceder a la identidad de sus padres biológicos, es más el mismo articulado menciona la responsabilidad del registrador, si la información sobre la adopción es develada.

La Convención de la Haya relativo a la Protección del Niño refrendada por el Estado peruano en su artículo 30 reconoce el derecho del hijo adoptado de saber sobre su origen biológico, por lo que suscribe que los estados parte de esta convención quedan obligados a asegurar la información respecto a los orígenes del niño, es decir la información de sus padres, su historia médica del niño y de su familia, así mismo las autoridades aseguraran el acceso del menor a esta información con el debido asesoramiento.

En el mismo tenor el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Peruana por su parte prescribe de manera genérica el derecho a la identidad por lo que para el jurista Ventura Robles el derecho a la identidad es complicado en cuanto encierra diversos elementos que van más allá de un contenido biológico, y que corresponden a la realidad biológica.

El Convenio de la Haya prescribe de forma específica el derecho a la identidad biológica para los menores adoptados, en la Constitución Peruana se hace referencia el derecho a la identidad, de donde se desprende el derecho a la identidad biológica, sin embargo, para el caso de los menores adoptados queda expresamente prohibido el conocimiento de su verdad biológica, como ya se ha señalado en los párrafos anteriores.

Varsi Rospigliosi argumenta que en la actualidad ha tomado gran importancia el derecho a que el adoptado conozca sobre sus orígenes biológicos, así como que este pueda exceder al archivo que contiene todos los antecedentes y la obligación que asumen los padres que adoptan de hacer conocer al menor sobre su adopción, siendo que el derecho a la identidad biológica para el mencionado autor es una facultad del ser humano, sustentado en el principio

de verdad biológica, que le permite al menor adoptado poder investigar quienes son sus progenitores.

En sumo mientras que el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 379 tercer párrafo del Código Civil, prescribe visiblemente el sistema de adopción cerrada que predomina en el Perú, siendo que el menor adoptado, no puede conocer de sus orígenes biológicos, cortando toda relación que este pueda tener con su familia de origen, del artículo 30 de la Convención de la Haya y el artículo 2 inciso 1 de la Carta Magna contrario sensu podemos advertir, que se protege al menor adoptado en cuanto a conocer sus orígenes biológicos.

Es más, en el artículo 378 inciso 4 señala que para la adopción es necesario el asentamiento del menor, siempre y cuando este sea mayor de diez años, ante ello nos hacemos la interrogante ¿si se le permite al menor de diez años de edad respecto del proceso de adopción, porque no se le otorga la misma facultad para tomar conocimiento sobre sus orígenes biológicos?, siendo que lo que se busca es que el menor respecto de su edad y madurez emita su opinión sobre la adopción.

Así mismo tenemos el Principio del Interés Superior del Niño, que hoy en día viene alcanzado un desarrollo impresionante en cuanto a protección del menor se refiere, y que ha sido adoptado por diversos países pese a las diferentes culturas de los estados parte, este principio según Aguilar Llanos debe entenderse, como la herramienta adecuada para certificar la ejecución de los derechos del menor, funcionando como un instrumento garantista.

El Principio mencionado en el párrafo anterior ha ido evolucionando en forma paralela con el reconocimiento de los derechos fundamentales del menor, entonces debe entenderse que los derechos del niño han alcanzado una significativa construcción jurídica por lo que el mencionado principio debe ser interpretado de acuerdo al desarrollo que han obtenido los derechos del menor.

Explicando el objetivo general, cabe precisar que lo que se procura es reflejar como es que se afecta la plena satisfacción del Principio de interés superior del niño y por ende el derecho a la identidad biológica de los menores adoptados en un sistema de adopción cerrada, por lo

que el ordenamiento jurídico debe establecer un sistema de adopción que garantice la plena satisfacción de los derechos del menor, que proteja al menor adoptado, y le otorgue facultades para poder conocer y tener cierta relación con su familia biológica si esto es posible, en sumo nos corresponde establecer si el sistema de adopción cerrada acogida en nuestro ordenamiento jurídico afecta o no el Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica.

El primer objetivo específico, fue *Analizar si es beneficioso para el adoptado conocer su origen biológico antes de cumplir su mayoría de edad en atención al desarrollo de su personalidad tal como lo establece el artículo 6 del Código de los niños y adolescentes.*

El artículo 379 prohíbe toda posibilidad de revelación sobre la adopción, cuya responsabilidad es únicamente del registrador, negándose toda posibilidad de que el menor adoptado pueda tener conocimiento sobre la información relacionada a su adopción. Por otro lado, el artículo 385 permite al menor adoptado una vez cumplidos los 18 años tomar conocimiento de su adopción.

Pues bien, tomando en cuenta los artículos antes mencionados, hemos tenido a bien precisar si es necesario que el adoptado tome conocimiento de su adopción siendo menor de edad.

Así pues, se tiene por ejemplo a nivel internacional la opinión del psicólogo Alejandro Ávila Espada por lo que refiere que no es recomendable ocultar a los menores adoptados sus orígenes biológicos, ya que ello no se superaría fácilmente, por lo que propone que tal información debe ser otorgada por sus padres adoptivos y si la situación en concreto se complica se debe recurrir a la investigación profesional, esto en función a su desarrollo.

El Psicoanalista Fernando Maestre Pagaza manifiesta que el momento para decirle a un menor que es adoptado es cuando son muy pequeños o cuando son adolescentes, y que se debe evitar decirle al niño que es adoptado entre los 5 y 7 años porque son lo suficientemente grandes para sentir dolor, pero no para poder procesarlo. Ante esta situación puede que el menor acepte su condición sin general pregunta alguna o que quiera conocer al padre biológico, en este caso hay que ser sincero con el niño o adolescente y no crearle falsas posibilidades, pues el padre o madre biológicos puede que no esté preparado en conocerlo.

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes señala estos tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad” el misma que implica según la Directora Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Piura- Minjus, Sadith Aponte Coronado (véase anexo 1) conocer sus orígenes biológicos, y al no permitírsele conocer al menor sobre sus orígenes, implica la vulneración del desarrollo de la personalidad del menor. A esta afirmación agrega la especialista en derecho de familia y derechos del niño y adolescente Maximina Lopez Vilela (véase anexo 2) que en todos los casos no se vulnera tal derecho ya que se tiene que observar y analizar el caso concreto, por lo que no en todos los casos se debe permitir que se conozca el origen biológico.

Las aseveraciones de psicólogos y especialista en derecho de niños y adolescentes muestran la clara situación del menor al no tomar conocimiento de su adopción, siendo que se puede entrever que quien es adoptado finalmente se pueda ver afectado en su desarrollo al no tomar conocimiento de su adopción.

Con el presente objetivo, lo que se ha querido es determinar si aunada a la propuesta de un nuevo sistema de adopción, se hace necesario que el menor adoptado tome conocimiento de su adopción siendo menor de edad, siempre y cuando sea en beneficio de este, en tanto le permita lograr el desarrollo integral de su personalidad.

El segundo objetivo consistió en *“analizar la adopción abierta y la adopción cerrada a fin de poder diferenciar cada una de ellas y proponer la que resulte más conveniente, por medio del estudio del derecho comparado”*.

Por lo que debe quedar puntualizado que en el Perú se acoge la adopción cerrada en cuanto a menores se refiere, Varsi Rospigliosi expresa que la adopción cerrada se caracteriza en que los procesos de adopción son totalmente reservados, y el menor adoptado no puede conocer de sus orígenes biológicos, así mismo el menor no tiene ningún contacto con sus padres biológicos. El jurista critica esta adopción en el sentido que pueden subsistir problemas al momento que el menor adoptado quiera tener algún contacto con sus padres biológicos.

Ahora bien, la adopción abierta según Varsi Rospigliosi permite que el adoptado tenga acceso a los datos biogenéticos, admitiendo además el contacto con su familia biológica. Apoyando esta postura Imaz Bienabe menciona que la adopción no genera precisamente la ruptura de la vinculación efectiva entre el menor adoptado y sus padres biológicos, lo mismo que aseguraría la identidad de la persona adoptada.

Se debe hacer énfasis también a lo señalado por Villamayor, el mismo que precisa que se debe tomar en cuenta los límites que se deben de establecer en una adopción abierta, toda vez que el derecho a la identidad biológica trae consigo diversos derechos, como por ejemplo la intimidad y la privacidad de la familia adoptiva.

Respecto de los beneficios que ofrece la adopción abierta en el Documento Informativo N° 4 de junio de 2015, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, señala que esta adopción le permite al menor adoptado formar su identidad de manera sólida y completa, con su intervención en el proyecto de adopción, así mismo le permite unir lazos con sus padres biológicos.

No se puede excluir de esta investigación el proyecto de Ley N° 4070 de fecha 11 de diciembre del 2015, sobre modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, este menciona que la adopción abierta permitirá que ante la inquietud del menor adoptado de conocer sus orígenes biológicos se le pueda otorgar una respuesta inmediata, atendiendo a toda inquietud natural que se forma en toda persona adoptada.

En países como España se ha aceptado la adopción abierta, mediante Ley 26/2015 de fecha 28 de julio del 2015, en ella se reforma significativamente la protección a la infancia y adolescencia, tal es el caso que se ha introducido un sistema de adopción abierta, la que se caracteriza por fomentar el contacto del menor adoptado y su familia de origen, estableciendo además que el juez puede dictar esta medida siempre y cuando el Interés Superior del Niño lo permita, tomando como referencia la situación familiar, la opinión del menor de doce años de acuerdo a su madurez alcanzada, o cuando otra circunstancia significativa lo exija.

En Uruguay La Ley N°17.823 de fecha 14 de octubre del 2009, modifica diversos artículos del Código de la Niñez y Adolescencia, siendo uno de ellos la institución de la adopción, en este sentido la legislación Uruguaya regula la adopción plena, teniendo como excepción la adopción abierta.

Estados Unidos al igual que los países antes mencionados regula la adopción abierta, permitiéndole al menor adoptado conocer de sus orígenes biológicos, pudiendo conocer el contenido del archivo de adopción desde los dieciocho años, hecho que se puede asemejar a nuestra legislación, sin embargo la gran diferencia se encuentra es que el padre adoptivo queda comprometido a informar al menor sobre su adopción.

En suma como hemos podido observar, tanto la adopción abierta como la adopción cerrada presentan sus ventajas y desventajas, por lo que la adopción cerrada critica a la adopción abierta, en cuanto esta tendría gran implicancia en la intimidad y privación de la familia, si embargo la adopción abierta aseguran sus defensores garantiza el derecho de la identidad biológica, por lo que frente a los argumentos antes esbozados, nos corresponde proponer la que resulte más conveniente para el menor adoptado, tomando en cuenta los resultados que se han traído en los países de España, Estados Unidos y Uruguay, la regulación de la adopción abierta.

El tercer y último objetivo específico consistió en *“analizar el Proyecto de Ley N° 4070/2014-CR para establecer si es beneficiosa la regulación de un sistema de adopción abierta según la realidad nacional”*.

El Proyecto de Ley antes mencionado fue presentado por la Congresista Rosa Mavila León el 14 de diciembre del año dos mil catorce, hoy en día se encuentra siendo evaluada por la comisión del Congreso por lo que la comisión debe pedir opinión a todas las entidades encargadas de velar por el bienestar de los menores.

Mediante el proyecto de ley se propone la regulación de la adopción abierta por ende la modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, con la modificación del artículo se permitirá que la madre o padre biológico siga teniendo contacto con el menor adoptado, así mismo este podrá conocer los detalles de su adopción.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley antes anotado se hace mención a la Ley 21/1987 del 11 de noviembre, mediante la cual se introduce la figura de la adopción abierta, basada en el principio de Interés Superior del Niño. La misma Ley señala que si bien es cierto se extinguen los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, se podrá mantener alguna relación o contacto, siendo necesario la autorización del juez.

Así mismo se hace mención a la regulación que hace Estados Unidos, este país regula la adopción abierta, puesto que se tomó gran importancia al impacto negativo que causaba la adopción cerrada, toda vez que generaba al menor adoptado inseguridad, toda vez que este generaba en el menor el sentimiento de que había algo negativo en su herencia biológica.

La catedrática de Derecho por la Universidad Cesar Vallejo- Piura Maximina Lopez Vilela (véase anexo 2) señala que el Perú no está preparado culturalmente para acoger una adopción abierta. Sin embargo, la Directora Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Piura- Minjus, Sadith Aponte Coronado (véase anexo 1) manifiesta el Perú si se encuentra preparado para acoger la adopción abierta, precisando que debe socializarse con los operadores jurídicos y sobre todo con la familia y los menores.

Con este objetivo, se ha pretendido es reflejar si es posible que en el ordenamiento jurídico peruano se acoja la adopción abierta, esto en base a la realidad nacional, se hace necesario puesto que el ordenamiento jurídico debe estar acorde con la necesidad y posibilidades de la población.

IV. DISCUSIÓN

Frente a los cambios sociofamiliares, a la variedad de postulados opuestos, a las discordancias que contiene el ordenamiento peruano respecto de los pactos y acuerdos internacionales, la cantidad de casos en que los menores adoptados deciden la búsqueda de sus orígenes biológicos, frente al muy hablado derecho de identidad biológica del menor adoptado y ante la teoría de la protección integral del niño y adolescente, surgieron propuestas que buscan el desarrollo efectivo del menor, es así que los jurisprudencias nacionales e internacionales han tratado de explicar los argumentos a favor y en contra de la adopción cerrada regulada en el Perú, es por ello que nos hemos preguntado si al establecerse en el Perú la adopción cerrada de menores ¿afecta al Principio de Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica? ; ante lo cual hemos respondido que si se afecta, toda vez que no se está garantizando su desarrollo físico y psíquico por desconocer sus orígenes biológicos, siendo este un derecho fundamental amparado en la dignidad humana por lo que es necesaria la modificación del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, acogiendo la adopción abierta con excepciones, guiada por el Principio del Interés Superior del Niño para cada caso en concreto.

La figura de la adopción en el ordenamiento jurídico peruano es precisa, por lo que de la interpretación de los artículos 115 de Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 379 del Código Civil, los mismos que prescriben que el menor adoptado bajo ninguna circunstancia puede acceder a la identidad de sus padres biológicos, ni mucho menos puede tener contacto con su familia de origen, ellos nos conlleva a afirmar que indudablemente la adopción es cerrada, por lo cual se guarda confidencialidad en el proceso de adopción de un menor, y no puede tener contacto alguno con su familia de origen.

En este entender entonces, lo congruente es que si un menor es adoptado se le restringe el derecho de identidad biológica, al no permitírsele tener conocimiento de su adopción, por ende, no se toma en cuenta el interés superior del menor para cada caso en concreto.

No obstante, si seguimos analizando la Convención de la Haya y la Cooperación en materia de Adopción Internacional suscrita por nuestro país, podemos inferir que en su artículo 30 reconoce el derecho del menor adoptado a conocer su origen biológico, quedando los estados

partes de esta convención obligados a su aplicación, es más este artículo incita a que las autoridades aseguraren el acceso del menor a esta información con el debido asesoramiento. Como podemos darnos cuenta mientras el artículo antes mencionado prescribe el compromiso de las autoridades a facilitar el acceso del menor a la información sobre su adopción, el artículo 379 del Código Civil peruano prohíbe toda mención sobre ella, responsabilizando al registrador si está llega a revelarse; es aquí en donde se demuestra la gran incongruencia que existe entre las normas nacionales e internacionales en cuanto a la figura de adopción se refieren; lo cual es bastante criticable cuando hoy en día lo que se busca es la armonización de las normas legales, a fin de proteger el pleno desarrollo del menor.

A nivel nacional el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Peruana por su parte prescribe de manera genérica el derecho a la identidad lo que para el jurista Ventura Robles es el derecho complejo que abarca la verdad biológica.

Hoy en día se viene difundiendo el derecho a conocer el propio origen biológico, y esto en atención al reconocimiento del niño como sujeto de derecho. Para ello el jurista Varsi Rospigliosi argumenta que en la actualidad este derecho está siendo ampliamente difundido, tal es el caso de los menores adoptados, por ello el contenido de este derecho se resume en el exceso del expediente de adopción del menor y el compromiso que asume los padres adoptivos de informar al menor sobre su adopción, siendo que el derecho a la identidad biológica para el mencionado autor es una facultad del ser humano, sustentado en el principio de verdad biológica, concediéndole al niño o niña adoptado poder saber quién es su progenitor.

El motivo por lo que hoy en día se viene difundiendo el derecho a la identidad biológica, puede también sustentarse en los diferentes casos que se vienen presentando, y es que los menores adoptados pese haber logrado una adecuada inserción en su familia adoptiva, tienen la necesidad de conocer sus orígenes biológicos lo que ha conllevado a que se formen asociaciones como “La voz de los adoptados” (véase anexo 03); Celine Giraud es uno de los casos, pues la menor a través de sus padres toma conocimiento de su adopción y es con la ayuda de estos que inicia la búsqueda de sus padres biológicos.

Así mismo a nivel doctrinal tomamos la opinión de Moran de Vicenzi Claudía quien menciona que atendiendo el derecho del menor a conocer su identidad, se debe reconocer el derecho del menor adoptado a conocer su origen biológico, por ser beneficioso y provechoso para su desarrollo emocional, cuando su discernimiento se lo permita, basando su fundamento en su desarrollo integral.

Habiendo explicado esta discrepancia, nuestro máximo interés ha sido fundamentar un tipo de adopción que no se aparte de la realidad, y que además suponga tutela efectiva de derechos de los menores adoptados, a fin de proteger su desarrollo integral, un tipo de adopción que no quebrante el derecho de identidad biológica.

El principio del Interés Superior del Niño cumple un papel fundamental en la investigación, es el principio universal y rector en cuanto a protección de los niños y adolescentes; poco a poco este principio ha ido tomando gran importancia; sin embargo existen muchas deficiencias y vacíos en nuestra legislación lo que dificulta la plena aplicación de dicho principio, pues en el sector más vulnerable de nuestra población (niños y adolescentes) no se han implementado medidas que permitan el pleno desarrollo del menor, es el caso que si bien es cierto no se critica la figura jurídica de la adopción si es cuestionable el tipo de adopción acogido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por este motivo es que concordamos con lo señalado por la magistrada y profesora de Derecho del niño y del adolescente, doctora Sadith Aponte Coronado (ver anexo 01) quien frente a la interrogante uno precisó que en aplicación del artículo 379 del Código Civil, aunado a la adopción cerrada, por la cual se le niega la posibilidad al adoptado conocer sus orígenes biológicos, se afecta el Principio de Interés Superior del Niño, dado que conocer sus orígenes permitirá su desarrollo sienta consiente de sus habilidades de limitaciones heredadas, le permitirán entender las razones de un desarrollo psicomotriz, intelectual, biológico de manera real, todo ello que se niega al no permitirle conocer su origen.

En esta misma línea de pensamiento encontramos a la doctora Maximina Lopez Vilela, especialista en Derecho de niños y adolescentes (ver anexo 02) quien precisa que puede acogerse la adopción abierto, bajo ciertas condiciones que permitan que el derecho a conocer

su identidad biológica se desarrolle adecuadamente, dadas las implicancias personales y familiares que se van a presentar.

La adopción cerrada, según como señala Varsi Rospigliosi se caracteriza porque los procesos de adopción son totalmente reservados, y el menor adoptado no puede conocer de sus orígenes biológicos, así mismo el menor no tiene ningún contacto con sus padres biológicos. El jurista critica a ésta adopción en el sentido que pueden subsistir problemas al momento que el menor adoptado quiera tener algún contacto con sus padres biológicos.

Sin embargo, este no es el problema principal ya que al no permitirle al menor conocer sus orígenes se estaríamos impidiendo el pleno desarrollo psíquico y físico. Lo mismo que queda confirmado con la postura del psicólogo Carlos Frías Merino (véase anexo 05) al establecer que el desconocimiento de los orígenes biológicos ocasiona problemas emocionales, que alterarían el bienestar psicológico de la persona adoptada ocasionando: Rechazo hacia los padres adoptivos, rebeldía, baja autoestima, consumo de drogas.

Ahora bien hay quienes en afán de defender la adopción cerrada manifiestan que el menor sería gravemente afectado si es que en la pretensión de proteger el derecho a la identidad biológica se le revela que es adoptado, ante ella nos queda comprobar que esta afirmación no se puede generalizar, y para ello una disciplina que nos ayudará a resolver tal inquietud es la psicología, ya que el derecho al ser una ciencia social necesita de su soporte, para establecer cuando, quien, como, y bajo qué condiciones esta información debe ser entregada al menor, es por ello que se debe tomar en cuenta recientes aportes hechos por psicólogos y especialistas en cuanto al desarrollo del menor se refiere, para una mejor regulación de la figura de la adopción.

Así el Psicoanalista Fernando Maestre Pagaza manifiesta que el momento para decirle a un menor que es adoptado es cuando son muy pequeños o cuando son adolescentes, y que se debe evitar decirle al niño que es adoptado entre los 5 y 7 años porque son lo suficientemente grandes para sentir dolor, pero no para poder procesarlo (ver anexo N°7).

Ahora respecto a quienes son los indicados para informar al menor que es adoptado el mismo psicólogo manifiesta que las personas indicadas son los padres adoptivos y si esto se torna

difícil se debe buscar apoyo psicológico, a esta afirmación el psicólogo Avila Espada manifiesta que no se puede correr el riesgo que dicha información sea otorgada por personas diferentes a los padres adoptivos, ya que ocasionaría inseguridad en el menor, a nivel jurídico la doctora Moran de Vicenzi indica que sería conveniente aprobar una normativa que permita al adoptado conocer los datos de su familia de origen incluso antes de alcanzar la mayoría de edad.

Bajo esta circunstancia nos permitimos criticar otra situación muy importante, y esta es que, si bajo el inciso 4 del artículo 378 del Código Civil se le permite al menor prestar su consentimiento para realizarse la adopción siempre y cuando sea mayor de diez años, porque no se le permite también saber quiénes son sus padres biológicos, si lo que se busca hoy en día es la plena protección de los derechos del menor. Bajo este criterio debemos tener en cuenta que si bien es cierto lo que se busca con la investigación es que se acoja la adopción abierta, este supuesto debe de contener sus acepciones y esto en función del mismo Principio del Interés Superior del Niño, ello lo sustentamos con la postura del doctora Maximina Lopez Vilela; especialista en derecho de niños y adolescentes (vea anexo 02), quien ha señalado que si bien es cierto se necesita la regulación de la adopción abierta, donde se garantice el derecho de identidad biológica, no en todos los casos se puede permitir que se conozca el origen biológico del menor, pues para ello se debe tomar en cuenta cada caso en concreto en función del Principio del Interés Superior del Niño, es aquí en donde los jueces especializados y el funcionario competente de la Oficina de Adopciones tienen una gran labor.

Teniendo en cuenta que lo que nos atañe es la protección del menor adoptado, debemos dejar establecido que los únicos facultados para ejercer el derecho de identidad biológica es el niño o adolescente adoptado, más no la familia de origen, y esto a raíz del reciente caso de la hija adoptiva de la cantante Isabel Pantoja, en donde la madre biológica pide tener contacto con la persona adoptada esto justifica como lo señala Teresa Quezada Martínez profesora del curso Derecho en Familia por la Universidad de San Martín de Porres que una vez que le menor alcance los 18 años y un nivel de madurez adecuada exigua conocer el expediente judicial conteniendo la tramitación de su adopción, además de la información que conste en registros administrativos o judiciales.

Las discordancias que se encuentran a nivel normativo, nos indican que de un lado la adopción acogido en el Perú es la adopción cerrada, y por otro lado reconoce el derecho de identidad en su artículo 2 inciso uno de la Constitución peruana, es más en el convenio de la Haya se prescribe específicamente el derecho del menor adoptado a conocer sus origen biológicos, bajo la responsabilidad de cada Estado, siendo entonces que en concordancia con la Constitución Peruana y el Convenio de la Haya se hace necesario la regulación de la adopción abierta, la misma que permita el pleno desarrollo físico y psíquico del menor adoptado.

Es por ello que debemos destacar lo mencionado por la profesora Teresa Quezada Martínez, quien argumenta que; debemos deliberar si tenemos en nuestro país un ordenamiento jurídico, que le otorgue al menor adoptado una garantía respecto a su identidad biológica, acorde con el desarrollo de su personalidad. (Ver anexo N° 4).

Por las consideraciones antes expuestas, es preciso que en el Perú al igual que en muchos de nuestros países vecinos, se adopte un nuevo sistema de adopción de menores, teniendo en cuenta la protección especialísima con la que debe contar el menor, el pleno desarrollo de sus derechos y la garantía especial del Principio de Interés Superior del Niño, dicho cambio exige un trabajo arduo pero no imposible, tal como lo demuestran la experiencia extranjera, quienes ya han acogido la adopción abierta, que resulta necesario para el pleno desarrollo del menor, es por eso que ratificamos nuestra postura y afirmamos que es necesario la regulación de un nuevo tipo de adopción, y que pase de ser una adopción cerrada a una adopción abierta de menores.

V. CONCLUSIONES

1. La adopción cerrada de menores afecta el Principio del Interés Superior del Niño y el derecho a su identidad biológica, porque le niega al menor adoptado conocer sus orígenes biológicos siendo menor de edad siempre y cuando sea en beneficio de este, en tanto le permita lograr el desarrollo físico y psíquico, así como también el desarrollo de su personalidad.
2. Del análisis de la adopción abierta y la adopción cerrada, se ha llegado a determinar que la primera es la más conveniente, pues implica el derecho a preservar la identidad biológica del menor adoptado, siendo que en el derecho comparado los países que regulan la adopción abierta, como Uruguay, Estados Unidos y recientemente España han visto en ella una adopción que les permite realizar con la máxima garantía y respeto los intereses de los menores adoptados.
3. Al analizar el Proyecto de Ley N°4070/2014-CR, se logró establecer que la adopción de menores debe ser abierta, ya que en muchos casos los menores tienen la necesidad de conocer su origen biológico, pues el ordenamiento jurídico debe estar acorde con la necesidad de la población (niños y adolescentes).

VI. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Congreso de la República se debata y se apruebe el Proyecto de Ley N° 4070/2014-CR en el que se modifica el artículo 115° del Código de los Niños y Adolescentes, debiendo quedar redactado, tal y como se ha desarrollado en la propuesta, redactada líneas abajo.
2. A la Universidad Cesar Vallejo, implementar su biblioteca con la adquisición de material bibliográfico, con especial mención en derecho de niños y adolescentes, específicamente sobre adopción de menores.
3. Al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables realiza campañas de concientización, las mismas que busquen incentivar la cultura de adopción abierta en el país a fin de eliminar los prejuicios vinculados a este tema en la población.

VII. REFERENCIAS

1. Aguilar Cavallo, G. (2008). El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Revista de estudios Constitucionales*. Chile: Universidad de Talca.
2. Aguilar LLanos, B. (2010). Prioridad del Interés Superior del Niño. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 113.
3. Chunga Lamonja, Fermín. Chunga Chávez Carmen Flor. Chunga Chávez Lucia Consuelo. (2012). *Los Derechos del Niño, Niña Y Adolescente*. Lima: Grijley.
4. Cilleros Bruñol, M. (1999). Justicia y Derechos del Niño. En M. Cilleros Bruñol, *Justicia y Derechos del Niño* (pág. 18). Santiago de Chile : Mary Belof.
5. Cornejo Chavez, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de Agosto de 2002). *OPINION CONSULTIVA OC-17/2002*, Nota 56.
7. D' Antonio, D. H. (2001). *Convencion sobre los derechos del niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
8. Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal* . Buenos Aires: Astrea.
9. Gallegos Canales, Y., & Jara Quiape, R. (2008). *Manuel de Derecho de Familia*. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.
10. Hinostroza Minguez, A. (2012). *Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia* . Lima: Grijle.

11. Mallqui Reinoso, M., & Momenhiano Zumate, E. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: San Marcos.
12. Montoya Chávez, V. H. (2008). *Derechos Fundamentales de los Niños y Adolescentes*. Lima: Grijley.
13. Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
14. Schreiber Pezet, M. A. (2001). *Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
15. Varsi Rospigliosi, J. E. (2007). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Grijley.
16. Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
17. Vicenzi, M. d. (2005). El Derecho a conocer el propio origen biológico en la adopción . *Gaceta Constitucional* , 9.
18. Varsi Rospigliosi, E. (2005). Código Civil Comentado. En E. Varsi Rospigliosi, *Código Civil Comentado* (págs. 665-669). Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

RESUMEN DE COINCIDENCIAS

Feedback Studio - Google Chrome
 ext.turnitin.com/app/carta/esi/fs=1&u=108872693&o=1209311135&lbnq=es
 tesis octubre 2019 García Saavedra 2

Resumen de coincidencias

25 %

1	Entregado a Universida... Trabajo del estudiante	14 %
2	Entregado a Universida... Trabajo del estudiante	1 %
3	tesis ucsm.edu.pe Fuente de internet	1 %
4	www.lustrados.com Fuente de internet	1 %
5	www.docstoc.com Fuente de internet	<1 %
6	Entregado a Universida... Trabajo del estudiante	<1 %
7	www.hras.org Fuente de internet	<1 %
8	es.scribd.com Fuente de internet	<1 %
9	www.ambudaman.gob... Fuente de internet	<1 %

25

UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO
 FACULTAD DE DERECHO
 ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

"Afectación al principio de interés superior del niño y el derecho a su identidad biológica en la adopción cerrada de menores"

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
 Abogada

AUTORA:
 Br. Saavedra García Mayra Eliana (ORCID: 0000-0002-7259-2864)

ASESORA:
 Abg. Puga Moe. Angella Ines (ORCID: 0000-0001-9657-118X)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN
 Derecho Civil

PIURA-PERÚ

Página: 1 de 65
 Número de palabras: 23536
 Text-only Report
 High Resolution
 06:49 p.m.
 14/11/2019

Saavedra

UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO
 ESCUELA DE DERECHO
 UCVCV
 PIURA - PERÚ

ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

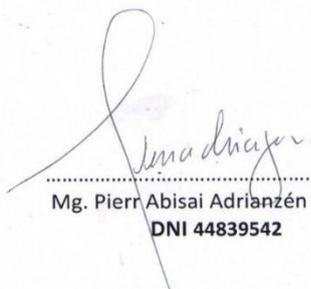
 UCV UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS	Código : F06-PP-PR-02.02 Versión : 10 Fecha : 10-06-2019 Página : 1 de 1
--	--	---

Yo, **Pierr Abisai Adrianzén Román**, docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo Piura, revisor de la tesis titulada:

"AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A SU IDENTIDAD BIOLÓGICA EN LA ADOPCIÓN CERRADA DE MENORES, de la alumna **SAAVEDRA GARCÍA MAYRA ELIANA**, constato que la investigación tiene un índice de similitud de 25% verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Piura, 15 de Noviembre 2019


.....
Mg. Pierr Abisai Adrianzén Román
DNI 44839542



Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	---------------------	--------	---------------------------------

**FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN
ELECTRÓNICA DE LA TESIS**



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI)
“César Acuña Peralta”**

**FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS**

1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: **SAAVEDRA GARCÍA MAYRA ELIANA**
D.N.I. : 47413210
Domicilio : CALLE CERRO S/N – AYABACA PIURA
Teléfono : Fijo: Móvil: 987885177
E-mail : mael2349@hotmail.com

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:

Tesis de Pregrado

Facultad : DERECHO.
Escuela : DERECHO
Carrera : DERECHO
Título : ABOGADA

Tesis de Post Grado

Maestría

Doctorado

Grado :
Mención :

3. DATOS DE LA TESIS

Autor Apellidos y Nombres:

SAAVEDRA GARCÍA MAYRA ELIANA

Título Trabajo de suficiencia profesional:

**“AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL
DERECHO A SU IDENTIDAD BIOLÓGICA EN LA ADOPCIÓN CERRADA
DE MENORES”**

Año de publicación : 2019

**4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN
ELECTRÓNICA:**

A través del presente documento,

Si autorizo a publicar en texto completo mi tesis.

No autorizo a publicar en texto completo mi tesis.

Firma :

Fecha : 15 de Noviembre del 2019



**AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE
INVESTIGACIÓN**



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ESCUELA DE DERECHO**

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

SAAVEDRA GARCÍA MAYRA ELIANA

INFORME TITULADO:

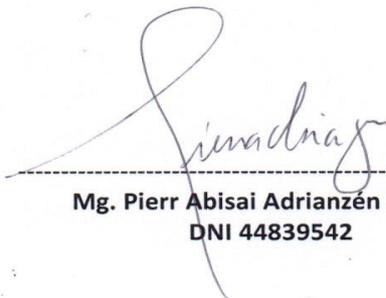
**“AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A SU IDENTIDAD
BIOLÓGICA EN LA ADOPCIÓN CERRADA DE MENORES”.**

PARA OBTENER EL GRADO O TÍTULO DE:

ABOGADA

SUSTENTADO EN FECHA: 15 de Noviembre 2019

NOTA O MENCIÓN: **11 - ONCE**



Mg. Pierr Abisai Adrianzén Román
DNI 44839542

