

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA Y EL MENOR-CEFAME

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

# EL ACOGIMIENTO FAMILIAR FRENTE A LA DESPROTECCIÓN FAMILIAR

Elaborado por  
**Evelia Fátima Rosalina Castro Avilés**  
con la participación de **William Homer Fernández Espinoza**



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada**  
**CC BY-NC-ND**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

# EL ACOGIMIENTO FAMILIAR FRENTE A LA DESPROTECCIÓN FAMILIAR

## 1. Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal, determinar si el acogimiento familiar es la medida de protección más adecuada frente a la desprotección familiar de los niños y las niñas.

Se ha identificado el principal problema que se presenta en el procedimiento de investigación tutelar, la desventaja de la institucionalización de niños en los Centros de Atención Residencial, y por último, se ha analizado los alcances del acogimiento familiar y su aplicación en sede administrativa y judicial.

**Palabras clave:** *Acogimiento familiar, acogimiento residencial, desprotección familiar, estado de abandono, investigación tutelar, medidas de protección, situación de riesgo, reinserción familiar.*

## 2. Antecedentes

A finales del siglo XIX surge la Doctrina de la Situación Irregular, la cual consideró a los niños en situación de abandono como una categoría similar al comportamiento antisocial y como una causa de peligrosidad para la sociedad; es decir se consideraba a los niños y adolescentes en riesgo como potenciales delincuentes. Por estas razones, la legislación otorgaba como respuesta legal la institucionalización de estos niños, condenándolos a la privación de libertad al igual que los adolescentes infractores a la ley penal.

En consecuencia, el paradigma de la doctrina de la situación irregular, era niño-delincuente-abandonado, el cual debía ser objeto de control social a través de los jueces de menores, a fin de controlar a los potenciales infractores del orden como herramientas de política de estado. ***“En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad”.***<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (2004). Legislación infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias. *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, p. 7.

El Instituto Interamericano del Niño en su vocabulario multilingüe define la situación irregular como **“aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades”**.<sup>2</sup>

Con la Convención sobre los Derechos del Niño aparece un nuevo paradigma denominado la Doctrina de la Protección Integral, cuyo antecedente es la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Este nuevo modelo reconoce al niño como sujeto pleno de derechos, con libertad de opinión, derecho a la participación y derecho a no ser discriminado. El nuevo paradigma tiene una incidencia directa en la concepción y tratamiento legal de la situación de abandono y riesgo. El abandono debe ser considerado como una vulneración de derechos por parte de las personas que ejercen la responsabilidad parental o la tutela y la situación de riesgo como aquella zona gris previa al conflicto con la ley penal. De otro lado, se ha establecido la diferencia entre los niños abandonados con los infractores de la ley penal, independizando la regulación jurídica para cada uno de ellos e incluso aplicando una política social distinta.

Desde nuestro punto de vista, no deberíamos utilizar la denominación de niño abandonado, en razón que además de ser un término peyorativo, promueve su estigmatización y discriminación, nos hace invisibilizar el problema principal que es la desprotección familiar, el que se deriva del incumplimiento de las responsabilidades parentales. Por esta razón, la concepción de abandono ha sido sustituida por la denominación de **“desprotección familiar”**.

### **3. Descripción de la realidad problemática**

La familia como instituto natural y fundamental de la sociedad tiene como funciones la atención de las necesidades, cuidado, protección, formación, y

---

<sup>2</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. (1973) *Vocabulario Multilingüe*. Tomo II. Montevideo: OEA, p. 280.

promoción del desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes ya que es la principal responsable de asegurar su desarrollo personal y el ejercicio efectivo de sus derechos.<sup>3</sup>

La responsabilidad parental o la patria potestad es la más importante y trascendente institución del Derecho de Familia, integrada básicamente por padres e hijos, en donde descansan principios que llevan implícitos derechos y deberes.<sup>4</sup> El deber más importante de la patria potestad es velar por el desarrollo integral de los hijos lo que implica un conjunto de tareas que faciliten ese proceso y el ejercicio de derechos.

Los padres son los que primigeniamente deben ser el núcleo protector de los niños, niñas y adolescentes y los obligados directos y comprometidos con el desarrollo integral de sus hijos; sin embargo algunas veces no pueden o no quieren cumplir con ese rol y sus hijos terminan viéndose privados de sus cuidados parentales. Es preocupante que los propios padres sean los que vulneren los derechos fundamentales de sus hijos, principalmente el derecho a la identidad, el derecho a la integridad física y psíquica, y el interés superior del niño.

La desprotección familiar es la causa de que muchos niños se encuentren en estado de abandono o en situación de riesgo. Como observamos esta desprotección tiene como origen el incumplimiento de las responsabilidades parentales fundamentales como el asegurar el desarrollo integral de sus hijos a través del ejercicio de su derecho a vivir en una familia.

¿Qué debe hacer el Estado frente a esta situación de desprotección familiar? El Estado en su rol subsidiario está obligado, frente a esta situación de desprotección familiar o cuando la familia biológica es disfuncional, a otorgar las medidas de protección adecuadas, con la finalidad de restituir los derechos vulnerados de los niños y las niñas. El artículo 20 de la Convención sobre los

---

<sup>3</sup> Dictamen N°495/2011-CR de la Comisión de Justicia del Congreso de la República sobre el nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

<sup>4</sup>AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales. p.297.

Derechos del Niño puntualiza que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

El deber estatal emana del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual dispone que:

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

Asimismo el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

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

En el mismo sentido, nuestra Constitución Política reconoce en su artículo 4 la protección especial que debe brindar el Estado a los niños, niñas y adolescentes.

No podemos dejar de lado que el *“Principio del Interés Superior de Niño”* nos sirve de garantía para la restitución de los derechos de los niños en desprotección familiar e incluso se aplica como un criterio orientador de las políticas públicas referidas a la niñez en esta situación excepcionalmente difícil.

El dictamen de la Comisión de Justicia del Proyecto de Ley N°495/2011-CR entiende por interés superior del niño, niña y adolescente como la satisfacción integral, simultánea y armónica de sus derechos y dispone que cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Asimismo, sobre el interés superior del niño, la Opinión Consultiva OC-17/2012, de fecha 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prescribe lo siguiente:

*“56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.”*

Es por ello que a la autoridad estatal le corresponde otorgar medidas urgentes de protección destinadas a restituir sus derechos y el cese de las vulneraciones de las que hayan sido sujetos, las que actualmente son recogidas en el artículo 243 del Código de los Niños y los Adolescentes como el cuidado en el propio hogar, la participación en el Programa Oficial o Comunitario con atención educativa, de salud y social, la incorporación a una familia sustituta o colocación familiar y la atención integral en un Centro de Atención Residencial.

De acuerdo a lo establecido en este artículo, el acogimiento familiar debería aplicarse antes que la institucionalización del niño o niña en un Centro de Atención Residencial; sin embargo, el acogimiento residencial en nuestro país ha sido la respuesta permanente y casi exclusiva ante las situaciones de desprotección familiar.

El problema central para la gran mayoría de operadores judiciales en su labor jurisdiccional, es la determinación de la medida de protección más adecuada y por lo general aplican el acogimiento residencial como medida idónea y exclusiva, sin tener en consideración otras medidas de protección que pueden resultar más adecuadas para la restitución de derechos.

Según cifras del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), se calcula que en nuestro país existen aproximadamente 17 mil niños, niñas y adolescentes en abandono, albergados en Centros de Atención

Residencial (CAR). Sin embargo, esta cifra no recoge el gran número de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en las calles, como producto de graves problemas de desestructuración familiar que, en muchos casos, tienen a la pobreza como telón de fondo.<sup>5</sup>

Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones Unidas recomiendan que cuando la familia del niño no pueda proveer el debido cuidado al niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado debe procurarle un acogimiento alternativo adecuado, y hace una mención específica en el numeral 22 que de conformidad con la opinión predominante de los expertos, el acogimiento alternativo de los niños de corta edad debería ejercerse en un ámbito familiar, y sugiere implementar acciones y programas destinados a la desaparición de las grandes instituciones de acogimiento institucional.<sup>6</sup>

En las Observaciones Finales al tercer informe periódico presentado por nuestro país al Comité de los Derechos del Niño, éste puso de manifiesto su preocupación por tres aspectos: el hecho de que el acogimiento residencial no siempre se utilizaba como medida de último recurso, el estado precario en que se encuentran algunos de los centros y la insuficiente capacidad para atender a todos los niños, niñas y adolescentes.

La aplicación efectiva de las medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o riesgo se debe entender en la perspectiva de garantizar y hacer efectivo sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a vivir en familia.<sup>7</sup>

No obstante, el que nuestra Constitución carezca de un reconocimiento expreso del derecho a vivir en una familia como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes no es obstáculo para que, sobre la base de los

---

<sup>5</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2011). *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*, Serie de Informes Defensoriales-Informes N°153. Lima, p.15.

<sup>6</sup>Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones Unidas [en línea] <http://iss-ssi.org/2009/assets/files/guidelines/SPA/Directrices%20de%20Naciones%20Unidas.pdf>

<sup>7</sup>DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los centros de atención residencial estatales desde una mirada de la Defensoría del Pueblo*. Serie de Informes Defensoriales-Informes N°150. Lima, p.99.

denominados derechos no enumerados (artículo 3 de la Constitución) del marco normativo internacional vigente (que en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 y la Cuarta Disposición y Transitoria de la Constitución forman parte de nuestro derecho interno), de los principios de interpretación de los derechos humanos – en especial de la denominada Doctrina de Protección Integral – y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se deba entender que vivir en una familia es un derecho constitucional cuyo respeto y garantía resultan exigibles al Estado.<sup>8</sup>

Para el supremo intérprete de la Constitución, tal naturaleza de derecho fundamental se sustenta *“en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 y 2, inciso 1) de la Constitución”*.<sup>9</sup>

El Código de los Niños y de los Adolescentes es su artículo 8 reconoce el derecho a vivir en una familia, prescribiendo lo siguiente:

*“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.”*

El Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021 tiene como resultado esperado N°22 que los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales se integren a una familia. Esta meta se justifica porque actualmente para muchos niños, niñas y adolescentes es la situación de institucionalización en que se encuentran en diferentes Centros de Atención Residencial (CAR) públicos y privados, que debiendo funcionar como instituciones transitorias suelen devenir en permanentes. Por otra parte, existe la preocupación de que una de las causas del ingreso a los Centros de Atención Residencial, es que se acepta como motivo situaciones de pobreza o

---

<sup>8</sup>*Idem*, pp.102-103.

<sup>9</sup>*Idem*, p. 103.

extrema pobreza. La meta del Plan Nacional es que un tercio de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales, se reintegren a su seno familiar o se integren a un grupo familiar de manera definitiva.

Nosotros sostenemos como hipótesis general que el acogimiento familiar es la medida de protección más idónea, para la restitución de derechos en caso de desprotección familiar. El acogimiento familiar tal como se ha diseñado en la nueva ley<sup>10</sup>, es la medida de protección más idónea porque tiene como objeto que los niños, niñas y adolescentes que no puedan vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional y temporal con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute, el goce y ejercicio de su derecho a vivir en una familia y les provea los cuidados necesarios para su desarrollo, siempre que sea favorable a su interés superior.

Esta ley tuvo su origen en el Proyecto de Ley N°2088/2012-CR que fue decretado a la Comisión de la Mujer y Familia como única comisión dictaminadora el 10 de abril de 2013.<sup>11</sup> Los autores señalaron que el fin de la proposición de la ley es otorgar protección especial a los niños, niñas y adolescentes que no se encuentran viviendo con sus padres o familiares por diversas causas: el abandono material y/o moral por parte de su núcleo familiar, la fuga del hogar, el extravío, la crisis económica familiar, entre otros.

Desde el análisis terminológico, el actual acogimiento familiar reemplaza el término *“colocación familiar”* denominado así por el Código de los Niños y Adolescentes; en razón de que éste último corresponde a la Doctrina de la

---

<sup>10</sup>Ley de Acogimiento Familiar, Ley N°30162.

<sup>11</sup> Desde la Comisión de la Mujer y Familia se elaboró y aprobó el dictamen del Proyecto de Ley N° 2088/2012-CR, el mismo que tuvo como propósito aprobar la **“Ley de Acogimiento Familiar”** a iniciativa del Grupo Parlamentario Fujimorista, estando suscrita por los señores Congresistas: Aurelia Tan de Inafuko, José Elías Avalos, Kenji Fujimori Higuchi, Karla Schaefer Cuculiza, Luisa Cuculiza Torre, Luz Salgado Rubianes Luz y Gian Carlo Vacchelli Corbetto. La Comisión luego del estudio y análisis de la iniciativa; y, teniendo a la vista *el Oficio N° 0925-2013-DP de fecha 22 de mayo de 2013, remitido por el Defensor del Pueblo, al que se adjunta el Informe de Adjuntía N° 009-2013-ANA/DP suscrito por la Adjuntía (e) para la Niñez y Adolescencia que contenía el análisis del proyecto de ley; y, el Oficio N° 1814-2013-MIMP de fecha 21 de junio de 2013, remitido por la Secretaría General del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al que se adjunta el Informe N° 010-2013-MIMP/DGFC-DIFF-PST suscrito por la Directora (e) de la Dirección de Fortalecimiento de las Familias que contiene la opinión institucional del citado Ministerio;* incluyó el debate de la proposición de Ley en la Agenda de la Cuarta Sesión Extraordinaria de la Segunda Legislatura del Período Anual de Sesiones 2012-2013 realizada el lunes 24 de junio de 2013, habiendo resuelto por recomendar la aprobación de la iniciativa con modificaciones, con un texto sustitutorio denominado **“Ley de Acogimiento Familiar”**.

Situación Irregular la cual consideraba al niño objeto de tutela. El término colocación familiar evolucionó a acogimiento familiar en España, ya que la institución del acogimiento familiar fue regulada mediante la Ley N°21/1987, la cual definió al acogimiento familiar como aquella situación en la que el menor de edad obtiene la plena participación en la vida de la familia acogedora, teniendo ésta las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral<sup>12</sup>.

Antes de la aprobación de la nueva ley, el acogimiento familiar había sido escasamente puesto en práctica a pesar de estar considerado antes que el acogimiento residencial. En nuestro país es de práctica rutinaria que cuando un niño carece de familia o ésta tiene limitaciones materiales, la mejor alternativa es recluir al niño, niña y adolescente en un Centro de Atención Residencial. El acogimiento familiar se ha utilizado en casos excepcionales porque se ha preferido institucionalizar a los niños que entregarlos a familias sustitutas e incluso esta institucionalización que debiera haber sido de carácter temporal solía convertirse en una medida de carácter definitivo para muchos niños que permanecían hasta la mayoría de edad sin ser adoptados o acogidos en otras familias, ya sean consanguíneas o de terceros.

El problema de un niño, niña o adolescente que ingresa a un Centro de Atención Residencial es la dificultad de su reinserción a su familia de origen o extensa, y en otros casos no se consigue ubicarlas. Otro asunto es que la declaración en estado de abandono puede demorar años y en consecuencia el proceso de adopción se inicia tardíamente, lo que acarrea la institucionalización permanente de los niños, niñas y adolescentes.

A fin de evitar la institucionalización del niño, niña o adolescente tutelado, se deberá considerar medidas de protección como el acogimiento familiar con la finalidad de ser integrados a su familia extensa. De acuerdo a lo establecido en el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con la

---

<sup>12</sup> DEL VALLE, J., BRAVO, A. y LÓPEZ, M. (2009) *El acogimiento Familiar en España: implantación y retos actuales*. En Papeles del psicólogo [en línea], vol.30. pp. 33 <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1654.pdf>

Convención sobre los Derechos del Niño, el acogimiento residencial debería ser la última medida de protección temporal.

Otro problema es el referido al procedimiento de investigación tutelar, debido a que en nuestro país, el mismo se tramita tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. En el primer caso éste se realiza bajo la responsabilidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, conforme lo establece el Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, este organismo solo ha asumido su competencia en algunos lugares, por ello en el resto del país su tramitación aún está a cargo del Poder Judicial.

El propósito de los procesos tutelares es el otorgamiento de medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o riesgo o son objeto de maltratos o se encuentran en situaciones excepcionalmente difíciles. Dentro de este ámbito tutelar, también consideramos a los menores de catorce años de edad que están en conflicto con la ley penal.

La Defensoría del Pueblo recomendó rediseñar el marco normativo e institucional que sustenta el procedimiento de investigación tutelar, a partir de las siguientes consideraciones: la situación de abandono debe ser considerada como una grave vulneración de derechos y se debe implementar medidas de protección.<sup>13</sup>

Se requiere repensar el proceso tutelar a fin de incorporar el nuevo paradigma de la Doctrina de la Protección Integral y la consideración primordial del Interés Superior del Niño. En este sentido, el abandono infantil debe entenderse como una situación de vulneración de derechos que origina desprotección familiar y la investigación tutelar como el procedimiento que permite la restitución de derechos.

La situación descrita, nos permite reflexionar sobre los alcances de la investigación tutelar desde la perspectiva de la primacía del Interés Superior

---

<sup>13</sup> Defensoría del Pueblo. (2011) *Op. Cit.*, p.17.

del Niño y del derecho a vivir en una familia y se comprende que la declaración de estado de abandono se justifica en el Interés Superior del Niño y no únicamente como la sanción por el incumplimiento de las responsabilidades parentales.

En definitiva, nuestro objetivo principal es demostrar que el acogimiento familiar es la medida de protección idónea para la restitución de derechos en los casos de desprotección familiar. Para ello, se realizó un trabajo de campo a través de encuestas dirigidas a los operadores judiciales de tres provincias del país. En total se encuestaron a 75 personas, entre Jueces y Especialistas Legales en materia de Derecho de Familia en las provincias de Amazonas (30 personas), Cañete (25 personas) y Tumbes (20 personas).

#### **4. Contrastación y discusión**

##### **4.1. Estado de abandono**

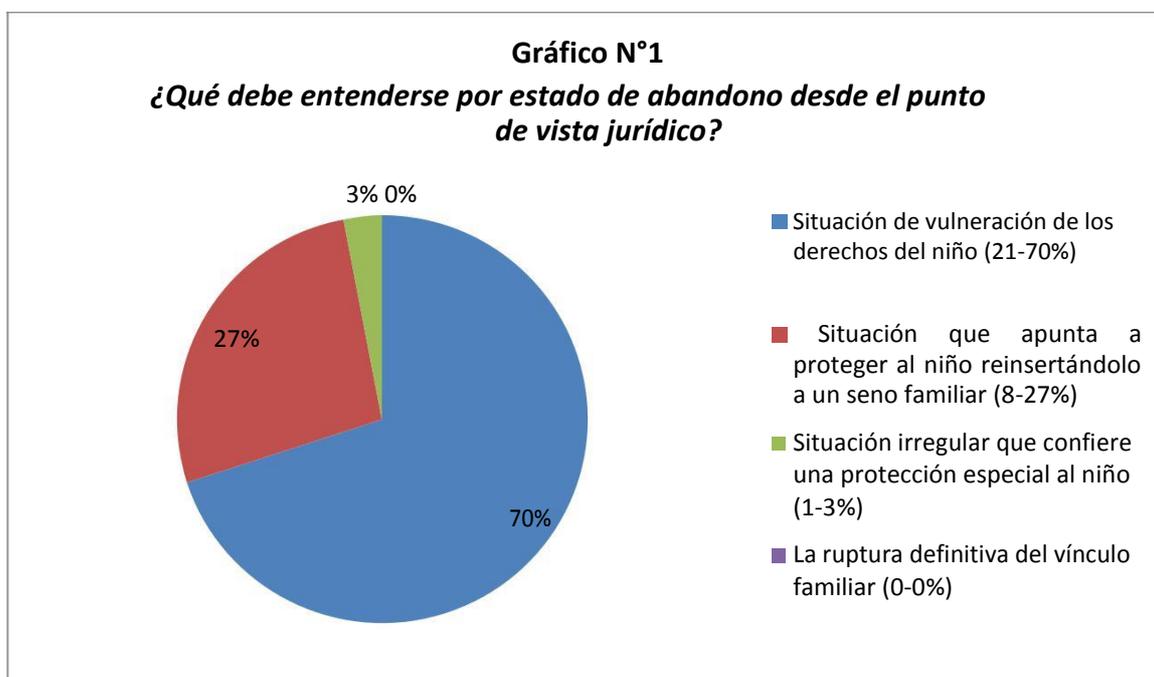
En la provincia de Amazonas, el 70% de los encuestados respondió que el estado de abandono es una situación de vulneración de los derechos de los niños, mientras un 27% contestó que es una situación que apunta a proteger al niño reinsertándolo a un seno familiar, y un 3% manifestó que es una situación irregular que le confiere al niño de una protección especial. (*Gráfico N°1*)

Ante la misma pregunta, en la provincia de Cañete, el 72% de los encuestados contestó que debe entenderse al estado de abandono como una situación de vulneración de los derechos de los niños. Asimismo, el 20% respondió que dicha situación apunta a proteger al niño reinsertándolo a un seno familiar, y el 8% indicó que esta situación irregular confiere al niño una protección especial. (*Gráfico N°2*)

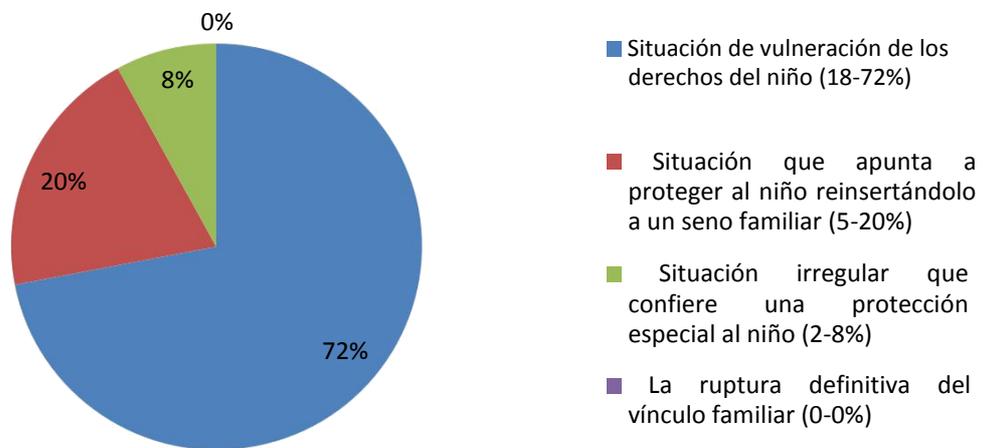
Mientras que en la provincia de Tumbes, el 60% de los encuestados respondió que debe entenderse este escenario como una situación de vulneración de los derechos de los niños, asimismo un 25% contestó que esta es una situación que apunta a proteger al niño reinsertándolo a un seno familiar, frente a un

15% que manifestó que es una situación irregular que confiere una protección especial. (Gráfico N°3)

Del análisis de las respuestas, el estado de abandono, desde el punto de vista jurídico, debe ser considerado como una situación de vulneración de los derechos de los niños; en consecuencia, la medida de protección más adecuada es la que definitivamente restituya los derechos vulnerados. Partiendo de esta línea de pensamiento, los derechos que se vulneran de los niños en situación de abandono por lo general, son aquellos que tienen que ver con su derecho a la identidad, derecho a la integridad, física y psíquica, y el derecho a vivir en una familia.

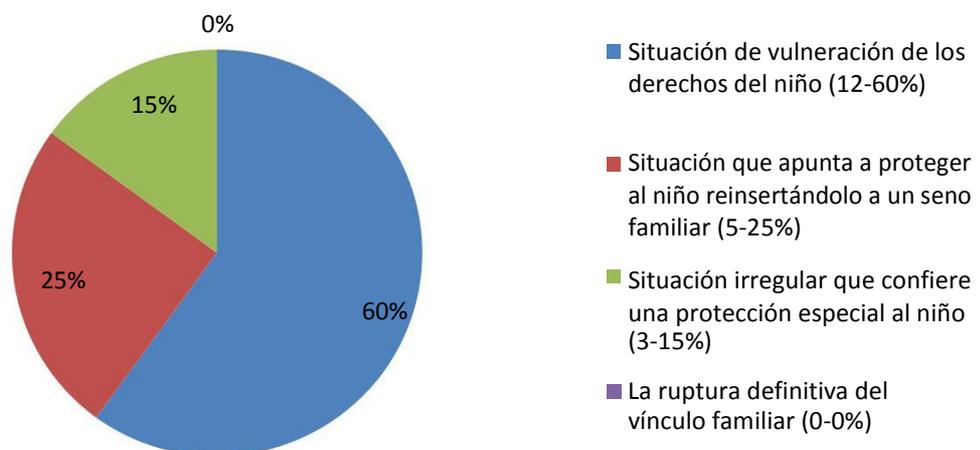


**Gráfico N°2**  
**¿Qué debe entenderse por estado de abandono desde el punto de vista jurídico?**



Si el Estado pretende la restitución de estos derechos debe considerar dos aspectos en la declaración del estado de abandono: la constatación que los padres o tutores han incumplido con las obligaciones fundamentales de la patria potestad o la tutela, ya sea por una desestructuración familiar grave o por la ausencia de la misma, y la aplicación del Interés Superior del Niño a fin de resguardar los derechos de los niños a través de medidas de protección adecuadas.

**Gráfico N°3**  
**¿Qué debe entenderse por estado de abandono desde el punto de vista jurídico?**



A partir de la entrada en vigencia en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, la concepción de abandono se torna obsoleta porque no sólo se trata de verificar la situación irregular del niño, sino lo más importante es la inmediata restitución de derechos. Si bien esta situación puede ameritar la extinción de la patria potestad, dependiendo del caso, lo relevante es la protección especial que debe otorgar el Estado.

Cuando la familia no cumple con rol de proteger y asistir a los menores de edad, promoviendo el desarrollo de la personalidad de los niños, en primer término el Estado debe fomentar la restauración de ese medio natural, pero en caso de no lograrlo, el niño sólo podrá ser separado de su familia cuando la convivencia perjudique su interés superior; en este caso tendrá que reinsertarlo en su familia extensa y como opción final con terceros no parientes previamente evaluados.

El juez especializado deberá declarar el estado de abandono en la medida en que el menor de edad se encuentre en situación de desprotección familiar; es decir, que tanto el padre como la madre no asuman obligaciones como el sostenimiento del niño, ni tampoco velen por su desarrollo integral. En diversas oportunidades, se encuentra a un niño abandonado en un lugar donde corre peligro su vida, ya no solo se trata de un tema de incumplimiento, sino que estamos en presencia del delito de exposición de personas al peligro; en estos casos, de manera particular, creemos que los padres que han cometido tal ignominia no deberían recuperar de ninguna manera la tenencia de su hijo en razón de la propia defensa de su vida. Creemos además que el estado puerperal no debe ser una causa eximente de responsabilidad penal en el delito de exposición de personas al peligro, porque la progenitora que ha cometido tal acto ha atentado contra la propia vida e integridad de su hijo, situación que la inhabilita como madre.

En este razonamiento, sólo cuando los padres quedan descalificados para el ejercicio responsable de la patria potestad, se deberá declarar el abandono para aplicar la medida de protección definitiva de adopción, sino no tendría sentido declararlo. ¿Cuándo un padre o una madre pueden quedar

descalificados? Citaremos algunos casos que se han propuesto como extinción de la patria potestad: el padre que cometió feminicidio con la madre de sus hijos, la tentativa de infanticidio, exposición o abandono peligroso, trata de personas, violación sexual de menor de edad, favorecimiento a la prostitución, explotación sexual comercial infantil y pornografía infantil en agravio o perjuicio del hijo, hija u otros menores de edad con o sin vínculo familiar.

En otros países, a la declaración de abandono se le denomina “*declaración de adoptabilidad*” con un enfoque de familia, cuyo objetivo debe ser la restitución de derechos y en particular el derecho de vivir en una familia ya sea originaria o adoptiva.

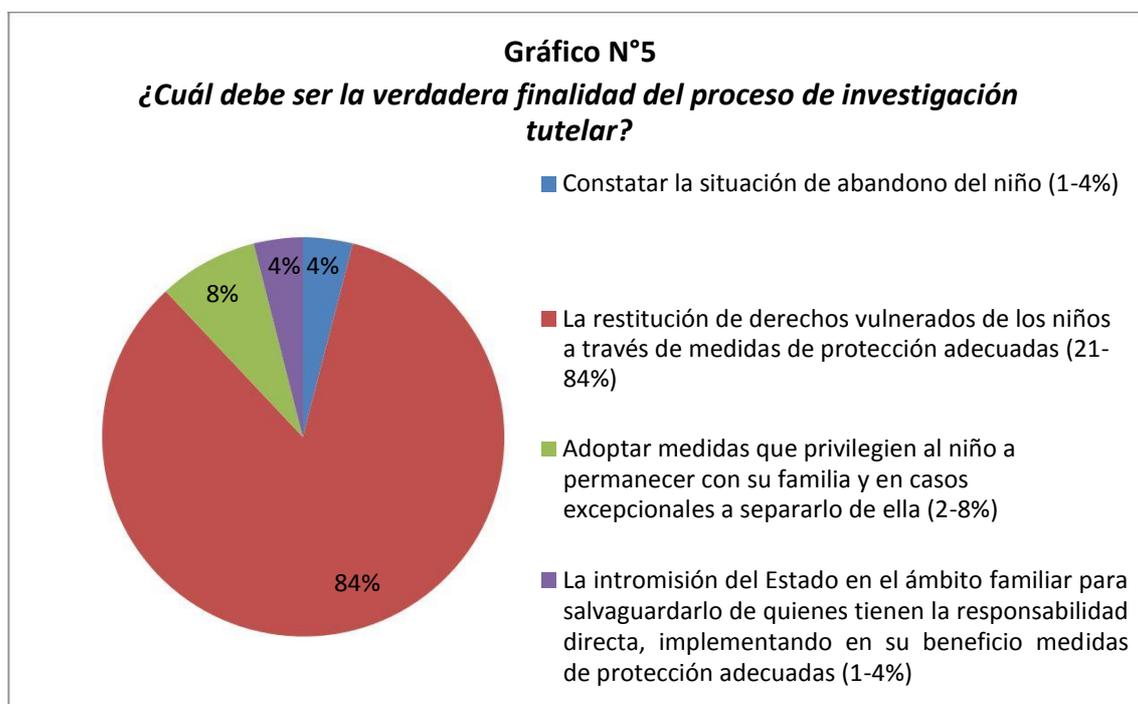
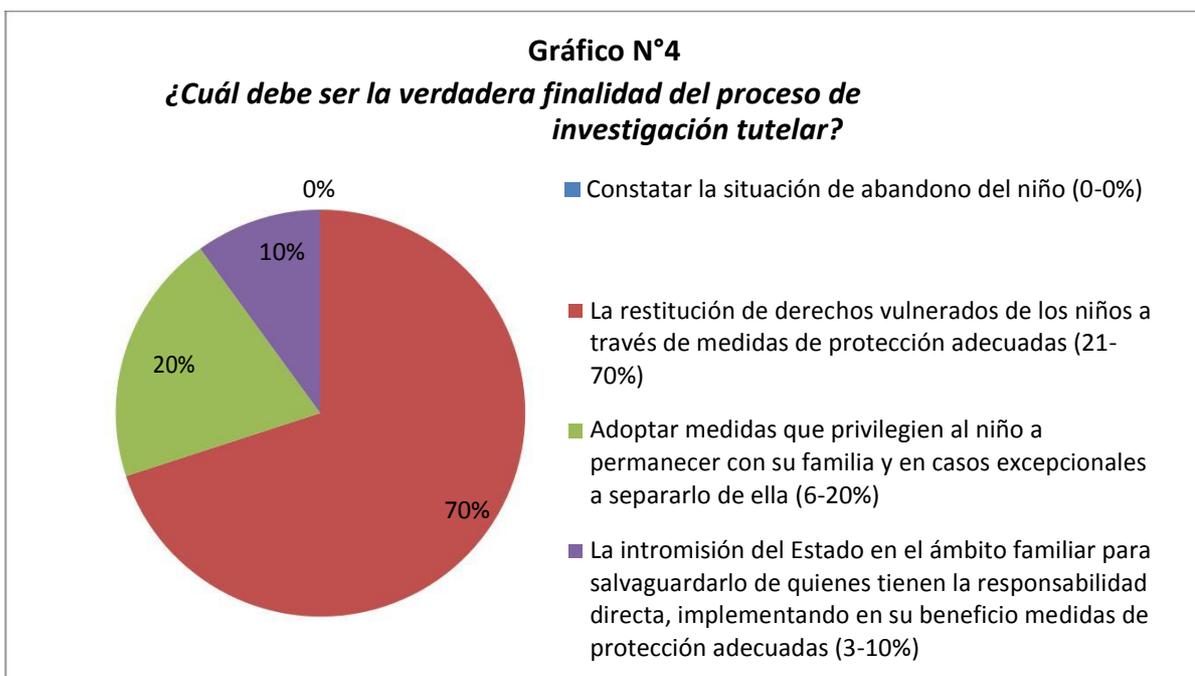
Sin embargo, en nuestro país todavía no se ha eliminado del sistema la concepción de abandono al amparo de la Doctrina de la Situación Irregular, lo que implica que dentro del proceso de investigación tutelar la mayor preocupación consiste en ubicar un Centro de Atención Residencial que albergue a este niño.

#### **4.2. El proceso de investigación tutelar**

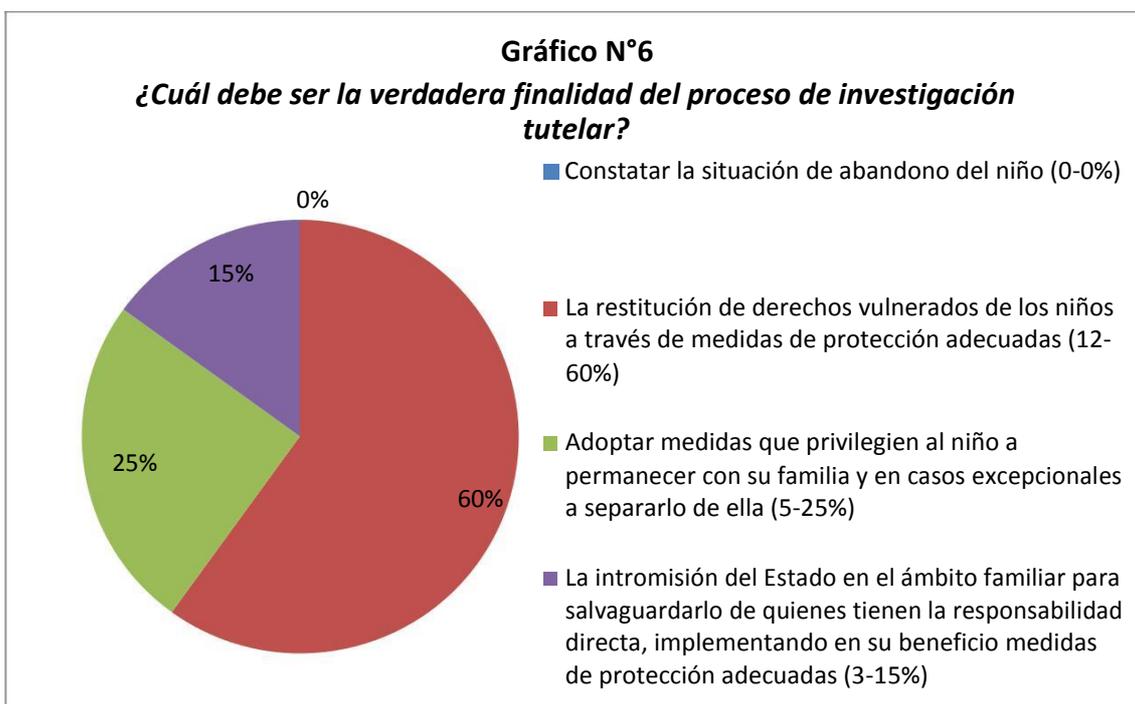
En la provincia de Amazonas, el 70% de los encuestados respondió que la finalidad del proceso de investigación tutelar es la restitución de derechos vulnerados, a través de medidas de protección adecuadas, asimismo, el 20% consideró que la finalidad de dicho proceso es la adopción de medidas que privilegien al niño a permanecer con su familia y en casos excepcionales a ser separado de ella, mientras el 10% contestó que es la intromisión del Estado en el ámbito familiar para salvaguardarlo de quienes tienen la responsabilidad directa, implementado en su beneficio medidas de protección adecuadas. (Gráfico N°4)

En la provincia de Cañete, el 84% de los encuestados consideró que la finalidad del proceso es la restitución de derechos vulnerados de los niños a través de medidas de protección adecuadas, el 8% opinó que es la adopción de medidas que privilegien al niño a permanecer con su familia y en casos

excepcionales a ser separado de ella, mientras que el 4% señaló que es la intromisión del Estado en el ámbito familiar para salvaguardarlo de quienes tienen la responsabilidad directa, implementado en su beneficio medidas de protección adecuadas, y el otro 4% manifestó que es constatar la situación de abandono del niño. (Gráfico N°5)



En la provincia de Tumbes, el 60% de los encuestados manifestó que la finalidad es la restitución de derechos vulnerados de los niños a través de medidas de protección adecuadas, el 25% contestó que es adoptar medidas que privilegien al niño a permanecer con su familia y en casos excepcionales a ser separado de ella, mientras el 15% opinó que es la intromisión del Estado en el ámbito familiar para salvaguardarlo de quienes tienen la responsabilidad directa, implementado en su beneficio medidas de protección adecuadas. (Gráfico N°6)



Del análisis de las respuestas se deduce que el proceso de investigación tutelar ha dejado de ser simplemente un proceso para constatar el estado de abandono, y que en estos casos es necesario la aplicación de medidas de protección adecuadas para la restitución de los derechos vulnerados de niños y niñas, privilegiando ante todo que éstos puedan permanecer, crecer al amparo y bajo la responsabilidad, en lo posible, de sus padres, y que en casos excepcionales separarlos de ellos, en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño.

El pre-dictamen de la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República estableció como objeto de la Investigación Especial (investigación

tutelar) verificar la situación de desprotección familiar en que se encuentra un niño, niña o adolescente con la finalidad de aplicar las medidas de protección, que deberán orientarse a restituir los derechos vulnerados, especialmente el derecho de vivir y desarrollarse en el seno de una familia. Asimismo reconoció como instancias competentes al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para conocer la Investigación Especial en el ámbito administrativo y al Juez Especializado sobre la declaración del Estado de Desprotección Familiar y la adoptabilidad.

Como la concepción de abandono está ligada al proceso de investigación tutelar, la dinámica del mismo se ha renovado, priorizando el Interés Superior del Niño y aplicando diversos enfoques, como el enfoque de derechos, el enfoque de familia, el enfoque de igualdad de género, el enfoque ecológico y el enfoque psicosocial. Desde la perspectiva operativa, será importante verificar la vulneración de derechos por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, ya sea por culpa o negligencia o incapacidad de los padres. De otro lado, no todos los casos de incumplimiento parental deben ser tutelarizados, en la mayoría de veces se puede tratar de un proceso civil de suspensión o pérdida de la patria potestad, en el cual se podrá otorgar como medida de protección el acogimiento familiar. Es decir el acogimiento familiar se puede otorgar dentro de un proceso de investigación tutelar y en el proceso civil donde se discuta la suspensión o pérdida de la patria potestad.

El meollo del asunto está en determinar cuándo se trata de un proceso civil o uno tutelar. Un criterio diferenciador es que cuando el incumplimiento esté expresamente señalado como causa de suspensión de la patria potestad, el proceso puede ser civil e iniciado por el Fiscal de Familia, y no se requiere de un proceso tutelar para el otorgamiento de una medida de protección porque de acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral la suspensión de la responsabilidad parental no tiene sólo como objetivo la sanción a los padres sino principalmente la protección especial a los niños. Por ejemplo, en nuestro sistema el castigo físico y humillante, que se ha recomendado su prohibición expresa por el Comité de los Derechos del Niño, puede considerarse como maltrato y éste a su vez es una causal de suspensión de patria potestad; por lo

tanto el proceso podrá ser civil y no tutelar. Otro criterio diferenciador es que el vínculo parental no se pierde y el padre afectado podrá recuperarlo mediante un proceso de restitución de la patria potestad, demostrando que la causal ha desaparecido ya sea por tratamientos especializados o terapias, entre otros.

Hay que destacar que se le puede suspender la patria potestad a uno de los padres pero quedará el otro progenitor habilitado para ejercer de manera individual y absoluta la responsabilidad parental y sólo en el caso que la suspensión sea para ambos padres, el juez podrá aplicar la reinserción familiar del niño en familia extensa.

El proceso de investigación tutelar puede concluir de dos maneras: declaración de estado de abandono a fin de que el niño sea adoptado y la reinserción familiar cuando la autoridad administrativa constate que la familia con una debida orientación y apoyo estatal pueda lograr su funcionalidad.

En el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República sobre el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes se ha eliminado varios términos como investigación tutelar, abandono y declaración del estado de abandono. La investigación tutelar ha sido reemplazada por la denominación de *“investigación especial”*, el abandono por *“desprotección familiar”* y la declaración de abandono por *“declaración de adoptabilidad”*. Estos términos han sido sustituidos porque corresponden a la Doctrina de la Situación Irregular donde el significado de protección especial implicaba institucionalizar. Observemos que la desvinculación jurídica definitiva del niño en estado de desprotección familiar de sus padres tiene una denominación positiva, *“adoptabilidad”*, es decir sólo se justifica ésta en la medida que realmente el Estado garantice el derecho del niño a vivir en una familia.

Como la investigación tutelar puede concluir en la declaración de estado de abandono está vinculada a la extinción de la patria potestad, lo que significa que el incumplimiento de los deberes parentales va acompañado de otras circunstancias que agravan la situación del niño como el desconocimiento del paradero de los padres o situaciones de extrema gravedad cuando los niños

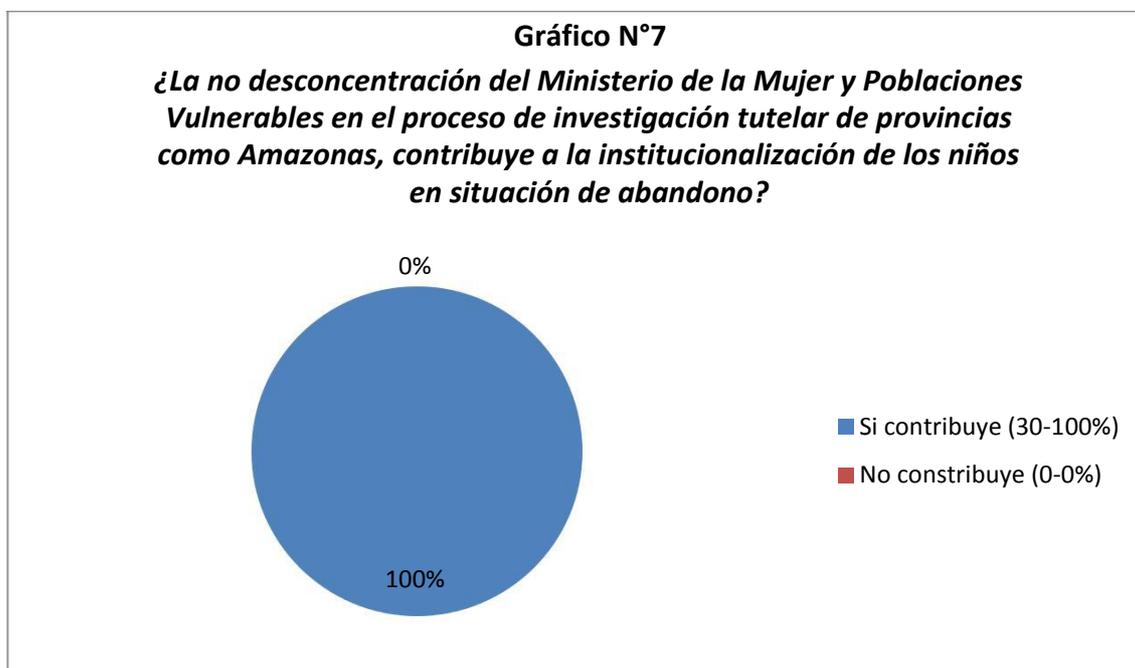
son abandonados o son objeto de maltrato o explotación, circunstancias que impiden la reinserción familiar en su familia de origen. Consideramos conveniente que en estos casos, la autoridad administrativa o el Fiscal de oficio solicite la suspensión de la patria potestad, ya que se puede presentar el caso de que habiéndose otorgado el acogimiento familiar no sea posible ejercerlo debidamente por la interferencia del padre o madre biológicos.

En varias oportunidades se ha presentado el caso que encontrándose en investigación tutelar un menor de edad, el padre abandonante pretende ejercer derechos sobre sus hijos porque aún continúa vigente la patria potestad, perturbando el adecuado ejercicio de la medida de protección impuesta. Esta posición no significa que se debe descuidar la reinserción familiar como proceso de reintegración de un niño, niña o adolescente con su familia de origen, siempre que favorezca su interés superior. Se ha presentado casos de maltratos en los cuales los abuelos ejercen la tenencia de sus nietos porque sus hijos tienen problemas de drogas o alcohol o similares y muchas veces están imposibilitados de realizar determinados actos en favor de los niños; para estos casos se recomienda que desde la apertura del proceso de investigación tutelar se solicite la suspensión de la patria potestad y que los abuelos sean nombrados tutores.

La autoridad administrativa o el juez especializado debe tener en cuenta en un proceso de investigación tutelar el desarrollo integral del niño tutelado y su proyecto de vida y fundamentalmente de salvaguardarlo de situaciones que continúen vulnerando sus derechos. Será necesario aplicar el enfoque de derechos ante la existencia de un conflicto de derechos entre los adultos y los derechos del niño, priorizando la decisión que resulte más beneficiosa para la condición de niño.

***¿La no desconcentración del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el proceso de investigación tutelar de provincias como Amazonas, Cañete y Tumbes, contribuye a la institucionalización de los niños en situación de abandono?***

Ante esta interrogante, en la provincia de Amazonas, el 100% de los encuestados consideró que la no desconcentración del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el proceso de investigación tutelar contribuye a la institucionalización de los niños en situación de abandono. (*Gráfico N°7*).



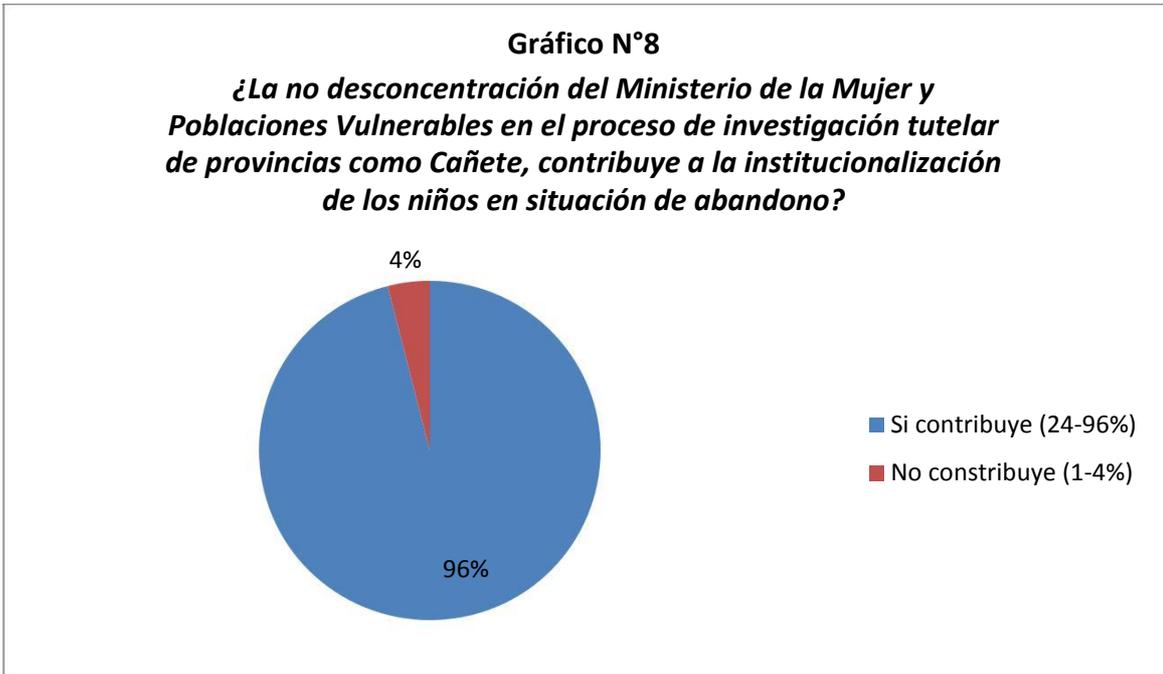
En la provincia de Cañete, el 96% de los encuestados contestó que sí contribuye, mientras el 4% opinó que no. (*Gráfico N°8*).

Y en la provincia de Tumbes, el 95% de los encuestados respondió que sí contribuye, y el 5% que no. (*Gráfico N°9*)

La Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28330, “*Ley que modifica diversos artículos del Código de los Niños y los Adolescentes*” estableció que el INABIF asumiría de manera progresiva la competencia en investigaciones tutelares, en consecuencia el Poder Judicial continuaría tramitando dichos casos. Hasta la fecha la desconcentración ha sido muy lenta, y recién este año se han incorporado los departamentos de Cuzco y Arequipa a los preexistentes de Lima, Lima Norte y el Callao.

Del análisis de las respuestas manifestadas, indudablemente la no desconcentración de la competencia del Ministerio de la Mujer y Poblaciones

Vulnerables en los procesos de investigación tutelar ha incrementado la carga procesal en los juzgados en el interior del país de manera innecesaria sobre la materia, originando que sean mayores los casos que declaren el internamiento en un Centro de Atención Residencial a niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono.



Hemos observado que la gran mayoría de jueces optan por imponer como medida de protección, frente a la situación de abandono, el acogimiento residencial en lugar de aplicar otras medidas de protección. Si bien es cierto, existen otras medidas como la participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social o la atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado, los juzgados de familia o mixtos no las pueden aplicar debido a su inexistencia en las regiones del país. Entonces nos quedan dos medidas de protección como el acogimiento familiar o el cuidado en el propio hogar. Sin embargo, respecto a esta última medida no existe el apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa; ya que el Poder Judicial no cuenta con un equipo que pueda prestar este servicio.

Además a nivel nacional son insuficientes los centros de atención residencial que puedan acoger niños en estado de abandono o si existen no pueden brindar un servicio adecuado por el hacinamiento en que se encuentran, y a esta situación se suma que tampoco es posible aplicar el acogimiento familiar porque hay una carencia de solidaridad en favor de los niños desprotegidos. Este problema se produce porque los jueces mantienen el paradigma de la situación irregular: niño abandonado- niño institucionalizado.

Según el dictamen del Proyecto de Ley N°2088/2012-CR de la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República, existe un gran inseguridad jurídica por la no desconcentración del INABIF a nivel nacional, ya que en la mayoría de las provincias del país, son los jueces de familia o mixtos, lo que tienen que llevar a cabo la investigación tutelar y cuando disponen medidas de protección como el acogimiento residencial o familiar no pueden ejecutarse.

El acogimiento residencial no se aplica, ya sea por falta de espacio en los centros de atención residencial o porque éstos no existen en el lugar, además de considerar que los CARs en su mayoría son de organizaciones no gubernamentales o asociaciones religiosas. Los niños en estado de abandono no tienen un lugar donde permanecer y cuando los jueces ordenan la colocación familiar, el ente rector señala que con esa medida impiden la

adopción administrativa. El propio dictamen señala que la no desconcentración del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables origina una revictimización en los niños y niñas en estado de abandono.

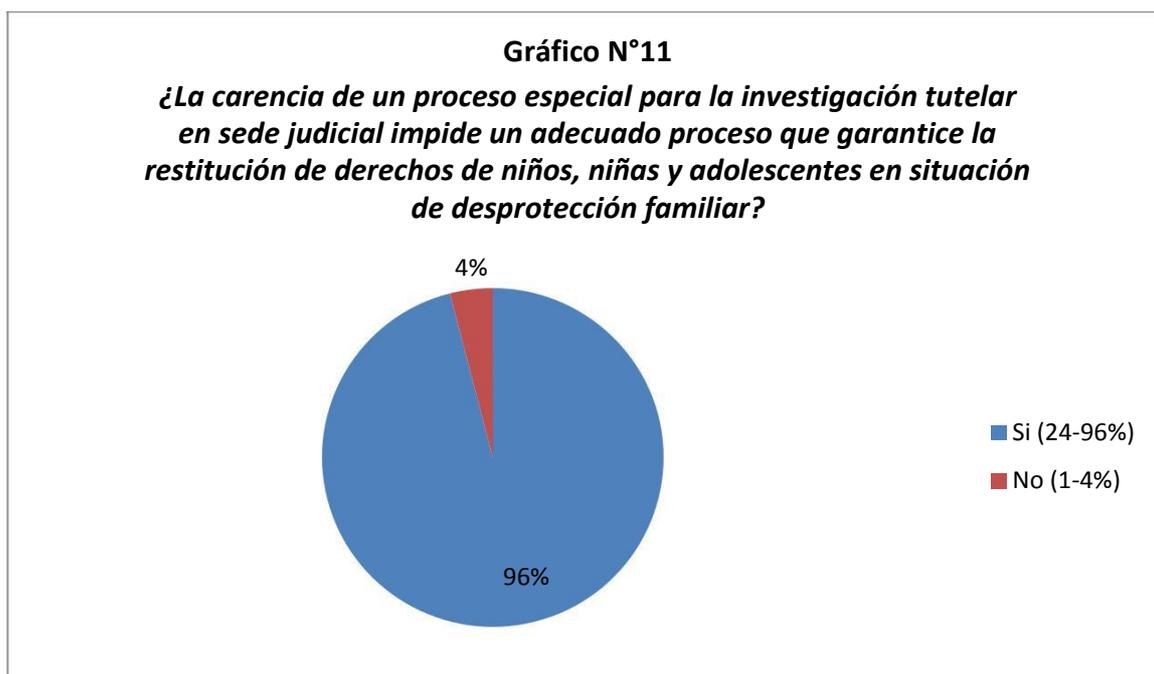
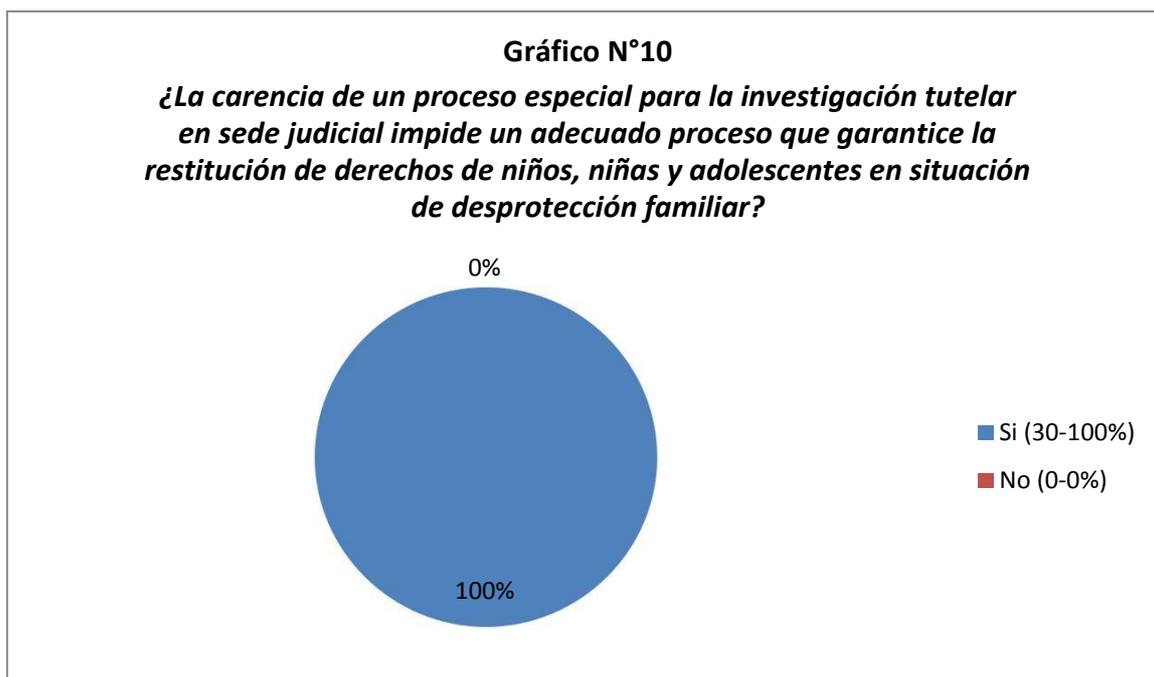
***¿La carencia de un proceso especial para la investigación tutelar en sede judicial impide un adecuado proceso que garantice la restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección familiar?***

Frente a esta pregunta, en la provincia de Amazonas, el 100% de los encuestados respondió afirmativamente. (*Gráfico N°10*)

En la provincia de Cañete, el 96% de los encuestados respondió que sí, mientras sólo el 4% que no. (*Gráfico N°11*)

Y en la provincia de Tumbes, el 95% de los encuestados respondió que sí, y el 5% que no. (*Gráfico N°12*)

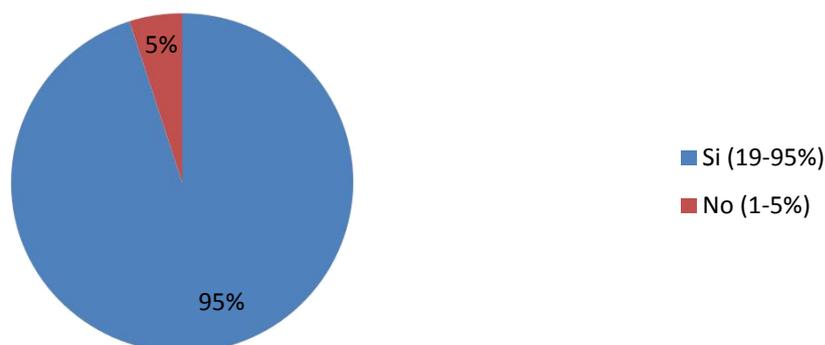
Del análisis de las respuestas, ciertamente, la ausencia de un proceso especial en sede judicial para la investigación tutelar, impide categóricamente que los operadores judiciales puedan realizar una buena labor, que a la larga genera un inadecuado ejercicio de la justicia, como aplicación de las medidas de protección que no garantizan la restitución de los derechos de los niños, largos procesos e institucionalización de menores de edad en los Centros de Atención Residencial, debido a gran cantidad de casos suscitados principalmente en el



Sin embargo, en opinión de los encuestados, el problema no es la ausencia de un proceso especial en sede judicial, sino que lo óptimo sería que no se llegue a judicializar este tipo de proceso, y que sea la autoridad administrativa quien actúe en estos casos, reservando al Juez, la decisión de declarar el estado de abandono de niños, niñas y adolescentes.

**Gráfico N°12**

***¿La carencia de un proceso especial para la investigación tutelar en sede judicial impide un adecuado proceso que garantice la restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de desprotección familiar?***



La Ley de Acogimiento Familiar, Ley N°30162, ha establecido el procedimiento judicial de investigación tutelar porque no existía una norma que defina cuáles son los criterios, requisitos y procedimiento para el otorgamiento de la medida de acogimiento familiar, y con la finalidad de evitar que dicha medida de protección no responda a un criterio de protección especial del niño, y no cuenten con las garantías de aptitud o idoneidad de las personas o familias acogedoras que garanticen el desarrollo integral de los niños.

Los criterios que se establecen en los artículos 105 y 106 del Código de los Niños y Adolescentes para la colocación o acogimiento familiar son el grado de parentesco y, necesariamente, la relación de afinidad o afectividad con la persona, familia que pretende asumir su cuidado, dándose preferencia a quienes se encuentren ubicados en su entorno local. Además se señala, que la colocación o acogimiento familiar tendrá lugar únicamente en familias residentes en el Perú, salvo en los casos de procedimiento administrativo de adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono.

El problema es la inexistencia de un proceso judicial que permita evaluar estos criterios y en la práctica pueden cometerse excesos y otorgar la colocación familiar a personas no aptas o idóneas. Es preciso contar un proceso que respete principalmente los derechos de los niños en estado de abandono y que

se realice una adecuada evaluación de la familia acogedora, de parte del Equipo Multidisciplinario del Poder Judicial, a fin de garantizar la restitución de los derechos vulnerados de los niños en desprotección familiar.

Con la finalidad de cubrir este vacío legal, la Ley N°30162 crea el procedimiento para la obtención del acogimiento familiar judicial, la cual se solicitara mediante solicitud al juez que conoce la investigación tutelar del niño, niña y adolescente o directamente al juez de familia o al juez mixto y se tramitará en cuaderno aparte siempre que exista un proceso de investigación tutelar abierto. Para ello, el juez a cargo de la respectiva investigación tutelar otorgará el acogimiento familiar previo dictamen favorable del Fiscal competente y el informe positivo del equipo técnico multidisciplinario de la respectiva Corte Superior. En este caso, la solicitud se presentará, cumpliendo con la presentación de documentos que acrediten la idoneidad y la solvencia moral.

#### **4.3. Medidas de protección**

Los encuestados de las provincias de Amazonas, Cañete y Tumbes, consideraron de manera unánime que el cuidado en el propio hogar es, por excelencia, la primera medida de protección que debe otorgarse a favor de los niños en situación de abandono. En segundo lugar, el acogimiento o colocación familiar es la segunda medida adecuada a aplicar. En tercer lugar, la participación de los niños en un Programa Oficial o Comunitario de Defensa con Atención educativa, de salud y social. Y que, la atención integral en un Centro de Atención Residencial se considera como una medida extrema, que se debe otorgar en último lugar. (*Gráfico N°13*)

De la interpretación de las respuestas de los encuestados, el cuidado en el propio hogar es una medida que garantiza el legítimo derecho de los niños a vivir en una familia, principalmente con sus propios padres, por constituir ésta su entorno más cercano, permitiéndole un mejor desarrollo integral, a fin de garantizar la restitución de sus derechos vulnerados y que no se pierdan los

lazos afectivos entre sus miembros; todo ello, en búsqueda de una posible reinserción familiar.

Existe la tendencia de reinsertar al niño en estado de desprotección familiar a su propio seno familiar a fin de evitar la ruptura definitiva del vínculo. Desde nuestro punto de vista esta reinserción familiar sólo será viable en la medida que los progenitores o uno de ellos garantice el cumplimiento de sus obligaciones parentales. Este tema está vinculado al derecho del niño a no ser separado de sus padres y que solo por aplicación del Interés Superior del Niño será separado. El Interés Superior del Niño como criterio interpretativo de los Derechos del Niño, determinará en qué situaciones al niño en estado de desprotección familiar le será favorable vivir con sus padres biológicos y reconstruir esa vida familiar o adoptar una medida de protección intermedia como el acogimiento familiar en parientes o terceros con referentes familiares. En todos los casos, la declaración de estado de abandono será de última ratio y deberá tener como objetivo la aplicación de la medida de protección de la adopción.

**Gráfico N°13**

<b>Medidas de protección</b>	<b>Provincias: Amazonas, Cañete y Tumbes</b>			
	<b>Total encuestados: 75 personas</b>			
	<b>Orden de prelación</b>			
	<b>Primero</b>	<b>Segundo</b>	<b>Tercero</b>	<b>Cuarto</b>
<b>Cuidado en el propio hogar.</b>	75 100%	-	-	-
<b>Acogimiento familiar o Colocación familiar.</b>	-	68 91%	7 9%	-
<b>Participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social.</b>	-	7 9%	68 91%	-
	<b>Primero</b>	<b>Segundo</b>	<b>Tercero</b>	<b>Cuarto</b>

<b>Atención integral en un Centro de Atención Residencial.</b>	-	-	-	75 100%
--	---	---	---	------------

El ordenamiento legal peruano presenta una variedad de medidas de protección a considerar tanto por los operadores judiciales y funcionarios competentes. Si bien es cierto, el lugar adecuado para el desarrollo de un niño es su propio hogar, su regreso a casa no debe ser inmediato ni automático porque se requiere de una preparación previa de sus progenitores, como terapias familiares para reconstruir esa familia disfuncional. No siempre se logra la reconstrucción del seno familiar y esto se puede presentar por varias causas, como cuando los hijos son frutos de embarazos no deseados, cuando la familia es recompuesta y no ha logrado ensamblarse, cuando existen desavenencias familiares irreconciliables, o simplemente por razones de salud mental no se puede ejercer adecuadamente el rol paterno o materno. Entonces debemos pensar en una medida de protección adecuada que sin romper el vínculo familiar, se puede apoyar en la familia extensa, como los abuelos, tíos y en general los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Estos parientes servirán de soporte familiar para el menor de edad en estado de desprotección familiar, situación que debe ser temporal por su misma naturaleza. Se presentaran casos en los cuales se suspenderá o perderá la patria potestad, de manera especial, cuando se trate de maltrato o algún delito en agravio de los hijos e incluso cuando no se cumpla con pasar la pensión de alimentos. El juzgador con buen criterio, deberá diferenciar los incumplimientos graves por parte de los padres y la incapacidad de los mismos para asumir la responsabilidad parental.

Para cada caso, tanto el Equipo Multidisciplinario como el Fiscal, recomendarán la medida de protección más adecuada que garantice el derecho de los niños a vivir en una familia. En varias ocasiones, tanto los jueces como los fiscales han concluido que toda situación de desprotección familiar amerita la institucionalización de un niño en un Centro de Atención Residencial en tanto se resuelva su situación jurídica. La mayoría de los encuestados han coincidido en considerar al acogimiento familiar como la segunda medida de protección adecuada para la restitución de los derechos

vulnerados; es decir, otras personas distintas son los que van a ejercer la función parental bajo los términos de una tutela especial prescrita en la Ley N°30162. Sin embargo desde nuestro punto de vista, el cuidado en el propio hogar no es una medida de protección propiamente dicha, debido a que ésta es una situación natural, el de convivir con sus padres. En esta línea de ideas, consideramos que la primera medida de protección es el acogimiento familiar en la familia extensa o de terceros previamente evaluados o seleccionados.

De modo natural, en nuestra legislación tenemos un vacío legal que cada vez se hace más notorio, que es la falta de regulación jurídica acerca de las obligaciones de la familia extensa. Uno de los pocos casos donde se considera la familia extensa es el régimen de visitas que se extiende hasta un cuarto grado de consanguinidad. Se hace necesario que se elabore un proyecto de ley que genere un marco legal para la familia extensa con obligaciones subsidiarias en los casos de desprotección familiar. La subsidiaridad debe ser obligatoria cuando los padres incumplan sus obligaciones fundamentales o tengan familias disfuncionales que de ninguna manera permitan el desarrollo integral de los niños.

Consideramos que el acogimiento familiar por la familia extensa es la medida de protección más adecuada porque no solo satisface los derechos vulnerados de los niños, sino que constituye un verdadero soporte familiar que evita la ruptura definitiva del vínculo paterno filial, porque lo reafirma o lo revitaliza. En algunos casos el acogimiento familiar en la familia extensa será incompatible con la patria potestad porque nuestro ordenamiento legal los considera tutores. Es decir, el otorgamiento de una medida de protección como el acogimiento familiar en familia extensa sustituye a la familia de origen y evita la institucionalización.

Estamos de acuerdo que el acogimiento familiar es la primera medida que se debe aplicar en los casos de desprotección familiar pero existen varios momentos a considerar: dentro de un proceso de investigación tutelar hasta antes de declararse judicialmente el estado de abandono o cuando ya se encuentran institucionalizados en un hogar público o privado. El criterio

mayoritario es el primero porque la declaración de abandono debe tener por objetivo la adopción. Al respecto la Ley N°30162 dispone que el acogimiento familiar también es aplicable por excepción para los niños cuando se encuentran institucionalizados en un hogar público o privado y han sido declarados en abandono, previa opinión favorable de la Dirección General de Adopciones.

La autoridad administrativa o judicial puede aplicar dos tipos de acogimiento familiar por razón del tipo de familia que la presta: acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia no consanguínea. En el primer caso, se dispone el acogimiento del niño, niña y adolescente en su familia extensa, considerando a los abuelos y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con la finalidad de sustituir temporalmente su núcleo familiar y asumir las responsabilidades de la tutela conforme a los artículos 526, 527 y 528 del Código Civil. En el segundo tipo el niño, niña y adolescente es acogido por referentes familiares u otras personas idóneas que sin tener parentesco alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida.

El acogimiento familiar debe ser otorgado considerando una serie de requisitos que demuestren la idoneidad del acogedor como su aceptación de ser capacitado o evaluado previamente con evaluaciones físicas y mentales y acompañados por un equipo profesional. Un aspecto subjetivo a tomar en cuenta es la relación de afinidad o afectividad con el niño, niña o adolescente que se pretende asumir su acogimiento.

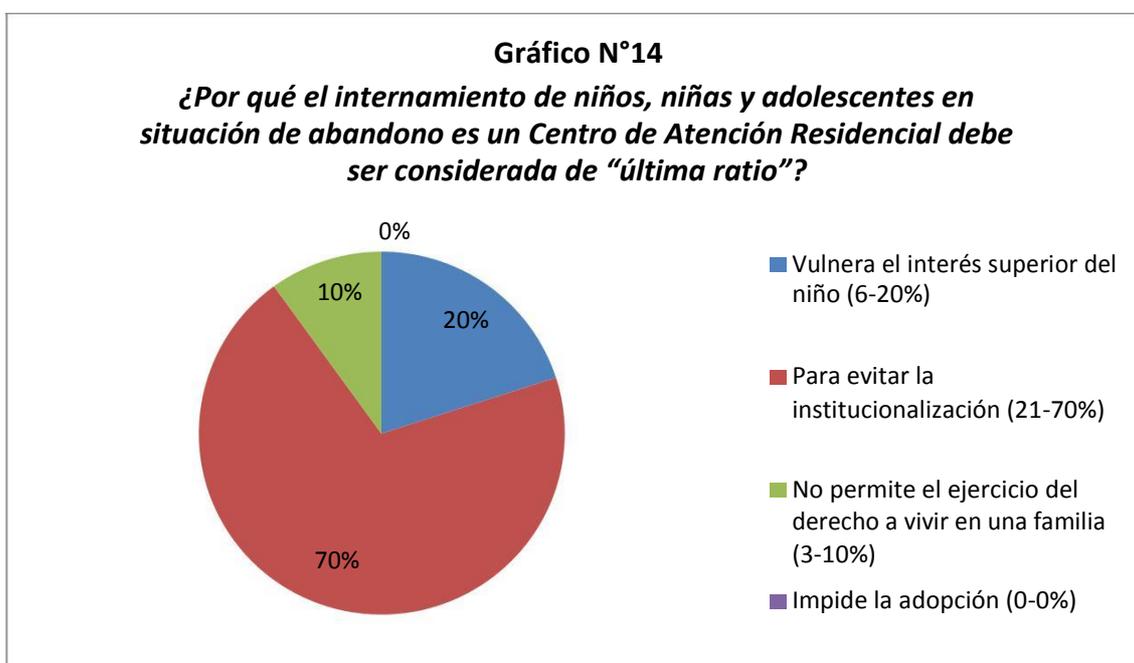
Sin embargo, ante la imposibilidad de la reinserción familiar, lo adecuado es disponer su colocación o acogimiento familiar en su familia extensa, y ante la ausencia de ésta, a favor de terceros, como una medida de protección de carácter subsidiaria y temporal, hasta que se adopte una decisión en definitiva, o los padres rehabilitados acrediten que puedan hacerse cargo de sus hijos. A entender de los encuestados, esta medida de protección garantiza el derecho de los niños a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, y

al derecho de vivir en una familia, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

La participación de los niños en un Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social, es una medida de protección que los encuestados consideran no idónea a aplicarse, debido a que por su carácter público y multisectorial, no existe a la fecha un programa oficial a desarrollarse en el Gobierno Central, Local y Regional, lo que imposibilita su atención.

***¿Por qué el internamiento de niños, niñas y adolescentes en situación de abandono es un Centro de Atención Residencial debe ser considerada de “última ratio”?***

Ante esta pregunta, en la provincia de Amazonas, el 70% de los encuestados consideró que esta es una última medida a fin de evitar la institucionalización, asimismo, el 20% contestó que el otorgar primordialmente dicha medida vulnera el interés superior del niño, y el 10% que no permite el ejercicio del derecho a vivir en una familia. (Gráfico N°14)



En la provincia de Cañete, el 80% de los encuestados igualmente consideró que esta medida es de última ratio, a fin de evitar la institucionalización, un

12% opina que vulnera el interés superior del niño y un 8% que no permite el ejercicio del derecho a vivir en una familia. (*Gráfico N°15*)

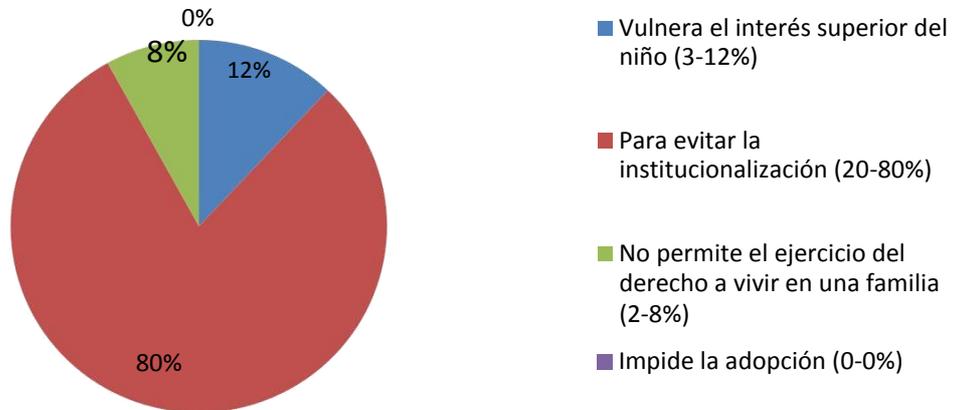
Mientras que en la provincia de Tumbes, el 55% de los encuestados manifestó que para evitar la institucionalización, esta medida debe ser considerada de última ratio, un 25% opinó que dicha medida no permite el ejercicio del derecho a vivir en una familia y un 20% manifestó que vulnera el interés superior del niño. (*Gráfico N°16*)

Cabe resaltar que en ninguno de los grupos encuestados se tuvo un porcentaje respecto a la opción de que el internamiento de niños y niñas en un Centro de Atención Residencial impide la adopción.

Del análisis de las respuestas, los encuestados consideran que el acogimiento de niños, niñas y adolescentes en un Centro de Atención Residencial, debe ser la última medida de protección que debe aplicarse en casos excepcionales y graves, pues afecta psicológicamente a los niños y niñas al vivir en un ambiente en el cual no están integrados a una familia, y por supuesto, existen restricciones a su libertad, debido a que están sometidos a las reglas de la institución. Pero, principalmente, dicha medida no debe otorgarse como primera alternativa, a fin de evitar la institucionalización y privándolos de esta manera de su legítimo derecho de vivir en una familia.

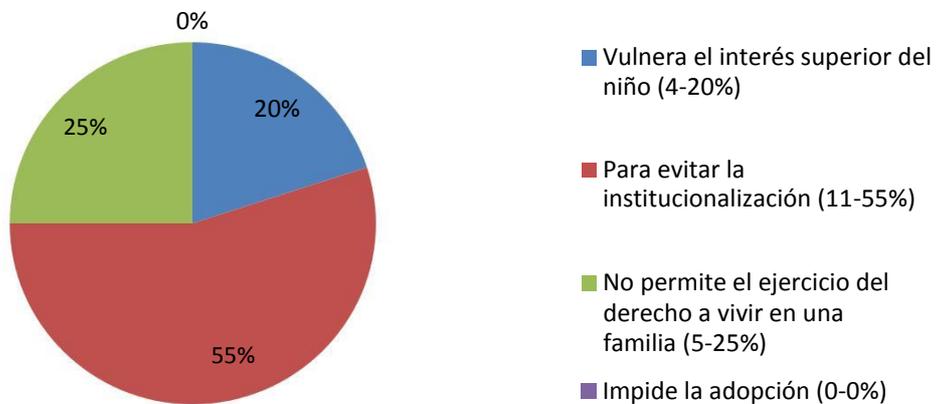
**Gráfico N°15**

***¿Por qué el internamiento de niños, niñas y adolescentes en situación de abandono es un Centro de Atención Residencial debe ser considerada de “última ratio”?***



**Gráfico N°16**

***¿Por qué el internamiento de niños, niñas y adolescentes en situación de abandono es un Centro de Atención Residencial debe ser considerada de “última ratio”?***



La Ley de Acogimiento Familiar, Ley N°30162, a fin de evitar la institucionalización del niño, niña o adolescente tutelado ha dispuesto que la autoridad administrativa o judicial competente deberá disponer en forma inmediata el acogimiento a sus familiares, previa aceptación o solicitud de los mismos y opinión favorable en la evaluación psicológica y constatación domiciliaria, sin perjuicio que los solicitantes presenten la totalidad de la documentación requerida, en el plazo de diez días hábiles. Como podemos observar, la nueva legislación compromete a la familia extensa de manera

subsidiaria ante la ausencia de los padres, para lo cual el Estado los considera tutores.

Aparentemente hemos ubicado una contradicción en nuestra investigación, debido a que todos los operadores judiciales han opinado que el acogimiento en un Centro de Atención Residencial debe ser de última ratio; sin embargo es la primera medida que aplican. La gran preocupación de los operadores judiciales es la incertidumbre de la situación jurídica de los niños en estado de desprotección familiar, ya que ellos pretenden evitar que se presente algún daño físico o moral y creen que la mejor manera de lograrlo es institucionalizándolos.

Tanto la Defensoría del Pueblo como varios organismos internacionales han opinado que la institucionalización de niños en un Centro de Atención Residencial debe ser de última ratio y otorgar primordialmente dicha medida puede vulnerar el Interés Superior del Niño, ya que en la mayoría de los albergues se otorga a los menores de edad un tratamiento impersonal y no una atención individualizada como ocurre en una familia.

El internamiento de niños, niñas y adolescentes en un Centro de Atención Residencial vulnera el Interés Superior del niño porque no permite el ejercicio del derecho a vivir en una familia, tanto en la familia de origen como en una familia sustituta. Dentro de la clasificación moderna de familias, no se ha considerado a la familia sustituta, se habla familia nuclear, monoparental, extensa y adoptiva, pero no se ha incorporado a la familia sustituta que es la que va a asumir el rol de protección para con los menores de edad en estado de desprotección familiar.

Entiéndase como familia sustituta, no solo a la proveniente de origen biológico, sino también a aquellos terceros que se comprometen a cumplir las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

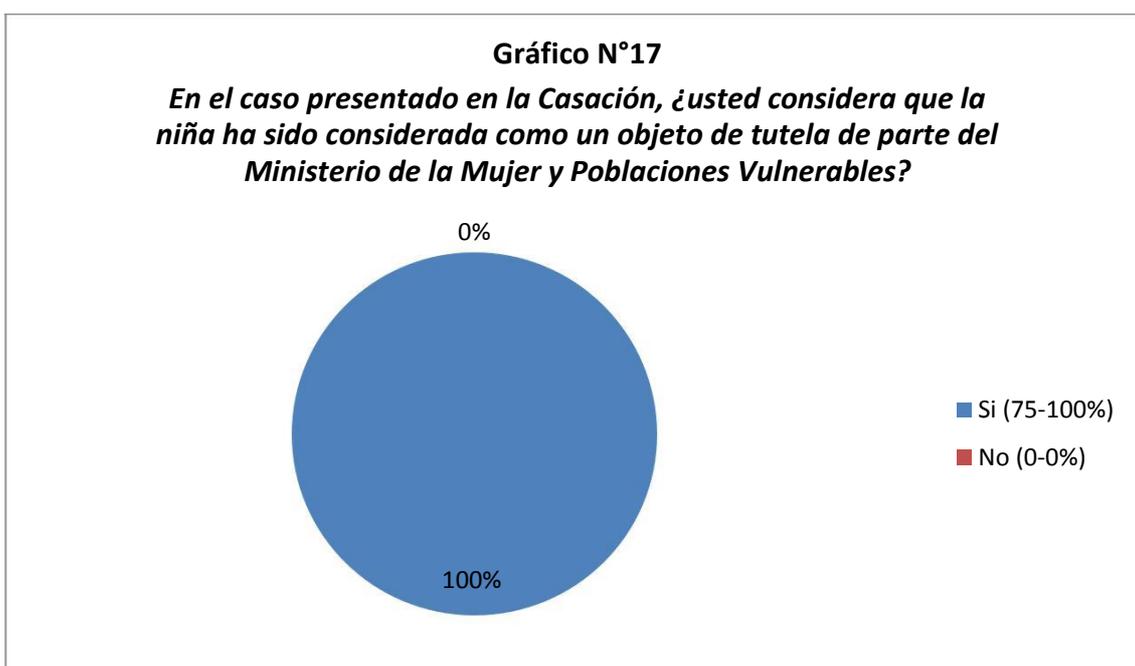
En nuestro país, aún no existe una cultura de acogimiento familiar por terceros no parientes, que no es óbice para difundir los beneficios de la nueva ley de

acogimiento familiar. Es sorprendente conocer que existen determinadas familias muy bien constituidas y funcionales que son capaces de brindar un hogar a un niño o niña que no tiene la culpa de provenir de familias disfuncionales.

El termino disfuncional está siendo acuñado por el derecho para explicar el fenómeno de las crisis familiares que dañan a los hijos, mediante la violencia familiar, el maltrato físico y psicológico, el descuido y el abandono.

Se presentó a los encuestados la Casación N°1559-2010-ICA, un caso emblemático sobre la materia, donde la Sala Suprema de Ica analizó una solicitud de trámite de colocación familiar que erróneamente había sido calificado como una adopción, ocasionando por ello infracciones al ordenamiento procesal y perjudicando los derechos de la niña en estado de abandono.

Los encuestados de las provincias de Amazonas, Cañete y Tumbes, consideraron de manera unánime que en el caso presentado, la niña fue considerada como un objeto de tutela por parte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (Gráficos N°17)



Del análisis de las respuestas, es necesario recordar que la Convención de los Derechos del Niño, consagró los derechos como auténticos derechos humanos, erigiéndose sobre ella la Doctrina de la Protección Integral, cuyo centro medular es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos de plenos derechos, sentando sus bases en el denominado “interés superior de niño”, cuyo respeto el Estado debe garantizar.

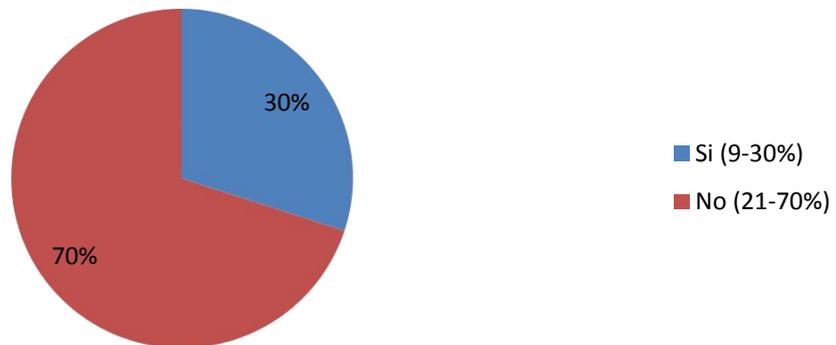
Es por ello que en el caso presentado, el internamiento de la niña en un Centro de Atención Residencial, en vez de otorgarse la colocación familiar a favor de la recurrente, demuestra que la niña fue tratada como objeto, y no como sujeto de derechos, pues no se tuvo en cuenta sus sentimientos ni su voluntad, ni se realizó adecuadamente la ponderación de sus derechos fundamentales que resultarían afectados, no fue tratado este asunto como un problema humano, además de considerar el acogimiento residencial como medida de protección de “última ratio”.

#### **4.4. El acogimiento familiar y la adopción**

Ante la interrogante ¿la solicitud de terceros para el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono es una manera de evadir la adopción administrativa? En la provincia de Amazonas, el 70% de los encuestados considera que no, y el 30% que sí. (Gráfico N°18)

**Gráfico N°18**

***¿Considera usted que, la solicitud de terceros para el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono es una manera de evadir la adopción administrativa?***



En la provincia de Cañete, el 68% de los encuestados contestó que no, y el 32% que sí. (Gráfico N°19)

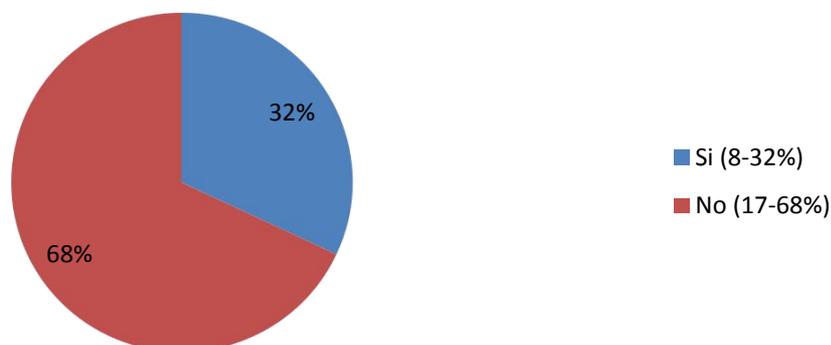
Y en la provincia de Tumbes, el 70% de los encuestados respondió que no, mientras el 30% que sí. (Gráfico N°20)

Los encuestados manifestaron en su mayoría que el acogimiento o colocación familiar, al ser una medida de protección de carácter temporal, no debe ser considerada una manera de evadir la adopción administrativa.

Sin embargo, se pueden dar casos en donde la persona o familia que se hace responsable transitoriamente del niño o niña, puede solicitar la adopción por prohijamiento, pero que en estos casos, es necesario que quien los acoge, deba establecer y dejar en claro esta figura, en el sentido de poder apreciar si los fines del solicitante eran adoptar o acoger al niño o niña.

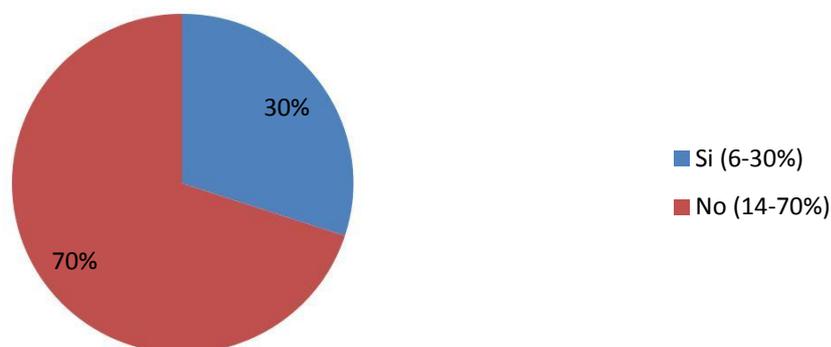
**Gráfico N°19**

***¿Considera usted que, la solicitud de terceros para el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono es una manera de evadir la adopción administrativa?***



**Gráfico N°20**

***¿Considera usted que, la solicitud de terceros para el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono es una manera de evadir la adopción administrativa?***

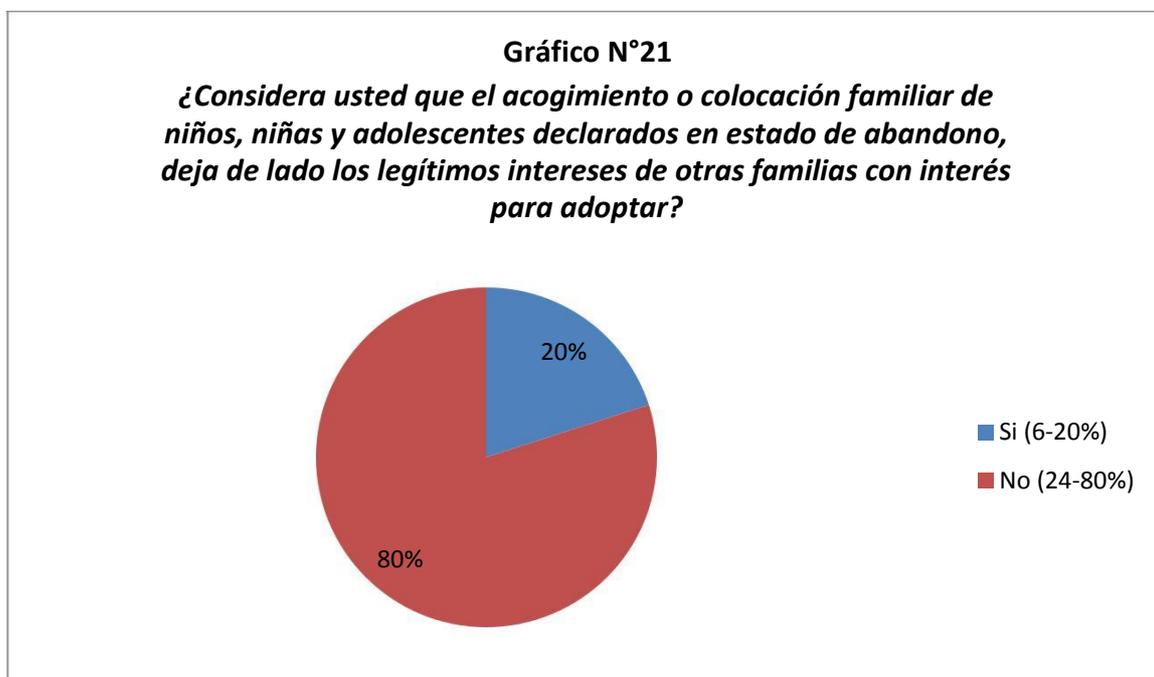


***¿Considera usted que el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes declarados en estado de abandono, deja de lado los legítimos intereses de otras familias con interés para adoptar?***

Sobre esta pregunta, en la provincia de Amazonas, el 80% de los encuestados contestaron que no, y el 20% que sí. (Gráfico N°21)

Mientras que en la provincia de Cañete, el 88% de los encuestados respondieron que no, y el 12% que sí. (Gráfico N°22)

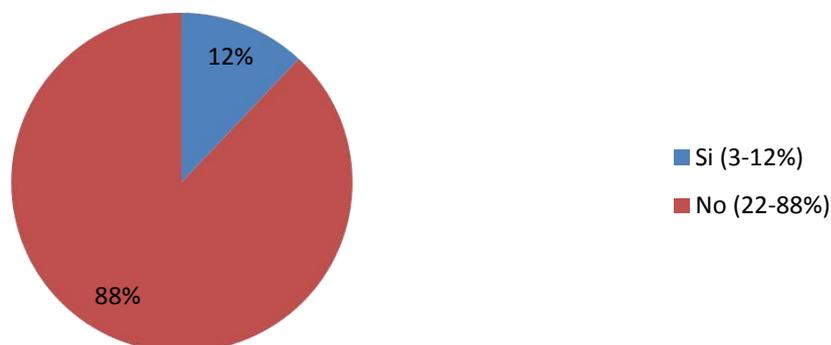
Y en la provincia de Tumbes, un 75% de los encuestados contestaron que no, y el 25% que sí. (Gráfico N°23)



Del análisis de las respuestas, los encuestados consideraron que el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes declarados en estado de abandono, no deja de lado los legítimos intereses de otras personas o familias con intereses para adoptar. Debido a que, esta medida de protección es preferible a fin de prevenir la institucionalización del niño o niña en un Centro de Atención Residencial a espera de una futura adopción, además de resultar ser la medida de protección más idónea y favorable para el niño.

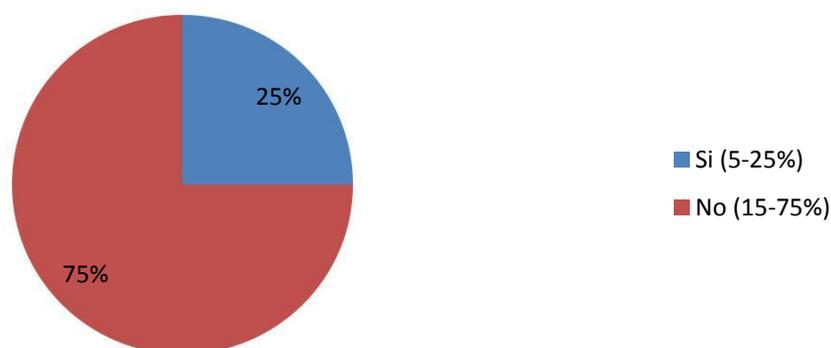
**Gráfico N°22**

*¿Considera usted que el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes declarados en estado de abandono, deja de lado los legítimos intereses de otras familias con interés para adoptar?*



**Gráfico N°23**

*¿Considera usted que el acogimiento o colocación familiar de niños, niñas y adolescentes declarados en estado de abandono, deja de lado los legítimos intereses de otras familias con interés para adoptar?*



Sin embargo, esta medida también es aplicada para el aclimatamiento del niño por la familia adoptiva. Como se mencionó anteriormente, con ello no se evita la adopción administrativa siempre que la persona o familia acogedora no tengan la pretensión de adoptar al niño o niña bajo su cuidado.

Cuando se elaboró esta pregunta reflexionábamos acerca de la inexistencia del derecho a adoptar, ya que cuando se trata de niños en estado de abandono: ¿En qué medida se puede considerar los legítimos intereses de otras familiar

con interés en adoptar? Es verdad puede existir el interés pero no el derecho a adoptar a un niño en presunto estado de abandono porque de lo que se trata es de otorgarle una familia debidamente evaluada y seleccionada a un niño y no a la inversa.

## **5. CONCLUSIONES**

- a) El acogimiento familiar es la medida de protección más idónea para la restitución de derechos en caso de desprotección familiar porque garantiza el derecho del niño o niña a vivir en una familia.
- b) El acogimiento familiar debe ser la primera medida de protección a aplicar si no es posible el cuidado en el propio hogar del niño en estado de desprotección familiar.
- c) El acogimiento familiar no debe considerarse como una manera de evadir la adopción administrativa, ni tampoco vulnera los legítimos intereses de otras familias con interés para adoptar, ya que lo más importante es hacer posible el derecho a vivir en una familia del niño en estado de desprotección familiar.
- d) La verdadera finalidad del proceso de investigación tutelar es la aplicación de medidas de protección adecuadas para la restitución de los derechos vulnerados; por ello a fin de eliminar la desregulación del proceso de investigación tutelar judicial, la nueva Ley del Acogimiento Familiar, Ley N°30162, ha creado un proceso especial.
- e) El estado de abandono, desde el punto de vista jurídico, es una situación de vulneración de los derechos del niño, que se ha generado por la desprotección familiar de sus progenitores o responsables legales.
- f) El acogimiento residencial prolongado en los Centros de Atención Residencial vulnera el derecho de los niños y niñas en situación de

desprotección familiar a vivir en una familia, en consecuencia el acogimiento residencial debe ser considerado como una medida de última ratio.

- g) Uno de los factores que contribuye a la institucionalización de los niños en situación de abandono es la no desconcentración del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LLANOS, Benjamín. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales.

BOSSERT – ZANNONI (2001). *Manual de Derecho de Familia*. 5ta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

CASTRO DE RESTREPO, Cristina. (2003) *Maltrato Infantil*, en Conducta Antisocial: Un enfoque psicológico. México: Editorial Pax.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. (2002) *Derecho de Menores*. 6° Edición. Lima: Grijley,

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999) *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

CORRALES ANGULO, Andrés, (2007). *La Colocación Familiar Judicial y Administrativa*: en Compilación de Ponencias – “III Congreso Mundial Sobre Derechos de la Niñez y Adolescencia”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2011). *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*. Serie de Informes Defensoriales-Informes N°153. Lima.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los centros de atención residencial estatales desde una mirada de la Defensoría del Pueblo*. Serie de Informes Defensoriales-Informes N°150. Lima.

DEL VALLE, J., BRAVO, A. y LÓPEZ, M. (2009) *El acogimiento Familiar en España: implantación y retos actuales*. En Papeles del psicólogo [en línea], vol.30. pp. 33 <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1654.pdf>

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (2004). *Derechos de la infancia-adolescencia en América latina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. (1973) *Vocabulario Multilingüe*. Tomo II. Montevideo: OEA.

MEDINA, Graciela. (1996) *La adopción*. Santa Fe: Rubizal – Culsoni Editores.

MEJÍA – URETA, (2005). *Tenencia y Régimen de Visitas*. Lima: Liberia y Ediciones Jurídicas.

MEJÍA SALAS, Pedro. (2002). *La Adopción*. Lima: Librería y ediciones jurídicas.

MEJÍA SALAS, Pedro. (2010). *La Investigación Tutelar: Sede Administrativa. Normas y Procedimientos*. Lima: Gráfica Digital,

MORELLI - SPILLARI, Lucrecia. (2006) *La figura de las familias sustitutas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, como una opción para la restitución del derecho a una familia a niños y adolescentes con necesidad de colocación familiar*. Guatemala: Fondo Editorial Universidad Francisco Marroquín.

PERALTA ANDIA, Rolando. (1993) *Derecho de Familia en el Código Civil*, Lima.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. (1999). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial Rodhas.

VÁSQUEZ HUAMÁN, Enrique. (2007). *Los niños no visibles para el Estado*. Lima: Universidad del Pacífico y Save the Children.

Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República del proyecto de Ley N°495/2011-CR sobre el nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Dictamen de la Comisión de Mujer y Familia del Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley N° 2088/2012-CR, "Ley de Acogimiento Familiar".

Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de Naciones Unidas [en línea] <http://iss-ssi.org/2009/assets/files/guidelines/SPA/Directrices%20de%20Naciones%20Unidas.pdf>

Ley de Acogimiento Familiar, Ley N°30162.

Código Civil Peruano

Código de los Niños y Adolescentes

Constitución Política del Perú

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración de los Derechos del Niño

Anexos

**ENCUESTA**

1. ¿Qué debe entenderse por abandono desde el punto de vista jurídico?
  - a) Situación de vulneración de los derechos del niño. ( )
  - b) La ruptura definitiva del vínculo familiar. ( )
  - c) Situación irregular que confiere una protección especial al niño. ( )
  - d) Situación que apunta a proteger al niño reinsertándolo a un seno familiar, a fin de proteger su legítimo derecho a vivir en una familia. ( )
  
2. Establezca el orden de prelación de las medidas de protección que usted considere más adecuadas para niños o niñas en situación de abandono con la finalidad de garantizar el derecho del niño a vivir en una familia.
  - a) Cuidado en el propio hogar. ( )
  - b) Participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social. ( )
  - c) Colocación familiar. ( )
  - d) Atención integral en un Centro de Atención Residencial. ( )
  
3. ¿Por qué el internamiento de niños o niñas en situación de abandono en un Centro de Atención Residencial debe ser de “última ratio”?
  - a) Vulnera el interés superior del niño. ( )
  - b) Impide la adopción. ( )
  - c) No permite el ejercicio del derecho a vivir en una familia. ( )
  - d) Para evitar la institucionalización. ( )
  
4. ¿La no desconcentración del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el proceso de investigación tutelar contribuye a la institucionalización de los niños en situación de abandono?
  - a) No contribuye ( )
  - b) Si contribuye ( )

5. ¿La carencia de un proceso especial para la investigación tutelar en sede judicial impide un adecuado proceso que garantice la restitución de derechos de los niños y niñas en situación desprotección familiar?
- a) Si ( )    b) No ( )
6. ¿En qué casos, usted cree que debe otorgarse la colocación familiar como medida de protección?
- a) Cuando el niño no pueda ser reincorporado a su familia consanguínea o extensa. ( )
- b) Cuando se encuentren vínculos de afinidad o empatía entre la familia sustituta y el niño, que lo ayuden a mejorar su desarrollo. ( )
- c) Cuando resulte ser la medida de protección más idónea y favorable para el niño. ( )
- d) Para prevenir la institucionalización del niño en un Centro de Atención Residencial. ( )
7. Considera usted que la colocación familiar en niños o niñas declarados en estado de abandono, deja de lado los legítimos intereses de otras familias con interés en adoptar.
- a) Si ( )    b) No ( )
8. En el caso presentado en la casación, ¿usted cree que la niña ha sido considerada como un objeto de tutela de parte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables?
- a) Si ( )    b) No ( )
9. ¿Cuál debe ser la verdadera finalidad del proceso de investigación tutelar?
- a) Constatar la situación de abandono del niño. ( )
- b) La restitución de derechos vulnerados de los niños a través de medidas de protección adecuadas. ( )
- c) Adoptar medidas que privilegien al niño a permanecer con su familia y en casos excepcionales a separarlo de ella. ( )
- d) La intromisión del Estado en el ámbito familiar para salvaguardarlo de quienes tienen la responsabilidad directa, implementando en su beneficio medidas de protección adecuadas. ( )

10. Considera usted, que la solicitud de terceros para la colocación familiar de niños o niñas en presunto estado de abandono es una manera de evadir la adopción administrativa.

a) Si ( )    b) No ( )