

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**RAZONES JURÍDICAS PARA QUE, EN CASOS DE EMBARAZO
ADOLESCENTE NO DESEADO, SE LE PERMITA A LA MADRE DAR
EN ADOPCIÓN A SU HIJO(A) DESDE EL VIENTRE**

POR

Bach. Rojas Chávez, Evelin del Carmen

Bach. Tacilla Chilón, Deyci Karina

ASESOR

Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Cajamarca – Perú

Agosto – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**RAZONES JURÍDICAS PARA QUE, EN CASOS DE EMBARAZO
ADOLESCENTE NO DESEADO, SE LE PERMITA A LA MADRE DAR
EN ADOPCIÓN A SU HIJO(A) DESDE EL VIENTRE**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el
Título Profesional de Abogado**

Bach. Rojas Chávez, Evelin del Carmen

Bach. Tacilla Chilón, Deyci Karina

Asesor: Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Cajamarca – Perú

Agosto – 2020

COPYRIGHT © 2020 BY:

Rojas Chávez, Evelin del Carmen

Tacilla Chilón, Deyci Karina

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**RAZONES JURÍDICAS PARA QUE, EN CASOS DE EMBARAZO
ADOLESCENTE NO DESEADO, SE LE PERMITA A LA MADRE DAR EN
ADOPCIÓN A SU HIJO(A) DESDE EL VIENTRE**

Presidente: Rocío del Pilar Ramírez Sánchez

Secretario: Otilia Loyita Palomino Correa

Asesor: Gloria Vílchez Aguilar

A:

Nuestros padres por su amor, paciencia, esfuerzo y sacrificio, ya que ellos son los principales cimientos en la construcción de nuestra vida profesional. A nuestros hermanos por su compañía y apoyo a lo largo de nuestro camino profesional y a Dios, por ser el motor que nos dio fuerza para continuar el proceso de uno de nuestros anhelos más deseados.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	ixx
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I	1
1.1. Planteamiento del Problema	1
1.1.1. Descripción de la realidad problemática	1
1.1.2. Definición del problema.....	2
1.1.3. Objetivos	2
1.1.4. Justificación e importancia.....	3
CAPÍTULO 2	5
MARCO TEÓRICO	5
2.1. Antecedentes teóricos	5
2.2. Marco Histórico- Normativo de la adopción en el Perú.....	9
2.3. La teoría garantista de los derechos fundamentales de Ferrajoli.....	10
2.4. Principio del interés superior del niño.....	12
2.5. Marco conceptual	14
2.5.1. Derecho a la Vida.....	14
2.5.2. Familia	15
2.5.3. Adopción desde el vientre.....	17
2.6. Hipótesis	18
CAPÍTULO 3	19
ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DEL EMBARAZO ADOLESCENTE EN EL PERÚ	19
3.1. Cuestiones generales	19
3.2. El embarazo adolescente	21
3.3. Principales presupuestos fácticos que evidencian la problemática	22
3.3.1. La educación sexual como parte del inicio temprano de relaciones sexuales	22
3.3.2. Casos de violación sexual de menor de edad	23

3.4. Marco jurídico nacional e internacional que tutela los derechos de las niñas y adolescentes	24
3.4.1. Internacional.....	24
3.4.2. Nacional	31
3.5. Factores	35
3.5.1. Barreras culturales, económicas, sociales y geográficas que inciden en la alta prevalencia del embarazo en adolescentes en zonas rurales y situación de pobreza.....	35
3.5.2. Factor del limitado acceso a la educación.....	38
3.5.3. Factor de mayor vulnerabilidad y discriminación de niñas y adolescentes indígenas en zonas rurales	40
3.5.4. Factor del limitado acceso a métodos anticonceptivos	41
3.6. Impacto o consecuencias del embarazo adolescente	42
3.6.1. En la educación: Dificultad, fracaso y deserción escolar.....	43
3.6.2. En la madre adolescente: responsabilidad de asumir el rol del cuidado del niño y quehaceres del hogar	44
3.6.3. Riesgo de desnutrición infantil y muerte temprana.....	44
3.6.4. Optar por un aborto	45
3.7. Acciones adoptadas por el Estado Peruano frente al embarazo adolescente	46
CAPÍTULO 4.....	48
ESTUDIO DEL DESARROLLO DE LA ADOPCIÓN EN LA DOCTRINA PERUANA Y LATINOAMERICANA	48
4.1. La adopción en el Perú	48
4.1.1. Antecedentes históricos.....	48
4.1.2. Naturaleza jurídica	533
4.1.3. Definición.....	60
4.1.4. Sujetos de la adopción.....	61
4.1.5. Características	63
4.1.6. Requisitos.....	65
4.1.7. Procedimiento o trámite	67
4.2. La adopción en Latinoamérica	72
4.2.1. Chile	73
4.2.2. Ecuador	74
4.2.3. Colombia.....	75

CAPÍTULO 5.....	788
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	788
5.1. Tipo de investigación	788
5.2. Diseño de investigación.....	788
5.3. Área de investigación	788
5.4. Dimensión temporal y espacial	788
5.5. Unidad de análisis, población y muestra	7979
5.6. Métodos	79
5.6.1. Método de hermenéutica jurídica.....	7979
5.6.2. Método de dogmática jurídica.....	7979
5.7. Técnicas de investigación.....	800
5.8. Instrumentos	800
5.9. Limitaciones de la investigación	800
CAPÍTULO 6.....	811
RAZONES JURÍDICAS PARA QUE, EN CASOS DE EMBARAZO ADOLESCENTE, SE LE PERMITA A LA MADRE DAR EN ADOPCIÓN A SU HIJO(A) DESDE EL VIENTRE	811
6.1. La madre al dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre protege dignidad de la persona	811
6.1.1. Dignidad de la madre adolescente.....	844
6.1.2. Dignidad del menor.....	877
6.2. La madre al dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre protege el principio del interés superior del niño	900
6.3. La madre al dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre protege el derecho a vivir en familia	988
CONCLUSIONES.....	1088
RECOMENDACIONES.....	11010
LISTA DE REFERENCIAS	11111

RESUMEN

Esta tesis responde a la pregunta ¿Cuáles son las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre?, teniendo en cuenta que la legislación civil ha atribuido determinados derechos de ejercicio a la madre adolescente como es accionar gastos de embarazo, filiación y alimentos, consideramos que en mérito a sustentos científicos y sociológicos se ha llegado a demostrar que las madres adolescentes en virtud a la edad en que se encuentran, en algunos casos es imposible hacerse cargo del menor, aunado el impacto emocional que tiene sobre ella de allí que se formuló como objetivo principal determinar las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre. Así, se llega a sostener que las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre son: (1) el derecho a la dignidad de la persona, (2) la protección del principio del interés superior del niño y, (3) el derecho a vivir en familia. Es por ello que, el estudio de este tema es importante y trascendental tanto a nivel del derecho civil, familia como el derecho de la infancia.

Palabras Clave:

Madre adolescente, adopción, menor de edad.

Línea de investigación:

Derecho de Familia, Derecho Civil.

ABSTRACT

This thesis answers the question: What are the legal reasons that, in cases of teenage pregnancy, the mother is allowed to give up her child for adoption from the womb ?, taking into account that civil legislation has attributed certain rights of exercise to the adolescent mother as it is to bear the expenses of pregnancy, filiation and food, we consider that, due to scientific and sociological support, it has been shown that adolescent mothers by virtue of the age in which they are in some cases is Impossible to take care of the minor, together with the emotional impact it has on her, which was formulated as the main objective of determining the legal reasons so that, in cases of teenage pregnancy, the mother is allowed to put her child up for adoption. from the belly. To achieve this objective, the following hypothesis was expressed that the legal reasons that, in cases of teenage pregnancy, the mother is allowed to give up for adoption her child from the womb are: (1) the dignity of the person, (2) the protection of the best interests of the child and, (3) the right to live as a family. That is why, this important and transcendental subject is studied both at the level of civil law, family and children's law.

Keys Word:

Adolescent mother, adoption, minor.

Line of research:

Family law, civil law.

INTRODUCCIÓN

El Código Civil ha permitido que al o la adolescente menor de edad cuya edad sea mayor de 14 años, se le otorgue capacidad de ejercicio de sus derechos, de tal manera que pueda ejercer una lista expresa de acciones tales como demandar alimentos, filiación, entre otros que señala el artículo 46° del mencionado cuerpo legislativo. Ahora bien, si miramos y analizamos este texto a la luz de las normas internacionales que giran en torno a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes podremos verificar que la Convención de los Derechos del Niño consagra principios esenciales que permite que cada Estado adopte mecanismos que tutelen los derechos de los menores, ahora la situación se vuelve más trascendental cuando estamos ante una madre adolescente en cuyo vientre lleva un menor y ha sido desprotegida de todo apoyo familiar, económico y/o convivencial, el Estado está en la obligación de tutelar a ambos sujetos de derecho que pertenecen a un sector vulnerable de la población de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Política del Estado.

De allí que, en atención a estudios sociológicos, psicológicos y hasta sanitarios que describen las secuelas que deja un embarazo adolescente no deseado tanto para ella como para el recién nacido; por lo que, la institución jurídica de la adopción surge como el acto más idóneo y lógico que permite a la madre adolescente previo consentimiento, informado y libre de vicios, dar en adopción a su menor hijo, cuyas razones jurídicas se han intentado analizar, explicar y sustentar en la presente investigación, previo estudio dogmático y casuístico, de allí que la estructura en que se desarrolla esta tesis se procede a indicar en los siguiente párrafos.

En el Capítulo I se ha desarrollado todo el aspecto metodológico que una investigación científica debería tener tratándose elementos propios de una investigación jurídica, desde la descripción, formulación, objetivos, justificación e importancia. Por su parte, el Capítulo II está dedicado al marco teórico en donde conjuntamente las teorías y antecedentes que respaldan esta investigación, se ha adicionado el marco conceptual en donde estudiamos desde la doctrina jurídica nacional y latinoamericana los elementos propios de la adopción.

En tanto en el Capítulo III se ha abordado la problemática del embarazo adolescente en el Perú, cuyo enfoque sociológico, psicológico y sanitario ha permitido conocer las deficiencias que existen en este problema de salud pública, y lejos de establecer políticas de prevención y planificación familiar, se deberían plantear nuevos derechos y medidas a favor de la madre adolescente, evitando que exista mayor pobreza como se ha advertido que existe. Seguidamente, el Capítulo IV analiza el desarrollo de la institución jurídica de la adopción en la doctrina peruana y latinoamericana.

El Capítulo V estudia la metodología de la investigación aplicable a la presente tesis desde la hipótesis hasta métodos e instrumentos aplicados, para finalmente concluir con el Capítulo VI, parte medular de esta tesis, donde se exponen las razones jurídicas para atribuir este derecho de dar en adopción a la madre adolescente, indicándose posteriormente las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1.1. Planteamiento del Problema

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

En la sociedad actual, los llamados progres y los movimientos feministas buscan el empoderamiento de la mujer, dejando entrever entre ello, que tal poder se logra a través de la libertad de ésta de poder elegir y tomar decisiones sobre su vida y su cuerpo, dejando atrás los tabúes y la época en que era relegada por el propio Estado, quien no le dio un lugar igualitario frente al sexo opuesto. Es en esta búsqueda de libertad y de igualdad de derechos, que muchos de estos movimientos piden día a día, a lo largo y ancho del mundo la despenalización del aborto frente al embarazo no deseado, pues consideran que es un derecho de la mujer el decidir por la vida del bebé que lleva en su vientre. Este tema se ha hecho recurrente y común en las nuevas discusiones dentro del derecho, pero no se han propuesto otras alternativas, sino únicamente se ha encontrado que las adolescentes gestantes recurren a otras vías como abortar (Espinoza, 2002; Martín Alfonso y Reyes Díaz, 2003)

Frente a un embarazo no deseado surgen una serie de conflictos, tanto jurídicos como filosóficos, biológicos como sociológicos, morales como psicológicos; los mismos que afectan directamente a la mujer, quien es la protagonista principal de todo esto, mucho más si esta mujer es adolescente. La regulación peruana ha previsto que entre los 14 a los 18 años, los adolescentes

tienen incapacidad relativa (Art. 44 del Código Civil)¹, la cual solo cesa por las siguientes razones:

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. 4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos. (Art. 46).

Como puede verse, el Código tiene una relación específica y cerrada de lo que se le está permitido a una adolescente entre 14 y 18 años, pero solamente a partir del nacimiento de su hijo. De todas formas, es posible notar que en ninguna de ellas se les permite dar a su hijo en adopción, por lo cual, consideramos que podría ser una alternativa a tomar en cuenta en nuestros días, dado que existe la realidad del embarazo adolescente no deseado en nuestro medio.

1.1.2. Definición del problema

¿Cuáles son las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre?

1.1.3. Objetivos

1.1.3.1. Objetivo general

¹ En el Código de niños y adolescentes se definen como adolescentes a los menores entre 12 a 18 años (Art. 1), esta investigación se refiere como a adolescentes solamente a los que comprenden entre los 14 a los 18 años de edad, que tienen que ver con la incapacidad relativa según el Código Civil.

Determinar las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre.

1.1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar la problemática de los embarazos adolescentes en el Perú.
- Analizar la adopción en la doctrina, legislación y jurisprudencia, en el ordenamiento jurídico peruano y derecho comparado.
- Identificar los derechos y principios que se ampararían promoviendo la adopción desde el vientre de la madre adolescente.

1.1.4. Justificación e importancia

La investigación es jurídicamente trascendente bajo dos puntos de vista: el teórico y el social.

Desde el punto de vista teórico, la investigación abordará algunos de los temas de poco desarrollo doctrinal en el medio local, estos son: (1) los derechos civiles de las adolescentes y (2) los mecanismos de adopción y su importancia en relación con los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista social la presente investigación se encuentra justificada principalmente por su contribución con una propuesta para implementar una adopción desde el vientre materno en casos de embarazo adolescente no deseado. Esto significa que es muy importante formular los lineamientos correspondientes para darle paso a un sistema integral de adopción desde el embarazo, plenamente establecido y reconocido por el Estado. Las investigadoras creen que de esta forma se podrán salvar las dos vidas (tanto la

madre como la del niño), así como también el derecho del niño a tener una familia.

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos

Las investigaciones sobre la adopción son variadas y cuantiosas. Sin embargo, ellas han sido abordadas desde el punto de vista de la persona adoptante y no así de la madre que debe o quiere dar en adopción.

En efecto, está la tesis doctoral titulada “La modificación legislativa para la adopción de menores en estado de abandono” que fue realizada por Guisella Del Rosario Seminario Aranguri (2017), en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, para hacer notar que se debe modificar la Ley 26981 y el Código Civil que esté vinculado a la adopción de menores, “puesto que ésta permite acceder a la adopción de menores a una sola persona soltera sin tener en cuenta que la adopción es un mecanismo legal que busca incorporar a un menor a una familia” (p. 6). Por eso en esta tesis, la autora termina proponiendo la modificatoria de los artículos 2 y 5 de la citada ley, y de los artículos 377, 378 y 382 del Código Civil, con la intención de “conservar los lineamientos, conceptos y el valor jurídico que nuestra constitución otorga como norma madre dentro de nuestra sociedad, partiendo de ello se propone la modificatoria de estas normas legales más no de nuestra Constitución” (p. 158). La conclusión de esta tesis resulta siendo importante para nuestra investigación, pues hace notar que la adopción debe darse por una familia constituida que preserve el derecho a la vida familiar del menor.

Otra investigación que se preocupa por analizar la rapidez en los trámites del proceso de adopción en Lima de las parejas en unión de hecho, es la tesis de pregrado titulada “Análisis al derecho a la vida familiar en el proceso de adopción de niñas y niños por las parejas de unión de hecho en la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Lima, 2017” ante la Universidad César Vallejo realizada por Kenner Alvarado Castillo, según la cual se llega a concluir que los trámites son lentos por parte de la entidad administrativa, y que esto trae como consecuencia que

se está vulnerando los derechos universales consagrados en la constitución así como a la educación, existencia digna, a la salud, que les permite desarrollar su estado físico y psicosocial de los niños y niñas, asimismo se está afectando directamente el estado emocional del menor al no poderse insertar en un hogar familiar y de esta manera desarrollarse dentro del seno familiar, para así desarrollarse y crear en el futuro un vínculo afectivo con sus padre adoptantes (Alvarado Castillo, 2018, p. 97)

El autor también puntualizará que este hecho ocasiona que “se le priva el legítimo derecho a la vida familiar, asimismo afectando sus condiciones como niño el de crecer, dignamente” (Alvarado Castillo, 2018, p. 97). Lo que ocasionaría que se le esté quitando su desarrollo integral y el respeto al derecho “a la vida familiar de todo niño y niña otorgándole la oportunidad de tener un hogar y una familia de padres adoptivos por las parejas de unión de hecho” (Alvarado Castillo, 2018, p. 97). Las conclusiones de esta tesis son de suma importancia para esta investigación pues hacen notar que una demora en la adopción ocasiona

vulneración al derecho a la vida familiar y el derecho a la dignidad, las que son dos de las razones que fundamentan la propuesta de esta tesis.

Otra investigación que se terminará diluyendo, en cuanto a sus intereses iniciales es la de Fiorella Elda Medina Monzón (2017) en su tesis de pregrado para obtener el título de Abogado ante la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo titulada “La adopción de los niños por parientes”. Lo importante de esta investigación es que culmina con una conclusión importante y es la siguiente:

Nuestra legislación no se encuentra acorde con la realidad de las familias peruanas, (familias formadas por convivientes, parejas separadas, familias ensambladas, monoparentales, entre otros) ello por el transcurso del tiempo; lo que puede dificultar un proceso de adopción y la formalización de la familia que de hecho ya se encuentra constituida y de la cual forman parte los niños, niñas y adolescentes por adoptar, por lo que los Magistrados se ven la necesidad –en dichos casos y según corresponda- de inaplicar normas existentes, como por ejemplo el artículo 382 y el inciso 3 del artículo 378 del Código Civil (Medina Monzón, 2017, p. 156)

Es importante para nuestra tesis pues ya se deja sentada la idea de que la legislación no es acorde con la realidad. Finalmente, citaremos a una tesis de carácter dogmático, que se propuso encontrar la naturaleza jurídica de la adopción en el Perú. Se trata de una tesis de pregrado de contenido doctrinario titulada “Naturaleza Jurídica del proceso de adopción en el Perú desde una perspectiva de la doctrina de protección integral” realizada en el año 2013, para obtener el título de Abogado ante la Pontificia Universidad Católica del Perú por Víctor Andrés

Mendoza Guerra, plantea no solo la naturaleza jurídica, sino que hace una revisión crítica a la forma en que se viene presentando en nuestro medio. Para empezar, Mendoza Guerra (2013) considera que la naturaleza jurídica de la adopción es un

acto jurídico extracontractual y por ende no podría ser un contrato, (recordemos que un contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial). Asimismo, dicho acto jurídico se basa en formas y efectos que se encuentran determinados previamente por la ley, pudiendo las partes ejercer su voluntad únicamente en el sentido de someterse o no al proceso de adopción. (p. 287).

Se aprecia que esta conclusión es de tipo dogmática pero que podría ser de utilidad para esta tesis, al considerar la adopción como un acto jurídico, y no administrativo, motivo por el cual será revisada en su debido momento, en el desarrollo de la investigación.

También interesa hacer notar que el autor indicado, en su conclusión 6-d, afirma,

Como se mencionó la DGA [Dirección General de Adopciones] y el Poder Judicial, trabajan de manera conjunta para poder realizar el procedimiento de adopción, lo cual consideramos no óptimo para el desarrollo de dicho procedimiento. Esto se debe a que se requiere la declaración de estado de abandono del menor, para que este pueda ser considerado en adopción, sin embargo dicha declaración está a cargo del juez, el cual es el único facultado para poder emitir dicha declaración; sin embargo para que el

juez pueda emitir la declaración de estado de abandono se demora aproximadamente un periodo de un año, (probablemente por la carga procesal que existe en el poder judicial) por lo que el proceso de adopción se dilata, permaneciendo el niño, niña y adolescente en el CAR [Centros de Atención Residencial] sin tener una familia quien pueda velar por su desarrollo integral. (Mendoza Guerra, 2013, p. 229)

Esta conclusión es importante, pues se puede ver que se vuelve a repetir lo engorroso del trámite y también la necesidad de decretar el estado de abandono. Esto generaría traumas innecesarios a los menores y puede ser fácilmente superable gracias a una adopción desde el vientre materno. Este tipo de conclusiones contribuyen a la presente investigación, dado que nos permiten sustentar que la adopción de menor de edad, lejos de ser eficaz y célere, está sujeto a normas que la hacen más lenta. Ahora bien, nuestra postura difiere, en la medida de que aquí proponemos que el inicio de los trámites de adopción se realice desde el vientre materno de tal manera que llegado el alumbramiento del menor este pase a formar parte de su nueva familia adoptiva, sin que ello afecte el estado emocional de la gestante y/o disminuir la posibilidad de que afecte al menor sobre sus progenitores biológicos, ya que a esa edad aún no los conoce.

2.2. Marco Histórico- Normativo de la adopción en el Perú

La historia de la adopción a lo largo de los sistemas jurídicos en todo el mundo, desde su nacimiento en Roma hasta que fue recogido en el Código Napoleónico y llegó a nuestro Código Civil y Código de Niños, Niñas y Adolescentes ha sido analizada en el Capítulo IV donde se desarrolla la adopción

en la doctrina peruana y latinoamericana; por lo que, analizarlo nuevamente haría caer en redundancia la presente tesis.

2.3. La teoría garantista de los derechos fundamentales de Ferrajoli

Ferrajoli es un jurista italiano que ha formado parte de la nueva generación de pensadores del derecho que tuvo una formación post segunda guerra mundial. Su pensamiento se centra en temas como los de la adecuación del poder punitivo del estado al marco constitucional y, por ende, a una efectivización de los derechos. Esto es lo que se ha llamado luego “el garantismo”.

Los estudiosos de la obra de Ferrajoli, entre ellos Moreno Cruz, concuerdan en que el garantismo de Ferrajoli puede presentarse en dos significados abarcadores: como un modelo de derecho y también como una propuesta de teoría general del derecho. Se debe entender al “primer supuesto se presenta como una alternativa al Estado de derecho; el segundo, como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. Ambos significados confluyen en un axioma distintivo: el derecho como garantía de limitación al poder” (Moreno Cruz, 2007, p. 827).

En el pensamiento de Ferrajoli se refleja una nueva forma de ver el derecho, pero su noción de este, como la de Kelsen, tiene que separarse para luego integrarse en una sola, es así que, por ejemplo, su teoría del derecho y ciencia serán distintas a la de Kelsen porque no buscan la neutralidad o pureza que tanto obsesionaron al citado autor.

Por esta razón, no pueden operar, como soñó Kelsen, como si el ordenamiento no tuviera principios y valores que ocupan la cúspide de la

pirámide normativa y le imparten su deber ser jurídico. El derecho se concibe, así, como el medio para construir la democracia porque una democracia plenamente realizada que implica el amparo de los derechos y la contención a la política, no es solo un fin ética o políticamente deseable sino un objetivo exigible desde el punto de vista jurídico. En este sentido, la obra constituye también un aporte fundamental a la discusión sobre el derecho y la moral, porque demuestra que la consideración de la validez del derecho no depende ya más de instancias morales externas, sino de parámetros establecidos por el propio derecho. (García Jaramillo, 2016, p. 919)

Esto ha hecho que Ferrajoli sea considerado un post positivista, y en estricto estaría dentro de la corriente llamada garantismo, que no solo se presenta como una teoría protectora de los derechos humanos, sino que también es una teoría totalizante del derecho, así su propuesta cubre:

los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. El modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, y los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En su dimensión de teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un ius positivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos. En su dimensión de filosofía política, asume la responsabilidad de la crítica y

deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos con base en criterios éticos-políticos. (Moreno Cruz, 2007, p. 852)

2.4. Principio del interés superior del niño

En la Ley 30467 se refleja lo que ya antes había venido plasmando el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia en cuanto al principio del interés superior del niño; es así que, en su artículo 2 se prescribe, en un primer momento, que se trata de “un derecho, un principio y una norma de procedimiento” con lo cual la misma ley centra su aplicación para los procedimientos, pero resulta siendo mucho más importante lo que dirá luego: “que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”, ello significa que en toda acción que se adopte debe hacerse aquella que sea más favorable al menor.

Las virtudes de la Ley es que, en su artículo tercero, va a establecer parámetros para aplicar el principio del interés superior del niño, los cuales no son otra cosa que criterios para su interpretación y aplicación. Estos son:

1. Es el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño;
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos;
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y,

5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Además, en su artículo cuarto hace mención a sus garantías procesales:

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

La ley culminará este artículo cuarto puntualizando que de existir conflicto entre el interés superior individual y grupal de niños “se deberán resolver caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada”. Acaba señalando el artículo que el mismo criterio “se deberá hacer si entran en conflicto los derechos de otras personas con el principio

del interés superior del niño”. Esto será de suma importancia para la presente tesis, pues brinda criterios interpretativos a favor de la propuesta planteada por las investigadoras.

2.5. Marco conceptual

Se toma como definición de términos fundamentales, se hace una introducción que los articule y luego se continúa con su definición.

2.5.1. Derecho a la Vida

El derecho a la vida es considerado como el derecho base de todos, pues sin vida no se podría hablar del resto de derechos. Es uno de los que aparece en la primera generación por cuanto, las luchas del ciudadano común fueron inicialmente para evitar las arbitrariedades del detentador del poder, quién tenía el poder de decidir entre la vida o muerte del ciudadano.

En nuestros días, bien ha hecho notar Chanamé Orbe (2015) “El derecho a la vida implica no solo el derecho a nacer, a salir del vientre de la madre, sino también que la persona ya nacida desarrolle todas sus aptitudes en plenitud, contando con la máxima calidad de vida” (p. 117). Por eso también afirma este autor que la vida “es el derecho originario por excelencia” (p. 171).

En esencia, se busca proteger y preservar el derecho a la vida del menor, evitando que la madre adolescente por la inmadurez y etapa en la que se encuentra pueda cometer actos lesivos contra la vida del menor como es abortar, aparejado a ello está el peligro latente de las muertes maternas ocasionadas ya sea por hemorragias posparto, infecciones, abortos clandestinos, etc.; que hace reflexionar

sobre la importancia de adoptar nuevas medidas o mecanismos que tutelen el derecho a la vida tanto del menor como de la madre gestante.

Parte de la defensa y postura que aquí se plantea es que el embrión (futuro bebé) carece de vida independiente, posee todas las características del genoma completo, existe evidencia médica que señalan que el menor desde la concepción conoce y siente, por lo que aplicando los criterios de interpretación contenidas en los derechos humanos como es la progresividad, pro homine y universalidad, es deber de los Estados tutelar en su máxima expresión a la vida, representado por el menor, así a efectos de evitar el incremento de casos de aborto o madres adolescentes con niveles extremos de pobreza que no beneficia a ninguno de los dos, sino que por el contrario se encuentra sometido a limitaciones que no reducen las oportunidades del desarrollo de otros derechos como a la educación, desarrollo de la personalidad, entre otros.

2.5.2. Familia

El concepto de familia es uno de los que más ha sufrido cambios en nuestros días, pues la “clásica” familia cristiana, conformada por padres e hijos, se ha convertido en una forma de familia y no ya la única. Esto lo plasma el Diccionario del español jurídico [DEJ] de la RAE, en donde se menciona a las siguientes modalidades de familia:

Familia de acogida: La que acoge temporalmente a un niño.

Familia extensa: hogar conformado por parientes de distintas generaciones.

Familia monoparental: es la que está conformada solo por uno de los cónyuges y por sus hijos.

Familia nuclear: conformada por los cónyuges y sus hijos menores de edad.

Familia numerosa: integrada por uno o dos ascendientes y sus hijos que sean o no comunes.

Familia real: en las monarquías, la que está compuesta por el Rey, su esposa, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes dentro de los que está el príncipe heredero.

Familia unipersonal: familia integrada por solo una persona.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto y ha hecho notar que:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho,

mono paternal o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (Exp. 09332-2006-PA/TC. f.j. 7)

La intención es hacer notar que existen varias modalidades de familia pero que el ser humano, por su condición de serlo, tiene el derecho de formar parte de uno de esos modelos. Para esta tesis se entenderá como familia a la familia nuclear, pues la idea es permitir la adopción con la intención de formar parte de esa modalidad de familia.

2.5.3. Adopción desde el vientre

La adopción es la acción de adoptar, la que a su vez significa “Tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua [DRAE], s.v. “adopción”). Se presenta, entonces, este concepto como uno de trascendencia jurídico al generar este tipo de consecuencias a un vínculo biológico. El DEJ precisa que es “un acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, adoptante y adoptado, de tal forma que establece entre ellas una relación de paternidad y/o maternidad con sus mismos efectos legales”.

El concepto de adopción ha sido claramente estudiado y definido por Mendoza Guerra (2013), quien parte diciendo que se trata de un acto jurídico que establece una relación de filiación entre el adoptante y adoptado (sin que exista un vínculo sanguíneo), dejando este último toda filiación con su familia consanguínea, de tal manera que origina obligaciones, derechos y deberes de manera recíproca (entre el adoptado y adoptante), teniendo la adopción como

principal objetivo dar una familia a quien no tuvo la oportunidad de nacer y crecer en el seno de su familia de origen. (p. 285).

2.6. Hipótesis

Las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre son: (1) el derecho a la dignidad de la persona, (2) la protección del principio del interés superior del niño y, (3) el derecho a vivir en familia.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DEL EMBARAZO

ADOLESCENTE EN EL PERÚ

En este capítulo se abordará lo correspondiente al problema real por el que afrontan países como el Perú. Este es el vinculado al embarazo adolescente en el Perú.

3.1. Cuestiones generales

Si partimos de datos fácticos no tan antiguos, que nos permiten esbozar con cierta tristeza la realidad socio jurídica que se da en torno a las madres adolescentes conviene citar lo expuesto por la RENIEC que, en septiembre del 2019, informaba que, de enero a diciembre de 2018, se “ha registrado 2325 nacimientos de madres entre 12 y 14 años” (Radio Programas del Perú [RPP], 2019, párr.1). En ese mismo sentido, organizaciones no gubernamentales como la Asociación Latinoamericana de Pediatría (ALAPE) señala que en nuestro país “el porcentaje de mujeres adolescentes (15-19 años) que están o han estado alguna vez embarazadas se mantiene estable (alrededor del 13%) en las últimas dos décadas” (Gomez Bonett, 2015, p. 21), así evaluando la situación del embarazo adolescente en el Perú, la citada autora concluye que “las necesidades y demandas de la población adolescente es uno de los aspectos menos atendidos en las políticas públicas de salud” (Gomez Bonett, 2015, p. 15), este extremo conlleva a plantear que los jóvenes en el Perú, y de manera concreta la población de mujeres adolescentes jóvenes son las menos atendidas por el Estado, y no se refiere de

manera concreta a políticas públicas, sino a las normas sustantivas que podrían convertirse en agentes lesionadores de sus derechos fundamentales.

La situación problemática es aún mayor cuando, el Estado confiere este problema al Ministerio de Salud o al Ministerio de Desarrollo e Inclusión social que lejos de analizar el núcleo del problema, se limitan a proponer políticas públicas superficiales con poco o escaso éxito, sustentamos lo expuesto con lo manifestado por Mendoza y Subiría quien ha indicado que,

en las últimas dos décadas en torno al 13% con tendencia al ascenso.

Al 2014 ese nivel ya alcanzaba el 14,6%. Esta situación convierte a la maternidad y al embarazo adolescente en un fenómeno constante dentro del contexto nacional, constituyéndose así en un problema grave sobre el cual se deben diseñar medidas de intervención

(Mendoza & Subiría, 2013, p. 475)

A pesar de ello, aplaudimos los esfuerzos que se vienen realizando desde sus sectores (como es el caso del Programa Estratégico de Salud Materna Neonatal, Plan Nacional de Población, entre otros) para dar una pronta solución al problema, pero para la presente investigación es de interés conocer los factores y consecuencias que agravan esta situación, convirtiéndolo en un problema latente y percedero de nuestra realidad peruana. Asimismo, se debe valorar que de acuerdo a lo expuesto por la Organización Mundial de la Salud el embarazo adolescente “es el período de la vida en el cual el individuo adquiere la capacidad reproductiva y transita los patrones psicológicos de la niñez a la adultez y consolida la independencia socio – económica” (OMS, 2008, p. 33), ello lleva a concluir que

dada la edad y en la etapa en la que se encuentra la persona, el hecho de la concepción, embarazo y posterior parto puede traer consigo potencialmente un mayor riesgo de complicaciones para la salud de la madre y del concebido, de allí que si bien existen casos en donde el embarazo lamentablemente es inevitable (por ejemplo proveniente de un ilícito penal), a efectos de entender y analizar la problemática es importante identificar los principales hechos que han develado la crisis de las madres adolescentes en el país.

3.2. El embarazo adolescente

A nivel conceptual el embarazo es definido como “situación o estado en que se encuentra la mujer fecundada durante todo el tiempo necesario para el desarrollo del huevo” (Trillo Morales, 2013, p. 54), este estado se inicia cuando se ha producido la fecundación, y dura hasta el parto, periodo en el cual el huevo o cigoto ha evolucionado y se ha convertido en una criatura, adquiriendo la forma de este hasta llegar la fase en que podrá ser expulsado del cuerpo materno.

Aplicando dicha definición a las adolescentes, podemos definir al embarazo adolescente como aquel “estado que se presenta en la mujer entre los 10 y los 18 años de edad y embarazo no adolescente en la mujer con 20 y más años de edad” (Tinajero Camacho, 2008, p. 40), a lo que podemos agregar en estos casos que ocurre en jóvenes solteras ya sea víctima de un ilícito penal o como consecuencia del inicio de una vida sexual activa que en algunos casos ocasiona que asuman esta responsabilidad solas y si es con una pareja existe una mayor probabilidad de separación, situaciones como estas han originado que algunas de las madres gestantes decidan abortar o afrontar esta situación con una serie de conflictos

emocionales y económicos, dada la etapa de desarrollo en la que se encuentran, y si bien no es un indicador determinante pero en algunos casos ven mermadas las oportunidades que tenían, para afrontar una nueva situación para la que aún no están psicológicamente conscientes.

3.3. Principales presupuestos fácticos que evidencian la problemática

3.3.1. La educación sexual como parte del inicio temprano de relaciones sexuales

Corresponde abordar este ítem desde el derecho a la educación sexual y reproductiva, que si bien no se encuentra expresamente regulada en la Constitución Política de Estado, sí la podemos incluir dentro de los derechos sociales, civiles y como parte del artículo 3° de la Carta Magna, así en nuestro país no existe ninguna normativa nacional que con rango de ley brinde o proporcione un respaldo a los diversos programas o intentos de políticas públicas que se realizan sobre la educación sexual e inclusive esto se ha llevado a confundir con el denominado enfoque de género, lo que a su vez ha generado mayor debate y escasas decisiones.

Primeramente, es necesario definir qué es el derecho a la educación sexual que como derecho humano se entiende como,

parte del mismo derecho a la educación o, más a menudo, como garantía y condición para el cumplimiento de otros derechos humanos fundamentales como son el derecho a la libertad, la vida, la salud, los derechos sexuales y reproductivos, de no discriminación, información, etc.; el derecho a la educación sexual está fundado en el derecho a la

dignidad humana y en las normas internacionales de derechos humanos (Malón Marco, 2012, p. 3)

Es decir, estamos ante un nuevo derecho que se desprende del derecho a la educación y el derecho a la dignidad de la persona, y que supone el conocimiento e instrucción sobre el estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad, es decir es el respeto y valoración de la sexualidad y relaciones sexuales, de allí que en nuestro país existe un enorme desconocimiento y falta de respeto a su salud sexual pues se ha expresado “habido un incremento en la actividad sexual durante la adolescencia, (...) la fecundidad adolescente en el Perú se mantenga constante debido a las repercusiones que este evento tiene en la vida de las adolescentes” (Martes Camargo, 2015, p. 25). En consecuencia, es importante y necesario que las jóvenes tengan conocimiento sobre las etapas propias de su edad, a efectos de determinar la edad de inicio de sus relaciones sexuales, pero de manera responsable.

El derecho a la educación sexual comprende y obliga al Estado a brindar una información adecuada sobre las conductas sexuales riesgosas para las adolescentes, así como el posible surgimiento de enfermedades, que conllevan una crisis de carácter nacional, que merece una atención por parte del Estado y adoptar nuevas políticas que beneficie a la adolescente, así como al recién nacido.

3.3.2. Casos de violación sexual de menor de edad

A las madres adolescentes comúnmente se les llama “niñas madres” dado que, por la edad y desarrollo fisiológico, emocional y psicológico en que se encuentran no son aptas para procrear, tutelando en dicho caso su indemnidad

sexual, no obstante, sólo en el año 2017 se han reportado que “(...) durante el periodo comprendido entre el 2011 y 2017 mediante el SIS fueron atendidos 14,325 partos de menores de 15 años de edad” (Comité Ejecutivo, 2018, p. 8), la cifra de estos casos en su mayoría provenían de los casos de violación sexual de menor de edad que únicamente en el año 2017 los partos provenientes de este ilícito “ascendieron a 6,593 por el delito de violación sexual de menor de edad, cuya edad oscila entre 12 y 17 años” (MIMP, 2017, p. 43), entonces ello lleva a colegir que uno de los presupuestos causantes de la problemática del embarazo adolescente en nuestro país son los casos provenientes del delito de violación sexual de menor de edad, en donde si bien mediante el ejercicio del ius puniendi se sanciona al imputado, el daño ya se ha cometido y por ende el nacimiento de un menor proveniente de una violación sexual.

3.4. Marco jurídico nacional e internacional que tutela los derechos de las niñas y adolescentes

3.4.1. Internacional

Corresponde ahora revisar y analizar los principales instrumentos internacionales relacionados con el embarazo precoz, partiendo para ello desde el derecho a la salud sexual y reproductiva de adolescentes, así todos estos documentos normativos imponen y/o recomiendan a los Estados que suscribieron dichos documentos a reformular sus normas internas, políticas o programas de tal manera que sean compatibles con las normas que versan sobre los derechos humanos de las adolescentes, de allí que, en la medida que un Estado firme o suscriba este documento se convierte en jurídicamente vinculante para dicho país,

en el caso de Perú, en mérito al artículo 55° de la Carta Magna se tiene que los tratados que versen sobre los derechos humanos forman parte de nuestra legislación, señalándose al respecto que “la acción de los gobiernos como garantes de dichos derechos cierre la brecha entre su proclamación y su cumplimiento” (Ministro de Salud, 2007, p. 13), este extremo resalta la importancia de comprender e identificarse con las normas internacionales a efectos de realizar verdaderos cambios en beneficio de las adolescentes gestantes.

3.4.1.1. Carta de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta marcó el hito en la historia pues, contiene los derechos y principios básicos que deben ser respetados por las personas en virtud a su dignidad y por el solo hecho de ser humano, y un claro ejemplo de ello, es lo que se consagra en el artículo 1 de dicho documento “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, el reconocimiento de estos derechos responden a las necesidades cuyo reconocimiento se ha ido logrando desde la revolución francesa hasta nuestros días, estos derechos le corresponden a toda persona sin importar la edad, sexo, posición económica, creencia religiosa, etc.; partiendo de esta premisa y analizando la relación de este instrumento internacional con el embarazo en adolescentes, se puede colegir diversos aspectos el primero de ellos, es que se tiene que el Estado debe tutelar en todo momento el derecho a la vida de la adolescente y de su menor hijo, así como garantizar el acceso al derecho a la educación en todos sus niveles y en igualdad de

condiciones frente a otras adolescentes, de la misma manera se debe proveer todo el acceso al servicio sanitario que tutele su integridad física y emocional, pues se ha informado que “las niñas forzadas a casarse o quedar embarazadas tienen menos posibilidades que las mujeres adultas de recibir buenos cuidados o dar a luz en un centro médico” (Sokhin, 2019, párr.2), de allí que es necesario que el Estado voltee su mirada a este sector de la población vulnerable.

3.4.1.2. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Este instrumento internacional conocido como sus siglas CEDAW expedido en el año 1979, delimita y reafirma los derechos de las mujeres y las niñas regulando en su artículo 1 que “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, con objeto de menoscabar o anular el reconocimiento de la mujer o el ejercicio de sus derechos, independientemente de su esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”, como tal se advierte que estos dos principios fundamentales son de aplicación universal.

Este documento se ha encargado de dar énfasis a los principios de igualdad sustantiva y la no discriminación a la mujer así que, ante la lesión de estos la mujer o niña puede accionar judicialmente a efectos de que este derecho le sea resarcido, y un claro ejemplo lo encontramos en nuestro Código Civil donde respecto a la capacidad relativa, permite en su artículo 46° que los mayores de 14 y 16 años adquieren la capacidad de ejercicio para la realización de diversos actos jurídicos entre ellos señalamos por ejemplo el reconocimiento de sus hijos,

accionar judicialmente para materias específicas como por ejemplo filiación, alimentos, gastos de embarazo.

No obstante ello, en mérito a este documento normativo, consideramos que se debe evaluar que las mujeres menores de edad y que sobretodo tengan la condición de madres adolescentes se les garantice el acceso a la salud reproductiva y sexual, ello en mérito al artículo 12 del citado Convenio, bajo ese razonamiento, podemos señalar que la madre adolescente tiene los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos, esto de conformidad con el artículo 10 y 16, y por qué no agregamos a ello el derecho de la madre a evaluar si decide o no dar en adopción a su menor hijo, bajo el amparo de este instrumento internacional, máxime si “la CEDAW es el único tratado de derechos humanos que afirma los derechos reproductivos de la mujer y señala a la cultura y la tradición como fuerzas influyentes que moldean los roles de género y las relaciones familiares” (Ministerio de Salud, 2007, p. 14), por ende los Estados Parte, entre ellos el Perú, están en la obligación de garantizar estos derechos a los adolescentes de ambos sexos sobre la salud sexual y reproductiva mediante programas y políticas estratégicas.

Otro aspecto importante a resaltar es que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha indicado que “todos los servicios sean consistentes con los derechos humanos de las mujeres, incluyendo los derechos de autonomía, privacidad, confidencialidad, consentimiento informado y elección” (2014, p. 99), en mérito a esa autonomía que se le concede a la mujer, a lo que

debemos agregar a la madre adolescente, se requieren medidas que garanticen el acto de decidir de manera libre y responsable no solo sobre su salud sexual, sino también la posibilidad de dar en adopción a su menor hijo, previa evaluación de requisitos como por ejemplo la salud mental de esta, la tutela de los derechos del menor, etc; ello a raíz de que el derecho a la autonomía ha ido evolucionando de tal manera que se aplica también a efectos de evitar la práctica del matrimonio forzado, y se garantizaría que el menor ingrese a una familia que no solo le brinde el afecto emocional sino también económico, claro está que este derecho tendría el carácter de facultativo.

Finalmente, se debe señalar que el documento internacional respecto del cual estamos analizando obliga a que el Estado garantice el acceso y diagnóstico temprano del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) o enfermedades de transmisión sexual (ETS), atención del embarazo, atención temprana del cáncer de mama, cuidados del aborto y posaborto, entre otros.

3.4.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Si el análisis se centra sobre los derechos de la madre adolescente, es inevitable estudiar el derecho a la salud que se encuentra reconocido en este pacto que en cuyo artículo 12 prescribe “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y atendiendo a que este derecho es complejo dado que tiene varias aristas, enfocaremos aquella vertiente sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, que en cuyos artículos 23 y 24 hace referencias a los niños, niñas y adolescentes, clasificándolos como una población

que al pertenecer a la misma etapa de vida están en la obligación de acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva, con la finalidad de que se le proporcione toda la información, instrucción y orientación que permita que de acuerdo a la edad y etapa en la que se encuentran comprendan y determinen una decisión responsable sobre su sexualidad, paralelamente a ello surgen conceptos como la autonomía y desarrollo personal que le permitirá no solo adoptar decisiones sino también afrontarlas con madurez.

3.4.1.4. Convención sobre los Derechos del Niño

Es el mayor instrumento internacional, de fecha 2 de septiembre de 1990, que regula todos los derechos y medidas de protección que les asisten a los menores de edad, entre las que se mencionan aquellas relacionadas con su salud y desarrollo de conformidad con el artículo 24 del citado documento, así se establece que,

toda persona menor de 18 años tiene derechos y tiene capacidad para ejercerlos, de acuerdo con la evolución de sus capacidades. Ello implica que padres y madres están obligados a preservar el interés superior de las niñas y los niños y de las y los adolescentes, al punto de evitar injerencias arbitrarias o ilegales que lesionen sus intereses o afecten sus decisiones (Morales Aché, 2008, p. 137)

Es decir, los artículos 24 y 16 adquieren una particularidad muy especial en relación con la salud sexual y reproductiva, puesto que, se ha afirmado que,

muchas veces en el proceso de atención de la salud de las y los jóvenes menores de 18 años se viola el derecho a la confidencialidad

aludiendo a su incapacidad e inmadurez del o la menor para tomar decisiones sobre su vida y su cuerpo: iniciar su vida sexual, utilizar algún método anticonceptivo, interrumpir un embarazo (Morales Aché, 2008, p. 137)

Ello indica que, el derecho a la salud y el desarrollo de los adolescentes, y mas aún concretamente, en las mujeres adolescentes se debe garantizar el acceso a la información sexual y reproductiva, planificación familiar, los métodos anticonceptivos, los riesgos de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y el tratamiento de las ITS; todos estos aspectos deben ser de obligatorio cumplimiento para los Estados, independientemente del consentimiento de los progenitores o tutores, esta información debe ser proporcionada y de capacitación para los adolescentes. Con justa razón en el año 2016, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas manifestó su preocupación por el incremento de casos de violencia sexual y doméstica cometidos contra niños, formulando las siguientes recomendaciones para el país:

a) Investigar debidamente todos los casos de violencia contra los niños y velar porque los autores rindan cuentas de esos delitos, b) Garantizar el acceso efectivo de los niños a la justicia, c) Reforzar los programas de sensibilización y educación, incluidas las campañas, con el fin de prevenir y combatir todas las formas de violencia contra los niños y hacer frente a la estigmatización de las víctimas, particularmente las víctimas de abusos sexuales, d) Garantizar la aplicación efectiva de la Ley Antibullying y la Estrategia Nacional contra la Violencia en las Escuelas, e) Garantizar la coordinación y funcionamiento efectivos de

todos los componentes del sistema de protección de la infancia en todo el Estado parte. Lo que incluye la asignación de suficientes recursos humanos, técnicos y financieros, f) Prestar especial atención a la dimensión de género de la violencia y adoptar medidas para hacerle frente, g) Establecer una base de datos nacional sobre todos los casos de violencia contra los niños y se lleve a cabo una evaluación completa del alcance, las causas y la naturaleza de esa violencia (UNICEF, 2016, p. 52)

Ello demuestra, que la Convención privilegia al Principio del Interés Superior del Niño y exhorta a los demás países a aplicar este principio en todas sus actuaciones y decisiones legislativas, administrativas o judiciales, además de las políticas, programas o proyectos que se adopten, en consecuencia no solo se debe prevenir el embarazo adolescente, sino que se debe brindar a la madre adolescente las herramientas para permitir su normal desenvolvimiento en la sociedad, ejerciendo sus derechos fundamentales o darle la posibilidad de dar en adopción, siempre que sea pertinente y que no tenga repercusiones negativas ni para la madre, ni para el menor.

3.4.2. Nacional

3.4.2.1. Constitución Política de Estado

La norma suprema que como documento que contiene los principales derechos y principios fundamentales que le corresponde a toda persona por el solo hecho de serlo, contiene en su artículo 2º en sus incisos 1, 3 y 4 establece el derecho a la vida, la libertad, igualdad ante la ley y libertad de información, y en

su artículo 4° contiene el derecho más importante respecto al embarazo adolescente cuyo dispositivo reza “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, la madre y al anciano en situación de abandono (...)”, así, el Estado debe tutelar a esta población vulnerable a la luz no solo de los derechos fundamentales que en nuestra Constitución se consagran, sino en mérito a los instrumentos internacionales. Tutela que debe abarcar dando en forma de prevención y protección a posteriori, y quizás vemos un avance en el artículo 44° del Código Civil, consideramos que no es suficiente y se le deben atribuir a las madres adolescentes mayores facultades de tal manera que le permitan ejercer derechos a favor del menor, máxime aún si un embarazo precoz, posee factores de riesgo conforme lo desarrollaremos más adelante.

3.4.2.2. Código Penal

La problemática de las niñas madres y atendiendo a las disposiciones constitucionales antes esbozadas ha generado que el Legislativo regule en un capítulo especial los delitos de violación sexual y contra el pudor, y de manera concreta en los artículos 170°, 173°, 173°-A, 176° señala este ilícito en agravio de los menores de edad, a fin de sancionar aquellos comportamientos que transgreden y afectan gravemente el derecho a la indemnidad sexual e integridad física y psicológica de un menor, ello en contraste con la realidad socio jurídica que arroja que en el año 2017, en el Centro de Emergencia Mujer se “registraron 30 681 casos de violencia a niñas, niños y adolescentes menores de 18 años, de los cuales 6 030 son casos de violencia sexual a niñas y adolescentes mujeres y 563 de niños y adolescentes hombres” (MIMP, 2020, p. 22). Esta cifra se encuentra en contraste con la Encuesta Demográfica y de Salud Familia (ENDES)

que realizada en el año 2017 concluye que “mujeres de 15 a 49 años identifica que, del total de encuestadas, el 12% del grupo de mujeres adolescentes entre 15 a 19 años se encontraban embarazadas o habían sido madres” (MIMP, 2020, p. 22) y más alarmante aún es que en ese mismo año la RENIEC “registró 45 mil 702 recién nacidos cuyas madres eran niñas y adolescentes menores de 18 años y los padres tenían entre 30, 40 y más años que las madres” (Grados, 2018, párr.10), de ello se puede inferir que la gran parte de estos casos corresponden a situaciones de violación sexual que quizá fueron denunciados o que por miedo o coacción forman parte de la cifra negra que cae en la impunidad y se aleja de la esfera penal.

3.4.2.3.Código de Niños, Niñas y Adolescentes

Este cuerpo sustantivo con mayor razón se encarga de especificar y delimitar los derechos y libertades que le asisten a los menores de edad, en ese sentido en los artículos 3°- A, 4°, 18°, y 38°, se establece el buen trato, la tutela y cuidado de su integridad personal, protección frente al maltrato sexual, así como los programas para niños, niñas y adolescentes maltratadas que sean víctimas de violencia sexual, así se limita a indicar que corresponde al sector salud la implementación de programas preventivos de protección, atención, públicos y privados, a efectos de prevenir la violencia; ello permite inducir que el embarazo en menores de edad es un problema de salud pública, y que si bien se le concede un mayor énfasis a la información y prevención, que es buena y plausible, es necesario evaluar los derechos que poseen las madres adolescentes a la actualidad, pudiendo permitir la adopción desde el vientre de la madre, teniendo en cuenta que estas asumen este nuevo rol a pesar de que físicamente, sus cuerpos no han

cumplido o logrado su desarrollo biológico, ni mucho menos han alcanzado la madurez intelectual y emocional para fomentar el apego de madre a hijo, de allí que la realidad es fuerte y dura, pero lejos de la crítica se deben proponer mecanismos de solución en beneficio para ambos sujetos, y es lo que se propone con la presente tesis.

3.4.2.4. Ley N° 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del principio del interés superior del niño

Esta norma conjuntamente con su reglamento aprobado mediante D.S. N° 002-2018-MIMP, reconoce entre los principios la diligencia excepcional, especialidad y profesionalización, igualdad y no discriminación, participación, entre otros; además reconoce la autonomía progresiva en cuyo artículo 3° literal g) prescribe “se reconoce el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes de manera progresiva, de acuerdo a su edad y grado de madurez”, de allí sólo se le asigna una representante cuando por la edad en la que se encuentre le sea imposible comprender determinados aspectos, este principio debe ser plenamente reconocido a los adolescentes y no solo para el ejercicio de sus actuales derechos civiles de los cuales gozan sino por el contrario para que se le atribuya otros posibles derechos, como el que aquí se propone a efectos de que se respete el artículo 4° de la citada norma que reconoce el enfoque del desarrollo de la niña y adolescente, tanto en su ciclo y curso de vida, e inclusive tal es la importancia de dicho documento normativo que reconoce la ponderación de derechos cuando se trata de la propia adolescente, debiendo preferir aquellos en donde se garanticen a largo plazo su interés y desarrollo integral.

3.4.2.5. Ley N° 29600 – Ley que fomenta la reinserción escolar por embarazo

Esta norma expedida el 15 de octubre del 2010, modifica el artículo 18° de la Ley General de Educación N° 28044, en la medida que las autoridades de cada centro educativo deben establecer un sistema de becas y ayuda a las alumnas embarazadas o madres adolescentes ello a fin de evitar la deserción escolar, lo que en un inicio pareciese la regla general, lamentablemente establece como excepción que las becas o ayudas procederán siempre y cuando exista un rendimiento académico óptimo, es decir, deja esta decisión a la facultad discrecional de la autoridad educativa.

Otro aspecto importante a resaltar, es que las instituciones educativas están prohibidas de expulsar o limitar a las alumnas embarazadas y madres adolescentes de los centros educativos, esto es, denegar el acceso a la educación. El reglamento de esta ley fue realizado mediante Decreto Supremo N° 002-2013-ED.

3.5. Factores

3.5.1. Barreras culturales, económicas, sociales y geográficas que inciden en la alta prevalencia del embarazo en adolescentes en zonas rurales y situación de pobreza

Teniendo en cuenta que el país se encuentra ubicado dentro América Latina como una de las regiones con mayor índice de fecundidad en adolescentes cuya edad oscilan entre los 15 y 19 años, y con justa razón se expresa que,

En el Perú aún existe sub registro de embarazos en adolescentes entre 10 y 19 años de edad ya que se presenta una brecha entre los embarazos, los partos y nacimientos ocurridos en los establecimientos de salud, públicos y privados del país, y con una resistencia a la baja por varios factores (CEPAL, 2015, p. 63)

Ello conlleva a analizar sobre los factores, entre las que podemos estudiar en primer lugar aquellas de carácter cultural, donde como consecuencia del desconocimiento y falta de información en este grupo vulnerable, el riesgo de embarazo de adolescentes que viven en zonas rurales es mayor al de la zona urbana, esto se encuentra respaldado estadísticamente donde “en el área urbana 11 de cada 100 adolescentes entre 15 y 19 años de edad son madres o están embarazadas por primera vez; mientras en el área rural 23 de cada 100 son madres o están embarazadas por primera vez” (INEI, 2017, p. 103), situación que lleva a los términos planificación familiar los que juegan un rol importante, pues si partimos de la premisa de que en la zona rural existe poca capacitación o información sobre los riesgos del embarazo adolescente, atribuyendo quizá como la causa, los niveles de alfabetización en las familias, surge la importancia de aplicar conceptos tales como planificación familiar,

Es la definición realizada por un varón y una mujer proyectados como familia, en la que establecen responsablemente el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, y está ligada a la reducción de las tasas de mortalidad materna, facilitando conocimientos que les permita postergar la gestación mediante uso de métodos anticonceptivos hasta

que se encuentren preparados tanto física, psicológica y económicamente (Iparraguirre, 2015, p. 32)

Entonces, no brindar información especializada, actualizada, relevante y suficiente a las familias, niñas, adolescentes tanto de la zona rural y urbana, podría incrementar potencialmente los casos del embarazo adolescente, aunado a ello es necesario evaluar el ambiente familiar en ambas zonas, puesto que los padres deben ejercer un verdadero rol dentro la familia, siendo un ejemplo a seguir, de allí que la comunicación, diálogo afectuoso e interacción con los demás miembros del hogar y de manera especial con las adolescentes es de suma importancia para conversar sobre su sexualidad y capacidad de ejercerla responsablemente.

En cuanto a las barreras económicas, se tiene que el hecho de no poder satisfacer las necesidades básicas de una familia por falta de acceso a estos recursos, esto es, los niveles de pobreza constituyen un factor del embarazo adolescente, pues “24 de cada 100 adolescentes que viven en situación de pobreza ha estado embarazada, y 4 de cada 100 adolescentes no pobres ha estado embarazada” (INEI, 2017, p. 103), hay una relación compleja entre ambos términos, dado que el contexto de pobreza pone a la familia y por ende a los adolescentes en una situación de vulnerabilidad, limitando un acceso a una información determinada e inclusive las coloca en una relación vertical de dominación hacia las mujeres pobres, quienes a su vez no tienen la capacidad suficiente para decidir iniciar o no con su vida sexual, no existen estrategias de autocuidado, ni muchos menos la posibilidades de una mejor capacitación al respecto, ello debido a la situación de pobreza por la que pasan, si sumamos a los

factores de pobreza las limitaciones geográficas existe sin duda una mayor probabilidad de embarazo adolescente.

3.5.2. Factor del limitado acceso a la educación

Si queremos evitar un incremento del embarazo adolescente, debemos empoderar a las niñas y adolescentes, ello se logra mediante el acceso a la educación, el que se convertirá en un ente protector y orientador en la vida emocional de todo ser humano, pues no solo se le asigna una serie de conocimientos básicos para aspirar a una carrera profesional, sino que también se le brinda conocimientos, aptitudes y valores que les permitirá afrontar la vida, esto es, a mayor preparación educativa menos estadísticas de embarazo adolescente habrá, esto se sustenta con los siguientes datos estadísticos,

12 de cada 100 adolescentes con educación secundaria ha estado embarazada; mientras que 7 de cada 100 adolescentes con educación superior ha estado embarazada, y 32 de cada 100 adolescentes sin educación ha estado embarazada. 45 de cada 100 adolescentes que solo tienen educación primaria ha estado embarazada (INEI, 2017, p. 104)

El simple hecho de leer estas citas, hace reflexionar sobre las serias barreras que existen en nuestro país, como es el caso de acceso a la educación en su vertiente de la educación sexual, cuya enseñanza debe ser implementada en el Diseño Básico Regular, aplicable no solo a las adolescentes que viven en zona urbana, sino que con mayor incidencia y capacitación debe dictarse en la zona rural, puesto que dentro de una sociedad la familia no solo es la entidad por

excelencia llamada a la formación del individuo, sino que el colegio o escuela es la otra entidad que se encarga de la construcción de la identidad y quien ayuda a definir la trayectoria de los adolescentes, en consecuencia denegar el acceso trae como consecuencia que sea identificado como una población vulnerable, discriminada y excluida socialmente, es por ello que especialistas en la materia han señalado que la “escuela, como espacio privilegiado de socialización, no es neutral, porque reconoce como cultura legítima la de la clase social dominante. Por tanto, da a los alumnos tratos diferenciales según sus distintos orígenes culturales y socioeconómicos” (Fainsod, 2006, p. 51)

Resaltando la importancia de la educación y su acceso como tal, si el Estado busca tutelar la protección del niño, niña y adolescente, tutelando los derechos humanos y fundamentales que se consagran en la Convención de los Derechos del Niño y Constitución Política de Estado, teniendo como precepto su desarrollo, debe articular las instituciones como escuela-adopción, evitando la errónea concepción de que “el proyecto vital explícito, es propio de los estratos socioeconómicos medio y alto, o de aquellos con aspiraciones de movilidad social, en el sector bajo, aunque menos explícitos, existen los proyectos en forma de mandatos y expectativas familiares” (Coll, 2001, p. 430), evitando en ese sentido la idea que el futuro menor pueda ser visto como una amenaza frente a la madre adolescente que tiene un proyecto o aspiración personal, variando en ese sentido la actitud que se tiene hacia el embarazo, optando por una decisión negativa como el aborto, de allí que en esta investigación se propone no atentar contra el derecho a la vida, sino por el contrario conceder la facultad a la madre adolescente a dar en adopción a su menor. Respecto a este apartado, podemos

concluir que factores sociales, económicos y educativos como los descritos afectan a las madres adolescentes.

3.5.3. Factor de mayor vulnerabilidad y discriminación de niñas y adolescentes indígenas en zonas rurales

En el país, aproximadamente cuatro millones de indígenas viven, agrupados en cincuenta y cinco grupos étnicos, quienes no solo luchan por su territorio, mantener su cultura y costumbre, y que a lo largo de los años han visto mermados sus derechos fundamentales, sino que debido a la lejanía de sus comunidades tienen un menor acceso a la educación, por ende, menor instrucción sobre la importancia de conocer acerca de su sexualidad, así un claro ejemplo es que “27 de cada 100 mujeres adolescentes indígenas de 15 años a más de edad alcanzó el nivel secundario, y 34 de cada 100 mujeres rurales cuya lengua materna es nativa son analfabetas” (INEI, 2016, p. 27).

La Constitución Política de Estado en el catálogo de derechos que contiene en su artículo 2, se reconoce el derecho a la identidad cultural, debiendo respetarse como tal y garantizar el respeto de sus derechos, máxime en adolescentes donde su desarrollo sobre la sexualidad necesita de la orientación de profesionales de la salud, lamentablemente instituciones defensoras de los derechos humanos de los pueblos indígenas, como es la Defensoría del Pueblo indica que,

Los profesionales de la salud no brindan información y métodos anticonceptivos a las adolescentes indígenas, existe desigualdad en el acceso a estos métodos entre hombres y mujeres, las instituciones educativas y los servicios de salud tienen dificultades para asegurar el

acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva, los servicios no son adecuados culturalmente (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 53).

Llama la atención que el Estado no haya garantizado los derechos de las madres adolescentes que pertenecen a las zonas indígenas, demostrando con ello una falta de implementación de políticas públicas para llegar a estas zonas, o falta de capacidad institucional del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, fomentan una actitud de incremento de casos de embarazo adolescente, respaldamos lo expuesto con las alarmantes cifras “En las lenguas amazónicas, 48 de cada 100 adolescentes de 15 a 19 años de edad estuvo alguna vez embarazada; en la lengua aymara 15 de cada 100 adolescentes estuvo alguna vez embarazada” (INEI, 2016, p. 31).

Se puede colegir que en las zonas de comunidades indígenas y nativas, las mujeres niñas y adolescentes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, debido a la lejanía del acceso a la educación, falta de interés del Estado, generando no solo los embarazos tempranos, sino que también existe la posibilidad de casos de violación sexual y trata de personas que no son denunciados, ocasionando mayores niveles de pobreza.

3.5.4. Factor del limitado acceso a métodos anticonceptivos

Para iniciar este acápite consideramos conveniente señalar que según informes del INEI “la mitad de las mujeres entre 20 y 49 años de edad tuvo su primera relación sexual antes de cumplir 18 años. En el área rural fue antes de los 17 años y en la selva fue antes de los 16 años de edad” (INEI, 2016, p. 37), y

paralelamente a ello se tiene que “solo 48 de cada 100 adolescentes de 15 a 19 años de edad en unión usan métodos modernos de anticoncepción” (INEI, 2016, p. 37).

Estos datos estadísticos llevan a definir a los métodos anticonceptivos como “procedimiento por el cual se impide o reduce de manera significativa las posibilidades de una fecundación o embarazo en las relaciones sexuales y que van a cumplir una función de prevención del embarazo, sino también la de prevenir el contagio de una infección de transmisión sexual” (Rodríguez, 2015, p. 3), entonces se debe garantizar no solo un conocimiento sobre la sexualidad y derechos reproductivos a los adolescentes, ni mucho menos solo basta atribuir la información, sino que es necesario facilitar el acceso; debiendo en ese sentido garantizar una educación sexual de calidad o en su defecto fortalecer sus capacidades para afrontar este tipo de situaciones. Garantizar el acceso a los métodos anticonceptivos evita de un lado las decisiones sobre el embarazo que según reportes estadísticos se tiene que “28.8 % de las adolescentes de 15 a 19 años quería el embarazo cuando se presentó; mientras que el 62.2 % de las adolescentes quería el embarazo después; y el 8.9 % de las adolescentes no quería más hijos” (Ministerio de Salud, 2017, p. 11). Este factor debe ser subsanado mediante una adecuada educación brindada desde la etapa de la pubertad, a efectos de crear conciencia y responsabilidad social en las adolescentes.

3.6. Impacto o consecuencias del embarazo adolescente

Existen consecuencias a nivel individual y social producto del embarazo adolescente, nos centramos ahora en describir y analizar el primero de ellos.

3.6.1. En la educación: Dificultad, fracaso y deserción escolar

Las dificultades escolares, al que se refiere “la experiencia de haber tenido dificultades con algunos contenidos académicos en el proceso de aprendizaje” (Giorguli, 2006, p. 241), es decir, que cuando una adolescente se encuentra en estado de gestación de cierta manera se aleja del aprendizaje escolar, pues como consecuencia de los cambios físicos y emocionales que padecen durante este periodo ve mermado y hasta lentizado el proceso de aprendizaje; lo que conlleva a su vez a analizar el siguiente impacto individual, a lo que se considera una desventaja y discriminación en comparación con otras jóvenes de la misma edad, ya que, no están en las mismas condiciones de realizar trabajos físicos, lo que, conlleva al fracaso escolar “se define en este trabajo como la experiencia de sentirse ineptas para la escuela” (Climent, 2003, p. 84), sin duda se considera lesivo para su dignidad y desarrollo de su personalidad, pues es una decisión en la mayoría de casos obligatoria que la madre adolescente debe asumir sola para dedicarse al cuidado de su bebé y buscar trabajo que le permita solventar estos gastos, así muchas veces las adolescentes al presentar dificultades escolares en el aprendizaje y por ende la reprobación, tienen el sentimiento de que han fracasado en la escuela, lo que ocasiona finalmente la deserción escolar que no es otra cosa que dejar la escuela debido a la nueva situación que ahora deben afrontar, limitando de esta manera el ejercicio de derechos y oportunidades, que afectan indudablemente la forma en que asumen el paso de la condición de niña – estudiante a madre – adolescente, e inclusive conforme bien lo respaldan las estadísticas, en el “área urbana reduce en un 33% las posibilidades de regresar a la escuela, y en el área rural esto alcanza un 39%” (Gomez Bonett, 2015, p. 8).

3.6.2. En la madre adolescente: responsabilidad de asumir el rol del cuidado del niño y quehaceres del hogar

Investigaciones como las de Espíndola y León, señalan que,

Algunas consideran que las responsabilidades del trabajo doméstico y el cuidado de niños las preparó para cumplir con el rol de esposas y madres que adquirieron a muy temprana edad. El punto aquí es que, si ellas realmente tuvieran otras opciones accesibles, distintas al matrimonio y a la maternidad, probablemente no valorarían de la misma forma su incursión temprana en el trabajo doméstico (Espíndola y León, 2002, p. 43)

La nueva situación en la que se encuentra la adolescente embarazada, la obliga a asumir un nuevo estilo de vida, el ser madres por primera vez y a la corta edad, deberán realizar tareas propias del cuidado del hogar y de su menor hijo, lo que trae a sí mismo situaciones en las que luego de abandonar el colegio y dedicarse al cuidado de su menor hijo, en algunos casos estas tendrán el apoyo de su padres, en tanto que habrá situaciones donde la madre adolescente trabaja posterior al parto, a efectos de obtener los ingresos para sustentarse, respecto al otro progenitor, hay situaciones en las que se cuenta con su apoyo y otras en las que no.

3.6.3. Riesgo de desnutrición infantil y muerte temprana

Los factores como la pobreza, el maltrato en el hogar, la lejanía de las comunidades indígenas que agravan más los factores antes señalado, e inclusive la

condición biológica de la adolescente, pueden generar enfermedades posteriores al parto tanto para la madre como para el niño, pues como se ha manifestado,

En las adolescentes del país las razones de mortalidad maternas (RMM) son desproporcionadamente más altas que las registradas para las mujeres en edad reproductiva, sobre todo en la sierra y selva, llegando en esta última a valores de 453 muertes maternas por cien mil nacidos vivos en el periodo 2007-2011 (Tarqui-Mamani, 2010, p. 42). Entonces, se puede colegir que estudios científicos han demostrado que el embarazo precoz trae serias consecuencias a la salud tanto de la madre como del niño, de allí que es importante empoderar a la mujer sobre sus derechos sexuales y reproductivos, e inclusive atribuirle otros derechos que le permitan decidir de manera inteligente tener a su menor hijo y darlo en adopción.

3.6.4. Optar por un aborto

Los datos empíricos demuestran que el “60% de los embarazos en adolescentes no fueron planificados, (...) y cerca del 30% de adolescentes declaraba cercanía con algún conocido que se ha realizado un aborto. Mientras que, en el Perú, evitar cada embarazo no planificado en la adolescencia costaría entre US\$ 43 y US\$ 63” (SENAJU, 2012, p. 71).

Este es quizá el peor de los impactos negativos que tiene el embarazo adolescente, cuando se decide por interrumpir la gestación, de manera ilegal, es decir existen clínicas que se dedican a realizar estos actos ilícitos, quizá la adolescente ve una solución eficaz y rápida, pero lo que realmente sucede es que el aborto puede atentar contra la vida de la madre adolescente e inclusive dejarla con secuelas emocionales que dañan su desarrollo y madurez emocional.

3.7. Acciones adoptadas por el Estado Peruano frente al embarazo adolescente

En primer lugar, el Estado ha creído por conveniente a través del Ministerio de Salud, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables realizar políticas y programas de prevención, educación para evitar el embarazo precoz, transmisión de enfermedades sexuales, disminución de violencia sexual, brindando servicios de salud integrales relacionados a la consejería en salud sexual y reproductiva, entre otros; en fin, es un conjunto de líneas estratégicas entre las que podemos mencionar el Plan Nacional para la prevención del embarazo adolescente, el mismo que es definido como,

(...) una sólida propuesta de intervención de política pública para disminuir embarazo no planificado en adolescentes, reconoce que solo las intervenciones simultáneas y multisectoriales, nunca aisladas, habrán de tener un efecto sostenible. Su horizonte temporal alcanza el año 2021, siendo su objetivo general reducir en 20% la prevalencia del embarazo en las adolescentes (Mendoza & Subiría, 2013, p. 476).

Este Plan tiene entre diversos objetivos generales evitar la deserción escolar de las adolescentes, proponer la enseñanza de la educación sexual en el diseño curricular nacional, incrementar la prevalencia de uso actual de métodos anticonceptivos, aplicando para ello un enfoque multisectorial donde no solo participan las carteras antes indicadas, sino también se involucra a los gobiernos regionales y locales, por ende temas como derechos sexuales y reproductivos,

educación sexual, empoderamiento de las niñas y adolescentes, acceso integral de salud son claves en la lucha contra el embarazo adolescente.

Aunando a ello podemos citar los siguientes programas adoptados por el Estado que busca prevenir el embarazo en la adolescencia,

Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia-PNAIIA 2012-2021, Programa Presupuestal Salud Materno Neonatal, Plan Multisectorial para la Prevención del Embarazo en Adolescentes 2013-2021, Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2021, Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (Mesa de Concertación para la lucha contra la Pobreza, 2018, p. 14)

La realidad marca claramente situaciones en las que el embarazo adolescente se ha convertido en un problema de salud pública, que merece ser atendido por el derecho, y si bien es aplaudible los esfuerzos que se vienen realizando, aún es necesario adoptar estrategias que por un lado prevengan esta problemática y/o en su defecto brindarle a la madre adolescente todas las herramientas necesarias para ejercer los derechos civiles y humanos, y como tal merece la atención y estudio no solo del sector de salud y educativo, sino que el derecho es el llamado a mejorar y regular ciertas situaciones en pro de las madres adolescentes.

CAPÍTULO 4

ESTUDIO DEL DESARROLLO DE LA ADOPCIÓN EN LA DOCTRINA PERUANA Y LATINOAMERICANA

4.1. La adopción en el Perú

4.1.1. Antecedentes históricos

Teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico se ha visto influenciado por el derecho romano, la institución jurídica de la adopción no es ajena a esta situación, a pesar de ello se debe tener en cuenta lo que sostiene Varsi Rospigliosi “la adopción sería una de las más grandes creaciones del Derecho, su origen se remontaría a la India y desde allí, habría sido transmitida a los hebreos, a los Babilonios (reflejándose en el Código de Hammurabi), Egipto, Grecia y Roma” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 490), ello lleva a inferir que el vínculo filial entre padres e hijos no solo por el solo hecho de ser descendientes biológicos, sino también por el vínculo legal que nace mediante la adopción, así en Roma surgió con la finalidad de preservar a la familia, pues era de interés y honor salvaguardar el linaje de la familia, así Jors sustenta “predominaba el interés objetivo de la familia” (Jors, 1937, p. 54), en consecuencia el fin de la familia era calificado como un desastre para estas personas.

En ese orden de ideas, la historia ha demostrado que en el Derecho Romano en las Institutas de Gayo que datan aproximadamente del año 161 d.C. existían las siguientes figuras “la arrogatio (o adrogación o arrogación) y la adoptio o adopción en sentido estricto” (Sotomarino, 2015, p. 3), para el caso de la presente investigación nos limitaremos a estudiar a la adopción, es por ello que se afirma

que esta cumplía un importante rol social dado que buscaba crear nuevos vínculos paternos filiales y de esta manera mantener la continuidad de la familia; ahora bien brevemente podemos indicar que respecto a la adrogación que “era más solemne y primitiva, pues era celebrada públicamente por un pater familias hacía entrar como filius en su familia a un mayor de edad e inclusive a un pater familias romano” (Herrera Paulsen, 1988, p. 43), era un acto inclusive sagrado que solo se celebraba en la capital de Roma, esta institución era aplicable únicamente para personas libres.

En tanto la adopción, tenía una connotación y aplicación diferentes, puesto que entre lo peculiar que esta posee es el carácter eminentemente formal, e inclusive por etapas,

En un primer acto, se debía desligar al menor de la patria potestad de su padre actual, para lo cual se aplicaba la máxima de las Doce Tablas liberando al hijo hasta por tres mancipaciones hasta la pérdida total de la patria potestad. Extinguida ésta, se pasaba al segundo acto destinado a conceder la patria potestad al adoptante con la aprobación del magistrado y luego el tercer acto de una manera que, en suma, se reconocía como un proceso sumamente complejo de liberación, emancipación, pérdida. Justiniano abolió el procedimiento sustituyéndolo por una declaración del padre ante juez competente sin que ni el adoptante ni el adoptado, presentes en el acto, se opusieran (Sotomarino, 2015, p. 4)

Es decir, mientras que la adrogación se aplicaba a hijos que pertenecían a una familia ya determinada, de otro lado la adopción era aplicable para personas que no pertenecían a ningún pater familia, para ello pasaban por un proceso de emancipación hasta llegar a la declaración que realizaba el padre ante el Juez con el deseo de que forme parte de su familia y estar bajo su potestad, parte de este procedimiento fue modificado por Justiniano en la medida de que permitió que el adoptado dejara su familia biológica y se incorpore bajo la patria potestad del adoptante.

Esta institución trascendió al derecho romano y llegó hasta la antigua Francia donde fue aplicada bajo la denominación de adopción pública, pero que lamentablemente no llegó a influir en la redacción del Código Napoleónico de 1804 pues conforme bien se indica “se mostraba una imagen diferente del Derecho, puesto que era un sistema de reglas legislativas imponiendo una metodología de carácter deductivo” (Ramos Núñez, 1997, p. 97), atendiendo a que esta institución no fue regulada, por ende, no fue usada; máxime sí tuvo una postura restrictiva de la adopción en la medida que no estaba permitida la adopción de los niños y adolescentes, permitiendo sólo de aquellos adultos que fueron cuidados por adoptantes por un mínimo de 6 años.

Pero, fue con la primera guerra mundial la que trajo como consecuencia desastres y separación de diversos hogares e inclusive niños y/o adolescentes abandonados situación que trajo como consecuencia “el incremento de adopciones en Francia y Europa, así se expidió la Ley 1917 que permitió la adopción de los huérfanos de guerra en Francia, que no dejó de tener especial interés, al establecer con carácter legislativo, la institución de los pupilos de la Nación” (Josserand,

1952, p. 952), en la primera guerra mundial era entendido como una práctica social por la cual una persona adquiere una nueva familia, perdiendo los lazos biológicos con su anterior familia.

Con posterioridad se expidió la Ley de Massachusetts en el año 1851, se reguló la adopción, teniendo como fundamento el de promover el cuidado de los niños y niñas, así como perdurar la familia, en ese orden de ideas se consideró a esta ley, como la primera norma sobre adopción del Estado Moderno, aquí se implementa el primer procedimiento que se mantiene hasta la actualidad “se requería el consentimiento escrito de los padres originarios, una solicitud conjunta de la pareja que buscaba adoptar y la separación absoluta del menor de su familia originaria dándole al niño adoptado estatus idéntico al de la filiación natural” (Aliaga Gamarra, 2013, p. 10).

Entonces, se puede concluir que tanto el Código Napoleónico como la Ley de Massachusetts, tuvieron influencia para el sistema jurídico peruano, de manera concreta analizaremos su configuración en los tres distintos códigos. En ese sentido, en el Código Civil de 1852 se reguló bajo la figura de prohijamiento, mediante la cual se “permitiría la adopción judicial de menores sin que medie declaración de abandono, su regulación fue similar a la del Código civil francés” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 495), esta denominación se utiliza actualmente como causal de adopción, así lo establece en el inciso c) del artículo 128° del Código de Niños y Adolescentes.

Posteriormente, en el Código Civil de 1936, se incluía reglas como las siguientes,

En el artículo 326° se indicó que el adoptante debía ser mayor de 50 años; gozar de buena reputación, el adoptante debía ser mayor que el adoptado cuando menos en 18 años, el adoptante no debía tener descendientes con derecho a heredar. Cuando el adoptante fuera casado debía concurrir el consentimiento de su cónyuge; que el adoptado preste su consentimiento si es mayor de 14 años; que consientan los padres del adoptado si se hallan bajo su patria potestad; que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es menor de 18 años o incapaz y no tenía padres; que consienta el cónyuge del adoptado; que sea declarada por el Juez si la cree conveniente para el adoptado. Esta última regla, se refería solo al menor de edad (Sotomarino, 2015, p. 5).

No es intención de las investigadoras el culminar esta tesis sin antes citar la reflexión de Bosert,

La historia de la moderna adopción empieza recién en la primera guerra mundial y la conmoción que se produjo en la niñez desvalida, perdidos los hogares de millones de niños se buscó el paliativo, a través de la adopción que se convierte entonces en un medio de protección para la infancia desprovista de un hogar (Bosert, 1996, p. 585).

A pesar que la historia demuestra que la adopción tuvo sus orígenes en el derecho romano, se considera que el verdadero fundamento por el cual se regula en el derecho francés y cuyo criterio ha sido asumido por el derecho peruano, es la

necesidad de conceder al menor de edad adoptado una nueva familia, desligándola por completo de su anterior familia, garantizando al menor no solo los derechos y deberes propios de los nuevos padres como lo son la educación, alimentación, vestido, vivienda, etc; sino que también se le debe brindar toda la asistencia moral, afectiva que es en esencia el vínculo paterno filial, todo esto fue asumido por el ordenamiento jurídico peruano que mediante Decreto Legislativo N° 22209 de fecha 15 de julio de 1978 consagró la irrevocabilidad de la adopción, llegando a ser concebida como una institución de orden pública.

En fin, el Código Civil de 1936 la adopción estaba destinada a brindar esa asistencia a los menores por parte de los padres adoptantes, con lo que se garantizaba de un lado el establecer un nuevo vínculo paterno filial y del otro la continuidad de la familia.

Dicho esto, podemos indicar que si bien el anterior Código contiene normas que se mantienen hasta la actualidad, planteaba la revocación de la adopción siempre que concurren motivos justificados para ello, ahora bien el análisis de los requisitos y procedimiento que contiene el actual Código Civil de 1984, se realizarán en el apartado correspondiente.

4.1.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la adopción se encuentra representada mediante teorías que intentan conceptualizar la esencia de esta institución.

4.1.2.1. Teoría Contractual

Esta teoría tiene su origen en el Derecho Romano, donde se da mayor importancia a la autonomía de la voluntad e individualismo, así se precisa que “la adopción es un acto jurídico generalmente un contrato que crea entre dos personas relaciones lícitas y puramente civiles de filiación y parentesco” (Colin, 2004, p. 315), al tener un rasgo eminentemente civilista, le es de particular interés la autonomía y la manifestación de voluntad, de allí que la define como un acto jurídico a tal grado de asemejarlo a un contrato, criterio que no compartimos puesto que este último tiene una connotación eminentemente patrimonial, es decir, existen prestaciones y contraprestaciones con contenido oneroso, definitivamente la definición de adopción no encuadra dentro de esta primera teoría, ya que no hay un verdadero estado de familia y/o vínculo familiar, sino únicamente prestaciones consistentes en el deber de prestar alimentos, vestimenta, educación, etc.

Lo expuesto se sustenta con lo indicado por Cornejo Chávez “desde nuestro punto de vista podríamos conceptualizar a la adopción como un contrato solemne de Derecho Familiar en virtud del cual, el adoptado adquiere la calidad de hijo matrimonial del adoptante (...), la familia adoptiva tiene base únicamente en la convención” (Cornejo Chávez, 2003, p. 401), esta teoría no ha sido del todo aceptada por la doctrina, dado que rechaza la denominación de contrato, pero acepta parcialmente la necesaria intervención directa del Estado representado en la autoridad judicial o administrativa, como elemento necesario para que se constituya la adopción.

4.1.2.2. Teoría del acto de condición

Esta teoría se centra de manera similar que la teoría anterior, la importancia de que la adopción se sustente en la manifestación de voluntad del adoptante y del adoptado, y si bien cambia la denominación de contrato, esta nueva teoría la entiende como un acto jurídico que solo procede ante el cumplimiento de determinados requisitos y actos formales. Sobre el particular se ha manifestado,

La adopción es un acto jurídico que se caracteriza por ser formal, voluntario, puro y simple, irrevocable y singular. Es voluntario se señala porque representa la libre expresión desinteresada de adoptar y ser adoptado. Decisión que se toma de manera libre y está fundada en los legítimos derechos de construir una familia, es formal en razón que para su validez se exige el cumplimiento de ciertas solemnidades y la intervención del Estado (Mejía Salas, 2005, p. 23)

Esto es, la concepción antes citada contiene algunas de las características de la adopción, dando mayor énfasis en la condición formal que reviste la adopción, pues si bien adopta parte de la teoría contractualista al señalar que estamos ante una manifestación de voluntad, para su formalización y posterior surgimiento de efectos jurídicos necesita de una serie de protocolos necesarios. Como todo acto jurídico establece como elemento constitutivo de la adopción, la manifestación de voluntad del adoptante, la misma que conjuntamente con los requisitos que la ley señala deberán ser exteriorizados mediante la presentación de una demanda ante la autoridad judicial competente.

4.1.2.3. Teoría institucional

Por su parte, esta teoría propugna en conceptos generales que la adopción es más que un acto jurídico, y se consolida como una institución que busca promover y proteger los derechos fundamentales del niño, niña y adolescentes, es por ello que esta teoría a su vez se divide en dos sub teorías.

4.1.2.3.1. Teoría institucional desde la perspectiva de la doctrina de la situación irregular

En palabras de Rafael Sajón, se sustenta que,

La adopción es una institución del Derecho de menores como compuesto de reglas de ese derecho, que constituyen un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones, derivadas todas ellas de un hecho fundamental, considerado como punto de partida y base. La moderna concepción de los derechos funciones de los niños y adolescentes hizo renacer la adopción, pero con una nueva naturaleza jurídica y atendiendo a los fines más preciosos, de justicia, de solidaridad y paz social, no se trata de proporcionar un menor a una familia sino una familia a un menor (Sajón, 1990, p. 439)

Como institución se encuentra orientada por el principio base en los derechos del niño, es decir, el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, la tendencia es que la adopción surja por el derecho de los padres a tener una familia y descendencia, sino principalmente por proteger y amparar las necesidades del menor, y dotarle de una nueva familia, así se advierte que esta teoría busca trascender del derecho interno de cada país, otorgándole a la adopción una

naturaleza jurídica perteneciente a la Convención de los Derechos del Niño, de allí que el nombre de esta teoría “doctrina de situación irregular” está referido a criterios de protección y tutela hacia el menor. Esos criterios fueron determinantes para regular la institución de la adopción y que, conforme a la doctrina, esta

Se atendía igualmente a razones de orden público, la prevención general y especial del abandono, del delito mediante una razonable política de seguridad y defensa social, colocando a los menores, huérfanos, abandonados en un medio familiar normal y permitiendo su bienestar material y su desarrollo espiritual, al otorgársele un estatuto jurídico que los equiparaba a los hijos legítimos (García Méndez, 1978, p. 201)

Se considera que esta teoría se fundamenta paralelamente en las Convención de los Derechos del Niño y la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que como documentos posteriores a la Primera Guerra Mundial, el Estado estaba en la obligación de tutelar a aquellos menores abandonados, dotándoles de una familia y evitando de esta manera crear menores conflictivos con tendencia al delito, es donde surge la adopción como instrumento para dar solución a esta posible problemática, es por ello, que a través de esta teoría más que la voluntad de los padres adoptantes se busca otorgar relevancia y legitimidad de la autoridad jurisdiccional quien se encargará no solo de verificar el cumplimiento de determinados requisitos sino que además en mérito al poder discrecional con el que goza determinará lo que es mejor para el menor, priorizándose en todo momento el interés superior de este último, y lejos de una compasión por parte del Estado, se convierte en un verdadero instrumento de protección.

4.1.2.3.2. Teoría institucional desde la perspectiva del niño como sujeto de derecho

Esta teoría es definida bajo la perspectiva de la Doctrina de la Protección Integral donde,

Se concibe que en la actualidad a la niñez y adolescencia en general, como portadora de demandas sociales que son recogidas en la Convención Sobre los Derechos del Niño, reconociendo al niño como sujeto de derechos humanos genéricos, y derechos humanos específicos (Salazar Blanco, 2007, p. 237)

Esta teoría concede al niño una doble identidad, no solo como un simple sujeto de derechos a quien se le atribuye derechos y obligaciones específicas de acuerdo a su edad, sino que además debido a su condición de vulnerabilidad existen derechos específicos y especiales que han sido reconocidos en instrumentos internacionales tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, es allí donde surge la teoría del niño como sujeto de derecho a partir del cual el niño deja de ser visto como un ente vulnerable que necesita de compasión por parte de los adoptantes, y pasar a ser visto como un obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos del niño, de allí que nuestro Código del Niño y Adolescente presenta rasgos de esta teoría, puesto que el juez de familia está en la obligación de escuchar y valorar la opinión del niño y adolescente, en otras palabras es el niño el que exige al Estado representado a través de sus respectivas autoridades el cumplimiento de sus derechos, sustentamos lo expuesto con,

(...) se ha pronunciado nuestro Código del Niño y del Adolescente, y los diferentes ordenamientos jurídicos en América Latina, (...), la Convención ha incorporado una serie de principios que tendrán como finalidad optimizar las normas consagradas en el dicho instrumento internacional (Salazar Blanco, 2007, p. 238)

Entonces, el principio supremo en las materias que versen sobre los derechos del niño, es el principio del interés superior del niño y adolescente, el mismo que supone que en toda medida que se adopte ya sea judicial, administrativa, etc, y donde esté de por medio los intereses del menor, se debe preferir y tutelar a este último, este principio guarda estrecha relación con el principio de proporcionalidad dado que se debe ponderar entre los derechos de los niños y los derechos de terceros e inclusive con los propios intereses difusos de toda una sociedad, con justa razón se invoca que,

El pleno reconocimiento del niño como centro de imputación de derechos y deberes, derechos humanos genéricos (los que tiene por su condición de persona) y derechos humanos específicos (aquellos que ostenta por la condición de niño y el estado de desarrollo en que se encuentran, implicando la mejor y reforzamiento de las normas en favor de la infancia frente a las normas otorgadas a todos los seres humanos) (Salazar Blanco, 2007, p. 238)

Lo citado, explica claramente el objeto de esta teoría que al explicar la naturaleza jurídica de la adopción, donde en virtud justamente al principio antes indicado, el Estado está en obligación de brindar una asistencia y protección especial.

4.1.3. Definición

Habiendo explicado cada una de las teorías que delimitan la naturaleza jurídica de la adopción, podemos indicar que nuestro Código de Niños y Adolescentes se adhiere a la teoría institucionalista, adoptando una postura ecléctica, y si bien nuestro código no define a la adopción, juristas peruanos se han encargado de conceptualizarlo. Ese es el caso de Varsi Rospigliosi, quien señala

la adopción es el acto solemne por el cual se crea entre el adoptante y el adoptado una relación de paternidad y filiación atribuyéndose al segundo la condición de hijo con los mismos derechos y deberes de cualquier hijo, incluyendo los sucesorios; se desliga el hijo de su familia biológica salvo los impedimentos matrimoniales. Es un acto jurídico que establece vínculo de parentesco (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 497)

Por su parte Cornejo Chávez, indica que la adopción es “un acto voluntario, solemne al exigir la intervención del Estado a través del funcionario público respectivo; recoge una ficción pues mediante la adopción se reputa padre e hijo a quienes realmente no lo son” (Cornejo Chávez, 2003, p. 396), ambas definiciones tienen como punto en común el sistema de protección de Estado hacia el niño, niña o adolescente, siendo concordante con lo señalado en el artículo 27° de la Convención de los derechos del niño en donde se establece que el Estado debe brindar las modificaciones necesarias para garantizar al adoptado el desarrollo integral, físico, espiritual, moral y social, disposiciones como estas han conllevado que el Estado Peruano disponga que frente a una situación extremadamente grave, el menor sea sujeto a una medida de protección como es el caso de la colocación

familiar a efectos de proporcionarle todo lo necesario para su subsistencia, recreación, educación, entre otros derechos.

Siguiendo la línea de pensamiento, se puede afirmar que la institución de la adopción es aquel acto jurídico de orden público, que reviste especial particularidad, ya que al estar vinculada a los derechos del niño y del adolescente, busca la integración familiar y tutela de estos, para ello se realiza un proceso judicial, mediante el cual los adoptantes manifiestan su voluntad irrevocable de establecer un nuevo vínculo paterno filial con el adoptado. Entonces, mediante esta institución se busca tutelar la doctrina de la protección integral del niño y adolescente, de allí que las teorías contractuales no encajan dentro de esta definición, siendo insuficientes sobre todo cuando estamos ante categorías que priorizan el respeto y la garantía de los derechos humanos generales y específicos del niño y adolescente.

4.1.4. Sujetos de la adopción

De manera concreta la adopción como acto jurídico se produce únicamente entre los adoptantes y el adoptado, la presencia del órgano jurisdiccional como el Juez y del Ministerio Público, quien actúa como dictaminador, ambas intervenciones se encargan de tutelar los derechos de los menores, optando en la mayoría de los casos por aquella situación que sea más beneficiosa para el menor. Siendo ello, así el adoptante y el adoptado son los sujetos que tienen legitimidad para participar del proceso. Se remite ahora al primero de ellos, el adoptante, definido como,

Los cónyuges, quienes deberán acreditar madurez, antecedentes educativos favorables para apoyar el desarrollo de un niño, solvencia

moral, idoneidad ética, adecuadas relaciones interpersonales y sociales, capacidad afectiva y de aceptación a los demás; seguridad personal, autoconfianza; aptitudes y valores positivos y respeto a los niños como sujetos de derechos; la edad debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña o niño sujeto a adopción; gozar de buena salud física y psicológica, adecuados y suficientes ingresos económicos estables que proyecten la posibilidad de dar razonables oportunidades y condiciones de desarrollo integral al niño por adoptar; capacidad para cubrir necesidades de crianza, salud y desarrollo integral de la familia; todo lo cual estará sujeto no sólo a acreditación, sino a evaluación por profesionales que emitirán los informes pertinentes (Peralta Andia, 1996, p. 301)

La postura del sistema jurídico es clara al indicar que solo podrán adoptar los cónyuges, siendo necesario el consentimiento de ambos, dejándose de lado a las parejas homosexuales que deseen adoptar, consideramos que de acuerdo a lo señalado en el artículo 4° de la Constitución, la razón del legislador es brindar al menor una familia en el concepto clásico que este supone, a fin de que mediante el apoyo y vínculo que se mantenga con el padre y la madre se garantice su desarrollo integral y emocional, con ello no se pretenden discriminar a los hijos provenientes de familias ensambladas, por el contrario, la presente crítica se circunscribe dentro de la institución jurídica de la adopción, además los padres deberán acreditar la solvencia moral y económica de tal manera que genere convicción en el juzgador sobre la adopción.

El segundo sujeto es el adoptado, que no es otra cosa que,

El niño, niña o adolescente, entregado por sus progenitores en adopción, por su tutor o declarados en situación de abandono, una persona mayor de edad o una persona mayor de edad incapaz.

Además, atendiendo al principio del Interés Superior del Niño, cuando el adoptado es mayor de 10 años de edad, debe ser escuchado y prestar su consentimiento (Cachique Curimuzón, 2017, p. 17).

Es el sujeto principal y esencial en este proceso, la razón en la que se sustenta la creación de la institución de la adopción, siendo indispensable que el Juez valore su opinión y consentimiento, velando en todo momento por privilegiar la situación que sea más favorable al menor, de allí que si el menor adoptado se encuentra bajo la patria potestad de sus padres, tutor o curador está en la obligación de contar con el consentimiento de estos, puesto que la decisión que el Juez adopte tendrá serios efectos, dado que el adoptado se deslinda de su actual vínculo familiar, para establecer uno nuevo con los adoptantes quienes le brindarán las condiciones para su desarrollo, afecto y sustento.

4.1.5. Características

La institución de la adopción reviste características peculiares, las mismas que procederemos a señalar y analizar a continuación:

4.1.5.1. Es un acto jurídico: La voluntad coincidente de las partes no puede crear ni las condiciones de realización, ni los efectos que producirá la misma, estando todo ello establecido por el orden público y sin que se permita a las partes separarse lo más mínimo de lo estatuido (Miranda Canales, 1996, p. 81). Es decir, es un acto jurídico especial, en

principio no estamos ante un contrato con prestaciones económicas, ni mucho menos contenido patrimonial, ni es un acto oneroso, porque no se compra un menor, es un acto jurídico que reviste particularidad por la condición del sujeto y el fin que tiene esta institución que es proteger y brindar una familia al menor, estableciendo un vínculo filial.

4.1.5.2. Es solemne: “debe ser hecho necesariamente en la forma que la ley prescribe, bajo pena de nulidad. Las formalidades exteriores de que se reviste el acto son de las que se llaman ad solemnitatem y no solamente ad probationem” (Miranda Canales, 1996, p. 81), es decir, en nuestro ordenamiento la adopción sólo es permitida mediante un procedimiento judicial que acompañe determinados requisitos, más la concurrencia a la audiencia donde en mérito al principio de inmediación, el juzgador evalúe la procedencia o no de la adopción, siendo necesario cumplir con la formalidad establecida tanto en la norma sustantiva como adjetiva. Ahora bien, se permite la adopción en vía administrativa.

4.1.5.3. Es bilateral: “es necesario concurso de voluntades para que la misma se perfeccione” (Miranda Canales, 1996, p. 81), quiere decir que es un acto jurídico que se da entre los adoptantes y el adoptado, pues entre estos nace el nuevo vínculo paterno filial.

4.1.5.4.Crea ciertos lazos de parentesco: “El efecto que produce la adopción es la creación de un parentesco que desde luego, son lazos de parentesco semejantes porque vinculan solamente al adoptante con el adoptado” (Miranda Canales, 1996, p. 81), esto es, que el adoptado adquiere la calidad de hijo gozando de todos los derechos que la ley civil le concede, como bien señala el artículo 377° del Código Civil, mediante la adopción el hijo adoptado pasa a formar parte de la familia del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

4.1.6. Requisitos

A efectos de determinar los requisitos formales y materiales que son necesarios para la adopción, es necesario recurrir al Código Civil actual de 1984 y al Código de Niños, Niñas y Adolescentes, que en cuyo artículo 378° del primer cuerpo sustantivo, prescribe:

Para la adopción se requiere: 1. Que el adoptante goce de solvencia moral. 2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar. 3. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge. 4. Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concorra el asentimiento del otro conviviente. 5. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años. 6. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela. 7. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz. 8. Que sea aprobada por el juez,

con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales. 9. Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

Como se advierte, los requisitos que allí se indican guardan relación con el artículo 115° y 117° del Código de Niños y Adolescentes, puesto que, en mérito a estos requisitos, se advierte que la norma permite la adopción por parte de las uniones de hecho y padres solteros, y justamente la finalidad de todos estos requisitos es de un lado acreditar la solvencia económica y moral para asumir el nuevo cuidado y orientación integral del menor.

En cuanto al segundo requisito la edad permite evaluar el grado de madurez del adoptante evitando así posibles comisiones de ilícitos contra el adoptado, en tanto los requisitos contenidos en los numerales 3 y 4 permiten la adopción de cónyuges y convivientes; en tanto el numeral 5 evidencia el cumplimiento de los instrumentos internacionales ya que es obligatorio que el menor, mayor de 10 años presente su consentimiento, debiendo el juez valorar y merituar esta manifestación del menor, teniendo en cuenta la edad y etapa en la que se encuentra, la misma que será imposible en los casos que el adoptado sea menor de 10 años, en dicho supuesto el juez determinará la mejor situación para el menor.

Los numerales 6 al 8, están relacionados a los supuestos de la adopción internacional y en los casos en que el adoptado conozca a su familia o se encuentre bajo tutor o curador, supuestos en los cuales será necesario el

consentimiento de estos sujetos procesales. Debe de tenerse en cuenta que el artículo 128° del Código de Niños, Niñas y Adolescentes que señala la adopción judicial de menores, establece unos requisitos de fondo adicionales que son imprescindibles al momento de valorar la demanda, como se indica quien posee vínculo matrimonial con el padre o madre del niño por adoptar; y el que posee vínculo de parentesco hasta cuarto grado de consanguineidad o segundo de afinidad con el niño que va a adoptar.

4.1.7. Procedimiento o trámite

4.1.7.1. Por el procedimiento administrativo

De conformidad con el artículo 121° del Código de Niños, Niñas y Adolescentes, este procedimiento se encuentra a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, quien supervisa los procesos de adopción de niños declarados judicialmente en abandono, y este proceso de conformidad con lo señalado en el artículo 5° de la Ley N° 26981 – Ley de Procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, para ello se indica que “las personas interesadas en adoptar recaban de la oficina de adopciones una ficha de inscripción que deben llenar adjuntando fotos de su vivienda; con este acto se da inicio al proceso de adopción” (Robiston Urtecho, 2014, p. 9), entonces en dicha solicitud la Oficina de Adopción se encarga de evaluar que los adoptantes cumplan los requisitos antes señalados, de allí que revisado el expediente y verificado el cumplimiento de los requisitos, se dispondrá la realización de una evaluación psico – social, aunado a ello se va a expedir la evaluación legal, y cuyo caso haya un informe favorable de declaración de aptos,

los solicitantes serán incluidos dentro de la lista de adoptantes aptos en el Registro Nacional de Adoptantes.

Ahora bien, en caso exista un menor que haya sido declarado en abandono y de acuerdo a la lista del registro, se inicia la fase adoptiva, donde se indica que “los adoptantes formalizan su aceptación dentro de los siete días naturales siguientes a la designación. En ese plazo se produce la socialización entre el menor y los adoptantes en presencia de personal especializado de la oficina de adopciones” (Robiston Urtecho, 2014, p. 13), esta fase es comúnmente denominada fase de empatía donde si el informe es favorable se comunica al Juzgado y Fiscalía de Familia, donde se dispondrá el externamiento del menor de edad mediante la denominada colocación familiar, esto es, “resolución administrativa por el término de siete días naturales, finalizado dicho plazo el personal especializado emite el informe correspondiente luego de haber realizado las visitas y/o entrevistas que considere necesarias (Robiston Urtecho, 2014, p. 14).

La colocación familiar es sumamente importante dado que posterior a las visitas e informe se expide la resolución de adopción que no es otra cosa que la colocación familiar ha sido aprobada, situación que será comunicada al Juez de Familia que declaró el estado de abandono anterior, esta resolución será comunicada a la oficina de registros civiles para la expedición de la partida de nacimiento respectiva, donde se consigne los nuevos apellidos de la familia. Ahora bien, la resolución administrativa que declara la adopción puede ser impugnada por parte de la persona que acredite tener vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad.

4.1.7.2. Por el proceso judicial

Las reglas de la adopción en vía judicial se encuentran regidas por el Código de Niños, Niñas y Adolescentes, Código Civil y Código Procesal Civil, en donde hay que delimitar dos escenarios, la adopción de mayores y menores de edad.

4.1.7.2.1. Adopción de mayores de edad

Al respecto se indica que “La adopción mediante proceso judicial de naturaleza no contencioso consiste en adoptar a una persona mayor de edad soltera o casada. Por este proceso el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (Robiston Urtecho, 2014, p. 18), ahora bien en caso el mayor de edad es incapaz se solicita la intervención de su representante y el proceso será dirigido contra el Ministerio Público, entre los requisitos son los mismos que señala en el artículo 378° del Código Civil, tramitado ante el Juez de Familia quien deberá oír al representante del mayor de edad incapaz, las etapas principales y centrales son la presentación de la demanda, contestación de la misma por parte del Ministerio Público, audiencia de actuación y declaración judicial, emisión de la sentencia y la fase ejecutoria consiste en remitir los actuados al registro civil para la expedición de la nueva partida.

4.1.7.2.2. Adopción de menores de edad

El ordenamiento civil permite la adopción de menores de edad en vía de excepción, esto es, que los adoptantes puedan plantear una demanda de adopción ante el juzgado especializado de familia, sin que haya mediado previamente una

declaración de estado de abandono, siempre que se sustenten los requisitos del artículo 128° del Código de Niños, Niñas y Adolescentes, es decir

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

Entre los medios probatorios a anexar son aquellos que acrediten la solvencia económica y moral, como lo es por ejemplo certificado o contrato de trabajo, fotografías que acrediten las vivencias familiares con el adoptado, certificados de antecedentes penales, judiciales, etc., partidas de nacimiento y matrimonio, etc. El procedimiento ante el Poder Judicial inicia con el planteamiento de demanda, contestación de la demanda que lo realiza el padre o madre biológica que en la mayoría de casos es inubicable por lo que se designa un curador procesal, se fija fecha y hora para la realización de audiencia única e informe social y de evaluación psicológica, corriéndose traslado al Ministerio Público quien actúa como ente dictaminador, para expedirse la sentencia la misma que una vez consentida se dispone se oficie a registros civiles para la expedición de la partida de nacimiento.

4.1.7.3. Por vía notarial

Mediante Ley N° 26662 denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, el Poder Legislativo permite la adopción en vía notarial siempre que el adoptado sea una persona mayor de edad que ejerza plenamente su capacidad de goce y ejercicio, entonces se acude a esta vía ante un supuesto específico, a diferencia de las otras vías judicial y administrativa donde se tutela al menor de edad y al mayor de edad incapaz.

El procedimiento en esta vía inicia con la presentación de la solicitud de adopción la misma que cumple con una formalidad, es decir, debe constar en una minuta que es presentada por el adoptante y el adoptado, se entiende que no existe controversia, de allí que se debe adjuntar como medios de prueba: las respectivas copias de nacimiento y matrimonio de ambos, el documento que acredite que las cuentas de la administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante del adoptado y el testimonio del inventario de los bienes que tuviere el adoptado, esto de conformidad con lo señalado en el artículo 22° de la Ley N° 26662.

Así, la doctrina ha indicado que “la minuta debe contener la expresión de voluntad del adoptante y del adoptado y el asentimiento de sus respectivos cónyuges, en caso de ser casados, así como la declaración jurada del adoptante en el sentido que goza de solvencia moral” (Robiston Urtecho, 2014, p. 22), al respecto podemos señalar que en este procedimiento se indican dos características de la adopción más resaltantes, la primera de ella la manifestación de voluntad y la solvencia económica y moral.

Ahora bien, el procedimiento continúa cuando el notario da la conformidad a la minuta que es concordante con la documentación presentada, de allí que eleva la misma a escritura pública, al respecto consideramos que como estamos ante un mayor de edad que será adoptado, no es de aplicación las normas internacionales sobre la protección de los derechos del niño; sin embargo, consideramos que el Notario debe evaluar cada caso en concreto a efectos de que se garantice el bienestar al mayor de edad. Finalmente, el notario oficiará a los registros civiles con el objetivo de que se expida una nueva partida de nacimiento.

4.2. La adopción en Latinoamérica

La realidad jurídica en nuestro país sobre las adopciones ha demostrado una “disminución de la tasa de adopción de niños, niñas y adolescentes especialmente desde el año 2011. De mantener un número superior a doscientas adopciones por año, se muestran 181 adopciones en el año 2013 bajando las cifras desde el 2011” (Sotomarino, 2015, p. 17), ello lleva a reflexionar sobre el escenario que existe en nuestro país y la necesidad de contraste con el derecho comparado latinoamericano, máxime si en el sistema jurídico como hemos visto se han implementado diversas vías que fomentan la adopción de menores y mayores de edad, es por ello que a continuación analizaremos la adopción en el sistema jurídico de países colindantes al nuestro. No se debe confundir con la adopción internacional que es un procedimiento de carácter internacional vinculado al derecho internacional público por medio del cual una persona se convierte en padre o madre legal de un menor nacido en otro país.

4.2.1. Chile

En este hermano país, la adopción sufrió un cambio en cuanto a la concepción de esta institución ya que anterior a la Ley 19.620 de fecha 05 de agosto del 1999 no existía un adecuado mecanismo de protección ni al menor, ni a la familia, es así que se indica que con,

La ley N° 7.613 de 1943, establece el denominado sistema de adopción clásica, por el cual, se plantea la adopción como un contrato solemne, celebrado por escritura pública, que producirá efectos patrimoniales y extra patrimoniales entre adoptante y adoptado, sin que estos afecten a la familia del adoptante, y que requiere autorización judicial para ser celebrado, la que procederá sólo cuando la adopción ofrezca ventajas para el adoptado (Muñoz Tapia, 2016, p. 9)

Lo importante a resaltar es que asume una teoría contractualista de la adopción pero con efectos especiales, puesto que si bien se crean relaciones similares a una filiación, no se constituye como un estado civil, dado que como bien señala el adoptado mantiene el vínculo con su familia biológica, en otras palabras no forma parte de la familia del adoptante, sobre el particular consideramos que no existe una verdadera adopción, e incluso llega a desnaturalizar la institución, puesto que si lo que busca es preservar a la familia, con esta institución se puede hasta generar un conflicto emocional, puesto que los efectos que se generan en la adopción se da únicamente entre el adoptante y adoptado, de allí que se lo equipara a un contrato. Este escenario cambió con la Ley N° 19.620 en virtud del cual “(...) se permite conceder la calidad de hijo

legítimo de los legitimantes adoptivos, con sus mismos derechos y obligaciones. Se plantea una noción de adopción de un carácter familiar” (Court Murasso, 2000, p. 13); entonces el escenario ha cambiado, ya que hay una nueva concepción de la adopción cuyo objetivo es la protección del niño como sujeto de derecho, convirtiéndose de igual manera que nuestra legislación en una institución de orden público, judicial, gratuita no es un acto oneroso, irrevocable, dirigido a lograr el beneficio del adoptado y no del adoptante, cumpliendo de esta manera con los documentos internacionales como el principio de interés superior del niño, el derecho a la identidad, derecho a crecer con la protección de una familia.

4.2.2. Ecuador

El sistema jurídico ecuatoriano se inicia con la siguiente frase “la situación legal de la adopción en Ecuador ha cambiado bastante desde el punto de vista administrativo desde el año 2011, en la actualidad lo realiza el MIES esta etapa es la más larga y luego tenemos el proceso judicial de adopción” (Carrillo León, 2016, p. 61), es decir, mientras que en el Perú se le denomina declaración judicial de abandono, en Ecuador se le denomina como situación de riesgo, donde una vez declarado ello, le es permitido la aplicación de una medida de protección temporal (en nuestro país se denomina colocación familiar) hasta que se disponga el proceso judicial de adopción.

En este país, la institución de la adopción se encuentra centrada y limitada por el principio del interés superior del niño, ya que la idoneidad para la declaratoria de adopción dependerá de que los padres sean conscientes del rol que van asumir evitando que el niño tenga problemas en el futuro, con justa razón la adopción ha

sido regulada en diversos cuerpos normativos de manera similar a nuestro país tal es el caso del Código Órgano de la Niñez y Adolescentes en su artículo 151° que establece la finalidad de la adopción y en el Código Civil en su artículo 314°, con la precisión de que se considera menor de edad a aquella persona que no haya cumplido los 21 años, extremo con la que no estamos del todo de acuerdo, dado que si la propia legislación ecuatoria señala que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, no tendría razón de ser que para la adopción se considere como límite la minoría de edad los 21 años. Sin embargo, en cuanto a las vías se admiten únicamente el proceso judicial para recurrir a la adopción, pues considera que el Juez Especializado de Familia es el idóneo para calificar y valorar los hechos.

4.2.3. Colombia

Para el caso del derecho colombiano, la institución jurídica de la adopción se encuentra regulada por Ley N° 1098 expedida en el año 2006, donde se la define “principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (González Maxcyclak, 2013, p. 10)

De manera similar que nuestro sistema jurídico, la adopción centra su finalidad en la protección y cuidado del menor, estableciendo que por este medio se otorga al menor una familia y por ende todos los lazos emocionales, filiales, derechos y obligaciones inherentes a esta institución, respetando y adheriéndose a los tratados internacionales que versan sobre la protección de los derechos del

niño. En ese sentido, la adopción a diferencia de la regulación en nuestro país, en Colombia tiene dos etapas:

-La primera es administrativa. Se surte ante el ICBF y en ella se declara adoptable al niño.

- La segunda es judicial. La adopción es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados de familia, y debidamente ejecutoriada establece la relación paterno – filial (González Maxcyclak, 2013, p. 12)

La ICBF es el instituto colombiano de bienestar familiar que tiene como objetivo y política la protección integral de la niñez, así esta institución tiene como función administrativa evaluar y valorar a los adoptantes a efectos de determinar si son aptos para adoptar, aplicando para tal efecto una serie de informes, exámenes psicológicos, informes de asistencia social ello a fin de que se determine la familia más estable y segura para acoger a un menor; por su parte la segunda etapa es netamente judicial donde será el juzgado especializado de familia quien merituará las pruebas aportadas, optando por la decisión más favorable para el menor.

Consideramos importante resaltar, y que nuestro país debe imitar la misma práctica, es que en Colombia se le da preferencia a un grupo en particular “aquellos menores de edad con discapacidades físicas, mentales o sensoriales que quieran ser adaptados, para los grupos de más de dos hermanos, para los niños indígenas que gozan de jurisdicción especial y para los mayores de 7 años” (ICBF, 2012, p. 45), el fundamento por el cual se realizan estas acciones parece

racional y proporcional evitando cualquier tipo de discriminación entre menores de edad, garantizando el derecho de todo menor sin importar su condición a gozar de una familia, e inclusive el Estado colombiano ha dispuesto que los trámites ante el ICBF tengan la calidad de procedimientos gratuitos exonerados del pago de tasas administrativas, ello a fin de fomentar la adopción en dicho país. De manera similar que nuestro país, en Colombia la adopción es irrevocable y en virtud de esta el adoptado deja de pertenecer a su familia para formar un nuevo vínculo familiar con los adoptantes, y los requisitos para adoptar son similares al Perú, con la novedad de que pueden adoptar las personas solteras.

Se puede colegir que a pesar de las variaciones en cuanto a la concepción de la adopción, en los países estudiados todos tienen por finalidad y objeto brindar un sistema de protección mediante el vínculo creado con la nueva familia adoptiva.

CAPÍTULO 5

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Tipo de investigación

En vista que el propósito de las investigadoras es dar una propuesta legislativa, es decir que se va a proponer implementar una nueva alternativa de adopción en el Código Civil, entonces se enmarca dentro de la clasificación jurídica de *lege ferenda*. Para cumplir con tal objetivo se realizará un diseño que no implique la manipulación de variables. Además, se puede considerar que esta investigación será de tipo básica.

5.2. Diseño de investigación

El diseño será no experimental y transversal, pues se estudió la legislación nacional, vinculada a la adopción, vigente, es decir que no se hará un estudio comparativo en cuanto a su evolución.

5.3. Área de investigación

La presente tesis se encuentra enmarcada dentro del área de las Ciencias Jurídico Civiles-Empresariales, puesto que se analiza la legislación civil vigente de manera concreta la institución de la adopción, derecho del infante y capacidad de ejercicio de la madre adolescente, cumpliendo con encuadrarlas dentro de las líneas de investigación establecidas y aprobadas por la Facultad.

5.4. Dimensión temporal y espacial

Como se manifestó, esta investigación es transversal por cuanto se analizó la legislación actual para proponer la modificatoria en la legislación peruana. Visto así, espacialmente tendrá la delimitación del territorio nacional peruano.

5.5. Unidad de análisis, población y muestra

La investigación es doctrinaria, así es que se tuvo como unidad de análisis a la legislación peruana, vinculada a la adopción, el derecho a la dignidad humana, el principio del interés superior del niño y el derecho a vivir en familia. Así como la legislación comparada y/o jurisprudencia del país donde se haya previsto la adopción desde el vientre.

5.6. Métodos

5.6.1. Método de hermenéutica jurídica

La interpretación jurídica que se realizó bajo los lineamientos de la hermenéutica jurídica. Entendiéndola a esta como:

Ciencia de la interpretación jurídica, puesto que tiene que tomar en cuenta las particularidades de la ciencia del derecho, como la manipulación de principios, reglas y definiciones jurídicas en relación con la sistemática y dogmática del derecho. La hermenéutica, en sentido filológico, se entiende como el arte de explicar, traducir e interpretar; pero desde el ámbito legal este arte se modifica debido a la característica coercitiva e institucional de la norma jurídica. (DEJ, s.v. “hermenéutica”)

5.6.2. Método de dogmática jurídica

En la parte correspondiente al método dogmático, Ramos Núñez (2007, p. 112) afirma que este método permite lograr una mayor precisión que el exegético y que además no solo trabaja con la legislación nacional, sino que busca la comparada. Por ello, también será de utilidad para el estudio de la adopción en esta tesis.

5.7. Técnicas de investigación

La investigación doctrinal que emplea el método de hermenéutica jurídica emplea la técnica de observación documental para hacer el acopio oportuno de la información.

5.8. Instrumentos

El instrumento a emplear será la ficha de observación documental. Este instrumento permitirá apuntar las ideas clave de los autores y seguir su pensamiento, compararlo entre ellos y también con la legislación existente, de modo tal que pudieran servir como respaldo a la postura adoptada en esta tesis.

5.9. Limitaciones de la investigación

La principal limitación que se ha encontrado es la escasa doctrina jurídica nacional que gira en torno a la madre adolescente, no obstante, esta se ha visto limitada mediante los instrumentos internacionales que protegen a los niños, niñas y adolescentes y abordan este tema de estudio.

La investigación es de carácter doctrinario, por lo que las tesis se comprometen a, usar adecuadamente el método de citación para evitar caer en el plagio.

CAPÍTULO 6

RAZONES JURÍDICAS PARA QUE, EN CASOS DE EMBARAZO ADOLESCENTE NO DESEADO, SE LE PERMITA A LA MADRE DAR EN ADOPCIÓN A SU HIJO(A) DESDE EL VIENTRE

6.1. La madre al dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre protege el derecho a la dignidad de la persona

Intentar definir a la dignidad supone recurrir a la filosofía, ética y moral para estudiar y comprender este término que ha sido acogido en el artículo 1º de la Constitución Política de Estado, así se consideran que conceptualizar a la dignidad es ciertamente difuso justamente por su determinación o características, a pesar de ello surgen los siguientes intentos como los que citamos a continuación “la dignidad humana aparece como una categoría pluridisciplinaria, porque para su cabal caracterización y configuración se imponen varias disciplinas: la Filosofía general, y en particular su rama de Ética o Filosofía moral, la Antropología, la Política y el Derecho” (Marina, 2000, p. , 253).

Como se advierte no es posible hablar únicamente de dignidad vista desde el derecho, sino que es necesario recurrir a otras ciencias abstractas para intentar conceptualizarla, aunque si bien se indica que la persona por el hecho de serlo posee ya la dignidad de la manera intrínseca junto con ella, previamente es importante conocer sobre el momento histórico en que ha sido reconocido, así remitiéndonos a los grandes griegos filósofos como Platón, Aristóteles y Cicerón coincidían con la siguiente cita “Lo más digno son las estrellas; este es el criterio inmovible con el cual el pensamiento griego mide el puesto del hombre en el cosmos” (Hans-Georg, 1981, p. 20).

Ello quiere decir que, a pesar de que entendían la dignidad bajo postulados distintos, por ejemplo para Aristóteles la dignidad era expresada en término de libertad, mientras que Platón consideraba como dignos únicamente a los hombres griegos, todas estas concepciones representaban ciertos indicios de como debería ser entendida la dignidad, de allí la consideraban como el criterio más elevado y superior que tiene el hombre por el solo hecho de serlo, llegando a entenderlo como “algo divino en la propia vida humana, distinguiendo a su vez una esencia, y que excede con mucho a todo lo demás en potencia (...), la constitución de este carácter requiere de una actuación concreta, consciente de su mayor dignidad” (Aristóteles, 1960, p. 1178).

Esto último sustenta la presente tesis en la medida de que la madre adolescente debe ser consciente del derecho a la dignidad que posee la misma, que al ser expresada en términos de libertad le faculta y permite dar en su menor hijo en adopción, procediendo mediante un accionar concreto, ya que caso contrario si admitimos la figura del aborto, estamos seguros de que concepciones griegas las rechazarían en su totalidad, ya que el derecho a la dignidad no se adquiere a cierta edad, sino que lo tiene por el solo hecho de ser, un ser humano. Ahora bien, si las doctrinas griegas no son suficientes para respaldar nuestra postura el modelo contemporáneo de dignidad humana vinculada estrechamente con los Derechos Humanos y cuyo reconocimiento se dio como consecuencia de la segunda guerra mundial y conforme señala Habermas, la dignidad se define de dos maneras,

primero como valor de todos los seres humanos, y segundo, como el fundamento de los derechos fundamentales. En relación con el primer aspecto, la dignidad humana sería un valor inherente y absoluto al ser

humano. En cuanto al segundo aspecto, los derechos humanos tendrían su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de la dignidad humana (2010, p. 465)

Ambas dimensiones adquieren importancia para la presente tesis, pues si partimos de la premisa de que tanto la madre adolescente como el menor tienen el derecho a la dignidad por el solo hecho de ser seres humanos, es factible que en mérito a ello se le reconozca a ambos sujetos los siguientes derechos, de un lado a la madre tiene la potestad de dar a su menor en adopción, situación que no le genera ningún estrés emocional (el mismo que si lo tuviera si fuera el caso de un aborto intencionado), y de otro lado el derecho al libre desarrollo de su personalidad; paralelamente a ello el derecho del menor no se ve afectado por el contrario se garantiza la continuidad del derecho a la vida y el derecho a tener una familia, evitando posibles conflictos emocionales que como hemos visto en el tercer capítulo la mayoría de madres adolescentes afrontan el embarazo, parto y crianza del menor solas, quedando desprotegidas del novio o conviviente, situación que afecta no solo a la mujer, sino también a la formación emocional y parental del menor, al ver su hogar disfuncional.

En consecuencia, el derecho a la dignidad se convierte en uno de los fundamentos para atribuir nuevos derechos a la madre adolescente, y que como bien sustenta Peces – Barba “(...) fundamento de la ética pública de la modernidad, como un prius de los valores de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad tendrían como fin último la protección y el desarrollo de la dignidad humana” (Peces-Barba, 2003, p. 12), así el derecho a la dignidad humana de la mujer se convierte en una razón no solo filosófica, sino también moral respaldada

por valores de libertad de decidir sobre ella misma y su cuerpo, claro con el límite de que la decisión que tome no debe afectar ni lesionar los derechos de su menor hijo, esta situación conlleva a analizar el derecho a la dignidad de los sujetos que intervienen.

6.1.1. Derecho a la dignidad de la madre adolescente

Se entiende que el derecho a la dignidad del ser humano, en este caso la madre adolescente, es inherente a ella, teniendo un fin en sí mismo, por lo que nunca puede ser tratado como un medio para fines ajenos, es decir, no se debe confundir la presente postura con la maternidad subrogada, ya que, en esta tesis lo que se plantea es la facultad que tiene la madre adolescente en dar en adopción a su menor hijo, no existe un vientre de alquiler, un fin económico, ni mucho menos la adolescente ha sido utilizada con este fin, ya que no se cumplen los presupuestos básicos de la maternidad subrogada (contrato de vientre de alquiler, el fin oneroso, la donación de gametos, voluntad de quedar embarazada, entre otros) no deben ser confundidos en el presente caso.

El escenario explicado a su vez permite resaltar que al ser viable la presente propuesta, no afecta y/o lesiona el derecho a la dignidad de la madre adolescente, ya que la dignidad al tener fundamentación ontológica, la atribución de esta no está supeditada a determinadas cualidades o características, sino que el derecho a la dignidad va con ella por el solo hecho de ser humano, ahora bien como tales gozamos de capacidades inherentes como es ser “racionales, la sensibilidad ante el dolor, la capacidad de auto dirigirse moralmente, la vida independiente” (Aparisi Miralles, 2017, p. 5); estos elementos resaltan y contrastan con la postura asumida

por el Código Civil en los artículos 44° y 45°, ya que se considera que el legislador se sustenta en el derecho a la dignidad humana para atribuir derecho a la madre gestante adolescente, donde si bien a pesar de su minoría de edad ya se le faculta ejercer determinadas acciones jurisdiccionales en beneficio tanto de ella misma, como de su menor hijo.

Siendo ese el razonamiento el legislador, consideramos que no existen argumentos en contra para facultar a la madre dar en adopción a su menor hijo, pues esta acción que ejercitaría se hace en beneficio de ambas partes, por un lado garantizar el derecho a una familia del menor, y por consiguiente los demás derechos tales como educación, vestimenta, asistencia y protección integral, esto es, cuidado, afecto paterno filial, los mismos que si bien podrían ser tutelados parcialmente por la madre adolescente, consideramos que no en su totalidad, ya que justamente por la minoría de edad y la etapa biológica y emocional en que se encuentra, asumir la crianza de un niño, representa un verdadero reto para ella.

Restringir a la madre la posibilidad de dar en adopción a su menor hijo, podrían generar en mayor medida que estas se sientan frustradas, en consecuencia, dejen de acudir a sus centros educativos vulnerando su derecho a la educación, restringiendo el acceso al mercado laboral, justamente por la condición en la que se encuentran, existiendo una mayor posibilidad de ser discriminadas, situaciones como estas atentan contra su empoderamiento económico, dado que limitan las capacidades de generar mayores ingresos para ella y su menor hijo; todos estos quizá imperceptibles hechos que para muchos no adquieren relevancia, atentan contra el derecho a la dignidad de la madre adolescente.

Ahora bien, como se describió en capítulos anteriores algunas situaciones a las que son obligadas las madres adolescentes, solo por citar algunas de ellas es aceptar un matrimonio forzado por el temor al qué dirán en la sociedad, ver rebajado su condición de mujer, afrontar situaciones de violencia física y/o psicológica, atentan de igual manera el derecho a la dignidad de estas jóvenes, puesto que son forzadas a realizar actos en muchos de los casos en contra de su voluntad, ya que la edad en la que se encuentran y debido a la situación que están afrontando, no tienen ni la madurez suficiente y/o autonomía para dar su consentimiento, en este tipo de situaciones, y que puede tener impacto negativo para la sociedad como es el incremento de violencia en la familia, maximizar los niveles de pobreza.

De allí que, si analizamos estos hechos a la luz del derecho a la dignidad, como valor ético jurídico se debe valorar y merituar que cualquier consideración o acción que se adopte mantenga un enfoque de derechos humanos, es decir, promover el respeto del derecho a la dignidad, empoderamiento de la mujer, facilitando la participación y mecanismos de acceso de tal manera que ninguno de sus derechos se vea mermados solamente por la condición gestante en la que se encuentra, debemos reconocer los avances legislativos que se han dado a favor de la madre adolescente respecto a determinar bajo la forma de *numerus clausus* los actos jurídicos que pueden realizar, sin embargo, ello no es suficiente, se debe evaluar la necesidad e idoneidad de atribuir nuevos derechos como es la adopción sin que ello implique alterar los derechos que estas ya de por sí poseen.

Ahora bien, la posible atribución del derecho de dar en adopción, debe ser previamente orientado por los Comités de Salud Mental pertenecientes al

Ministerio de Salud e inclusive con el apoyo del Colegio de Psicólogos del Perú, a efectos de informar sobre los efectos emocionales que tendría en la madre adolescente, de tal manera que sea consciente del acto que realice, sobre todo si una de los presupuestos de la adopción es la irrevocabilidad.

Es importante precisar, que al concederse la facultad a la madre de dar en adopción a su menor hijo (a) desde el vientre, se le está permitiendo no solo la capacidad de ejercicio, sino también la autonomía de voluntad para la celebración de determinados actos en beneficio de su menor como es dar en adopción, de allí que, el acto jurídico de la adopción debe cumplir con todos los requisitos esenciales del artículo 140° del Código Civil, en otras palabras, los padres no pueden obligar a la adolescente gestante a dar en adopción a su menor hijo, es una decisión exclusivamente de la madre, caso contrario estaríamos atentando contra su autonomía de voluntad y viciando la manifestación que es libre y voluntaria.

6.1.2. Derecho a la dignidad del menor

Queda claro que el derecho a la dignidad de una persona no se adquiere a cierta edad, sino que pertenece a ella, este concepto también es aplicable a los niños, niñas y adolescentes, de allí que para entender el derecho a la dignidad del menor o recién nacido se deben proteger y garantizar todos sus derechos tanto humanos como fundamentales, para una mejor explicación citamos a Kant, quien afirmó “Cuando algo tiene precio, en su lugar puede colocarse algo diferente como equivalente. En cambio aquello que está por encima de todo precio, no tiene ningún equivalente, tiene dignidad” (Kant, 1996, p. 56), quizá algunos propugnen que dar en adopción a su menor hijo supone sustituir a alguien y por ende atentar

contra el derecho a la dignidad del menor; sin embargo, no estamos de acuerdo con dicho argumento por los siguiente motivos:

En primer lugar, se analiza la institución de la adopción a la luz del requisito contenido en el inciso 6 del artículo 378° del Código Civil, se tiene que los padres del adoptado deben brindar su consentimiento cuando este estuviese bajo su patria potestad, es decir, la madre adolescente deberá asentir dando cumplimiento a este artículo; por lo que, no existe un intercambio, ni mucho menos se coloca un precio o como reemplazo de algo, sino que se busca garantizarle al menor en mayor medida posible el acceso a una vida digna con mejores posibilidades que garantice su pleno y total desarrollo.

En segundo lugar, lo que motiva o sustenta esta propuesta bajo el análisis del derecho a la dignidad del menor es que “el embarazo precoz tiene consecuencias tanto para la madre como para la criatura. El hijo de una adolescente enfrenta riesgos físicos, emocionales y sociales” (Campos, 2018, párraf. 3), es decir, enfocándonos en el derecho a la dignidad del menor, estudios sociológicos como el previamente citado han señalado algunas consecuencias negativas respecto del niño nacido de una madre adolescente, como es el caso de la alimentación inadecuada, cuidado y afecto materno, que pueden traer problemas a futuro, es decir, si no hay una correcta alimentación ocasiona a futuro un bajo rendimiento académico, poca capacidad de concentración y/o hasta presencia de enfermedades, todas estas situaciones atentan contra el derecho a la dignidad del menor, que fácilmente podrían verse garantizados si se opta por darlo en adopción para formar parte de una familia que le brinde todos estos cuidados y afectos.

A nivel social, también el niño proveniente del embarazo adolescente presenta algunos impactos negativos como “(...) complicaciones en el recién nacido de una madre adolescente dejan secuelas y alteraciones funcionales cognitivas afectan el desarrollo psicosocial del pequeño” (Campos, 2018, párraf. 7), de allí que los profesionales de la salud física y mental inciden en el tema de la prevención del embarazo, salud sexual y reproductiva, puesto que el desarrollo del menor y su formación empieza desde el vientre, así que si la madre adolescente advierte que hay rechazo en su entorno, pasando por situaciones de discriminación, denigración, y aunado a ello la inmadurez biopsicosocial afecta quizá de manera inconsciente la salud de su menor hijo en estado de gestación, de allí que es importante valorar qué tan viable es que la madre gestante continúe con la crianza del menor, claro que si cuenta con el apoyo familiar y económico que le permita afrontar este verdadero reto de asumir la formación de su menor hijo, no habría nada que criticar, pero si dependiendo del entorno y las circunstancias en la que se encuentra decide dar en adopción, consideramos que no debería haber ningún impedimento, ya que por el contrario se preserva, garantiza y maximiza el derecho a la dignidad del menor de edad.

Lo expuesto anteriormente se sustenta además con la siguiente frase “(...) para crecer y desarrollarse de forma sana, un bebé necesita al menos un adulto pendiente de todas sus necesidades” (Campos, 2018, párraf. 8), se entiende que este rol lo desempeña la madre conjuntamente con el padre; sin embargo, son pocas las parejas adolescentes que han realizado esta labor, es por ello, que se señala que restringir este derecho de dar en adopción, pone en peligro el derecho a la dignidad del menor, ya que la adolescente se encuentra en una etapa en donde

aún esta forjando y aprendiendo habilidades que le permitirán afrontar el futuro, de allí que, al carecer de estas habilidades propias de su edad o al verse frustradas, no le permite responder a las necesidades del bebé, ya que como bien señalan los especialistas en un bebé “Lo primero que se afecta es el apego, vínculo fundamental para su seguridad y futura autoestima” (Campos, 2018, párraf. 10), ello no se cumple cuando ambos sujetos (tanto madre como niño) son menores de edad, y como tal no solo están en etapas de desarrollo, autonocimiento y aprendizaje, sino que necesitan del apoyo y cuidado de personas adultas, esto explica y apoya nuevamente nuestra postura de que la madre adolescente no es la persona idónea para la crianza y cuidado de la criatura, y si bien respetamos y hasta aplaudimos el apoyo de la familia respecto del menor, el principal vínculo que debería tener el menor no debería ser con los abuelos sino con la madre, que en este caso proponemos a los adoptantes, caso contrario, una mala crianza podría convertirse en una fuente de conflictos generando conductas agresivas y antisociales del menor.

6.2. La madre al dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre protege el principio del interés superior del niño

Para determinar la protección del principio del interés superior del niño es necesario analizar que este precepto rector tiene su origen en el sistema internacional de protección de los derechos del niño y que, como documento internacional suscrito por el Estado Peruano, esto es, la Convención de los Derechos del Niño; este principio forma parte de nuestro derecho interno, rigiendo un sin número de situaciones, de esta manera se tiene que el menor a quien hasta antes del siglo XX se encontraba al margen de protección por parte del Estado,

hoy en día se asumió la urgente necesidad de protección por su condición, así la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el instrumento clave por el cual “el niño comienza a ser considerado como un sujeto cuyos derechos fundamentales deben ser especialmente protegidos, al entenderse que los abusos producen graves daños en el menor” (Cillero Bruñol, 1999, p. 69), se intentaban garantizar la protección del niño frente a los daños ocasionados por conflictos sociales y acciones ya sea privadas o públicas que afecten sus derechos, de allí con este documento internacional hay una protección directa del niño.

Existen otros documentos internacionales que tutelan al menor de manera indirecta, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se sanciona cualquier forma de esclavitud o explotación, esto se entiende que aplica también a los menores de edad, situación similar sucede en la “protección de refugiados y apátridas” (Plácido Vilcachagua, 2016, p. 23), a través de cual se buscaba defender y refugiar a aquellas personas que han sido expulsadas de su país producto de conflictos políticos, etc; esta protección alcanza no solo al refugiado sino también a los niños menores de edad a su cargo.

Todo este escenario de protección indirecta nos ha permitido llegar hasta la protección que se aplica al menor desde la maternidad, es decir, “se protege al niño, por entender que durante la primera etapa de su vida su madre es esencial para su educación y desarrollo” (Plácido Vilcachagua, 2016, p. 23), entonces podemos indicar que tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana de los Derechos del Niño, buscan mejorar las condiciones de vida y en ambiente en donde se desarrolla el menor tutelando la niñez, pues esta es la base para que primero se reafirme los derechos propios e

inherentes del menor y poder ejercer los derechos comprendidos en la Declaración Universal.

Siendo así se debe brindar al menor todos los derechos propios de su edad y los que en mayor medida los beneficie, por ende que el menor es tutelado desde el vientre materno hasta la mayoría de edad, ahora estas medidas no se sustentan necesariamente en normas con carácter positivo, sino como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño que “no surge como derecho positivo que pueda invocarse, sino como un conjunto de principios de carácter menor, (...), con los que se pretende que el Estado y la sociedad adecúen su conducta a la protección de los niños” (Plácido Vilcachagua, 2016, p. 26), esto es, que se le reconoce al menor sujeto de derechos e inclusive con la capacidad de participar en la toma de decisiones respecto a su persona pero de acuerdo a su edad, aquí es donde tiene sustento el principio del interés superior del niño que ha sido positivizado y recogido por el derecho peruano.

A efectos de dilucidar mejor el tema y defender la postura que aquí planteamos, nos referiremos brevemente a los criterios de interpretación de los derechos de la infancia, así la auto aplicabilidad que “consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de un desarrollo legislativo previo, por lo que los jueces pueden aplicar las disposiciones de los tratados en forma directa e inmediata” (Ayala Corao, 1994, p. 51), ello permite que a través de una interpretación y aplicación extensiva se permita a la madre adolescente dar en adopción a su menor hijo, ello teniendo como premisa la protección de ambos sujetos que intervienen; la madre adolescente y el menor que viene en camino.

Este razonamiento concuerda con el criterio de progresividad, el mismo que implica que “el sistema internacional de los derechos humanos exige a los Estados que cumplan con tomar diferentes medidas para procurar las condiciones necesarias en su jurisdicción, que permitan el ejercicio pleno de los derechos humanos” (Ayala Corao, 1994, p. 51), los derechos humanos que giran en torno a los niños presentan una mayor dinamicidad, puesto que da la posibilidad que en determinadas situaciones surgan nuevos derechos como es el caso del material genético del menor de edad y dar en adopción de menor de edad con el consentimiento expreso de la madre adolescente.

El criterio de subsidiariedad es un “mecanismo de supervisión internacional, es decir que antes de ponerse en funcionamiento, se presume la actuación de un sistema de protección interna. Debe funcionar en un primer momento el sistema jurídico en materia de derechos humanos y de prevención de violación de cada Estado” (Ayala Corao, 1994, p. 51) ello quiere decir que ante una posible lesión de estos derechos se deben establecer los mecanismos para lograr su reparación; sin embargo, las situaciones tan sutiles por las que pasan las madres adolescentes muchas veces son inadvertidas para el Estado, y quizá el proceso sea más engorroso y tomaría un mayor tiempo el denunciar un atentado contra el derecho a la dignidad de la madre, es por ello, que es preferible atribuir toda situación favorable para el menor de edad, así evitaremos situaciones de discriminación y denigración de la madre adolescente en diversos sectores.

Entonces, como se advierte mediante el juicio interpretativo se permite colegir que el derecho de la madre adolescente de dar en adopción a su hijo,

cumple con los criterios y presupuestos del sistema internacional de los derechos humanos y de los derechos de la infancia.

De manera paralela existen principios co sustanciales, como la conducta ulterior de las partes y el efecto útil, es sustancial para sustentar la concesión de este derecho, dado que sólo será pasible dar en adopción a su menor hijo siempre y cuando la madre adolescente brinde el consentimiento expreso de renunciar a ese vínculo familiar con el efecto útil que este va a tener sobre el menor, que no es otra cosa que el derecho del menor de formar parte de una familia, así privilegiar cualquier situación más favorable para el menor independientemente de si está o no regulado en el derecho interno demuestra el cumplimiento de las normas internacionales como es el caso del principio de interpretación pro homine.

Seguidamente el principio del interés superior del niño debe ser aplicado a la luz del principio universal de la buena fe, dado que se evalúa la manifestación de voluntad tanto de la madre adolescente respecto a dar en adopción a su menor hijo sin recibir nada a cambio, y de otro lado la buena fe de los adoptantes, que exista el real interés de brindarle una familia y atribuirle todos los cuidados inherentes y esenciales como lo hicieran los padres biológicos.

Todos estos principios generales del derecho demuestran la evidente recepción del Estado Peruano de la Convención de los Derechos del Niño que para el caso existen tres tesis de la soberanía, internacional, humanista, y que nuestro país ha adoptado la tesis humanista en la medida de que estos derechos se fundamentan en la defensa de la persona humana y el derecho a su dignidad, prevaleciendo en todo momento la norma pro homine, en ese sentido el principio

del interés superior del niño contenido en la Convención antes mencionada y aplicable al Perú en donde se adopta un rango supraconstitucional.

Dado que se asume la supremacía del tratado internacional sobre la Constitución, en cuyo caso exista un conflicto respecto a la Constitución y el Tratado debe preferirse este último, ello sirve de fundamento para reforzar la hipótesis que aquí se plantea y es que en mérito a los principios que giran en torno al principio del interés superior del niño, como lo señalamos buena fe, autonomía de voluntad, conjuntamente con los criterios de progresividad, subsidiariedad permiten facultar a la madre adolescente a dar en adopción a su menor hijo, siempre que tengamos como fin ontológico el desarrollo y la protección integral del menor, maximizando en todo momento sus derechos.

Ello permite sustentar que la fuerza normativa que posee la Convención permite que los derechos y principios que en esta se regulan como lo es el principio del interés superior del niño, puedan ser alegados para aplicar nuevos mecanismos o derechos en beneficio del niño, que está por nacer y que no impide pueda darse en adopción, pero para ello, es necesario conceder este derecho a la madre adolescente.

Ahora bien, todo tema relacionado o donde se involucren los niños y adolescentes como es el presente caso, necesariamente debe estar comprendido dentro del contenido del principio del interés superior del niño, no sólo por mandato nacional sino también porque así lo disponen los instrumentos internacionales a todos los órganos y entidades del Estado, así de concederse el derecho a la madre adolescente de dar en adopción a su menor hijo deberá

analizarse cada caso en concreto a efectos de determinar qué situación es la que mejor protege o resguarda el contenido del principio del interés superior del niño, en cuyo caso el órgano jurisdiccional deberá evaluar si los adoptantes son idóneos para el cuidado del menor o si este debe permanecer con su madre, asimismo evaluará las circunstancias de la madre adolescente, elementos como su entorno familiar, educación, etc.; a efecto de acoger la mejor decisión que resguarde el principio antes mencionado.

Atendiendo a que cabe la posibilidad de que exista un conflicto entre el derecho interno con los preceptos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, en otras palabras, en caso de “colisión normativa, corresponderá aplicar el principio de primacía de la constitucionalidad de la Convención y, en supuestos de lagunas, la aplicación de sus disposiciones conforme al estándar jurídico del principio del interés superior del niño” (Vargas Carreño, 1992, p. 260), en consecuencia aplicando la primacía de la constitucionalidad de la Convención en el supuesto del menor de edad hijo de la madre adolescente dado en adopción, se debe valorar que no lesiona, ni desconoce, ni restringe los derechos del menor, por el contrario busca su óptimo desarrollo, haciendo efectivo y eficaz los derechos de la infancia.

Con justa razón el principio del interés superior del niño regulado en la Convención representa un verdadero cambio de paradigma, puesto que, “la consideración de la infancia y la adolescencia, supone que los órganos jurisdiccionales que conozcan materias de infancia está el concebir a los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado” (Plácido Vilcachagua,

2016, p. 55), este cambio implica que el Estado ya no solo cumple un papel de brindar tutela y asistencia, sino que ha evolucionado y ahora debe asegurar una correcta administración de justicia que avale los derechos del niño y sus obligaciones.

Entonces consideramos que las razones jurídicas por las cuales la madre adolescente puede dar en adopción a su menor hijo son completamente jurídicas y conforme a derecho, de allí que, si bien estos supuestos no están regulados taxativamente en los artículos 45° y 46° del Código Civil y bajo cuyo criterio podría declararse la improcedencia de la demanda, correspondería que sea el Juez de Familia quien con la especialización que amerita deberá evaluar el hecho en concreto a la luz de este nuevo paradigma, atribuyendo al Juez de Familia un rol activo, pues teniendo en cuenta que en el proceso de adopción intervienen dos menores de edad, deberá valorar y merituar correctamente las pruebas aportadas tanto por los adoptantes como la manifestación o consentimiento brindado por la madre adolescente.

De allí que la medida que se adopte más allá de las pretensiones de ambas partes, se optará por aquella en la que el Juez considere la más apropiada y acorde con los derechos del menor, requiriendo para ello un ejercicio argumentativo de idoneidad, necesidad y razonabilidad de la medida, a la luz de los instrumentos internacionales que giran en torno a este principio del interés superior del niño.

Este principio se convierte en la principal herramienta eficaz para la protección y promoción de los derechos del niño, niña y adolescente, y con justa

razón es que este precepto tiene como base el derecho a la dignidad y que ha sido correctamente acogido en nuestra hipótesis dado que,

normatividad de los derechos del niño se funda en el derecho a 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 (CIDH, 2002, p. 56).

Estando a los argumentos expuestos y a la luz de este principio se exige al Estado peruano repensar la manera en como se viene aplicando e interpretando este lineamiento sobre todo en los casos en los que se concede capacidad de ejercicio a los aún menores de edad, pudiendo facultarse el derecho de dar en adopción, máxime si con los fundamentos de carácter sociológico y médico que se han expuesto en los capítulos anteriores, respecto de las consecuencias e impactos que tiene tanto para la madre adolescente como para el menor, de allí que en virtud a este principio podemos lograr modificar diversos aspectos como el que aquí se propone, permitiendo armonizar y establecer un estándar que garantice la efectiva y adecuada protección de los derechos del infante.

6.3. La madre al dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre protege el derecho a vivir en familia

El derecho a vivir en familia es una manifestación del artículo 4° y del inciso 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú dado que el primer artículo tutela y protege al niño por pertenecer a la población vulnerable, en tanto que el

inciso 22 hace referencia al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, aplicable al niño, niña y adolescente, se tiene que el ambiente donde se va a desenvolver el menor con las demás personas a su alrededor es tan determinante e importante para su desarrollo, pues estudios científicos han señalado que,

La primera infancia, y especialmente el período de 0 a 3 años, es una fase decisiva. En estos primeros años el ser humano establece vínculos y recibe estímulos que le permiten adquirir las habilidades necesarias para relacionarse con su entorno y son la base de todo su desarrollo futuro (UNICEF, 2016, p. 3)

Como bien se advierte, el lugar o las personas con las que se relaciona el menor son sumamente importantes y determinantes pues ello permite adquirir y mejorar nuevas habilidades y afectos que se demostrarán a lo largo de su vida personal y social, de allí se considera que los albergues donde viven los menores abandonados no son los más idóneos para garantizar el cuidado y desarrollo del menor, pues se ha confirmado “(...) que los procesos de institucionalización prolongados dañan a los niños de forma severa, con efectos especialmente alarmantes en la primera infancia” (UNICEF, 2016, p. 3).

De allí que un error en el cuidado, alimentación y protección del menor son perjudiciales para el desarrollo infantil del menor, como por ejemplo las relaciones de apego, desarrollo neuroendocrino y de salud mental, existe una evidente necesidad de formar lazos de apego afectivo emocional con su madre y padre, de tal manera que pueda reforzar ese vínculo paterno filial, situación que

puede variar considerablemente si la madre es adolescente dado que por la edad y etapa en que se encuentra, conjunto con los sentimientos de negatividad y frustración del embarazo y parto, no le brindará el suficiente contacto físico y emocional, lo que causará retrasos específicos en el menor, quien inclusive podrá notar esa ausencia física del padre y afecto emocional de la madre en los años de guardería, ello lleva a concluir de manera preliminar que contratar cuidadores o niñeras no es idóneo para la estabilidad emocional del menor, sino que son los progenitores quienes deberían encargarse de ello, por los menos en los primeros años de vida del menor.

Fue con justa razón de que la propia Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como el informe denominado Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños expedido por las Naciones Unidas consagran dentro de los derechos de los niños, la obligatoriedad del Estado el derecho del menor de garantizarle dentro de la comunidad un entorno familiar, así se ha establecido que “Cuando la familia inmediata no pueda cuidarlos, se debe buscar atención alternativa dentro de la familia extensa” (UNICEF, 2016, p. 5), aplicando dicho razonamiento se tiene que cuando la madre adolescente no puede cuidarlo acreditándose este supuesto, el Estado está en la obligación de buscar una solución alternativa, de allí que parece que la adopción es la medida más saludable, siempre que los adoptantes demuestren la idoneidad de conformidad con el artículo 378° del Código Civil respecto a los requisitos de la adopción, por lo que de aprobarse este derecho correspondería al juez de familia valorar si el acto jurídico que se pretende realizar está orientado a cumplir con dicha finalidad

y que responde a los criterios fijados en los instrumentos internacionales antes señalados.

Todo ello condice con las razones jurídicas antes esbozadas puesto que los niños y niñas provenientes de una madre adolescente se les debe garantizar el derecho de vivir en familia, esta medida debe reflejar en todo momento el respeto del derecho de su dignidad, gozando de una protección efectiva frente al posible descuido hecho por la madre adolescente, de allí somos partidarias de una postura ecléctica en la medida de que en todo momento debe primar la unión entre la madre adolescente y su hijo, y aplicarse como excepción la adopción, siempre que como ya precisamos no existe ni la capacidad, ni la idoneidad de la madre, así también factores como el nivel de pobreza económica y material, así como el grado de madurez dependerán al momento de admitir o no la adopción del menor de edad.

Otro fundamento que refuerza la tesis aquí planteada es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su inciso 3 del artículo 16° a la familia como elemento natural de la sociedad y que por progresividad se extiende este derecho a los menores de edad, y en sus distintas formas y estructuras se ha considerado el eje fundamental para el cuidado y socialización de los hijos, convirtiéndose en el ambiente natural para su amparo y progreso de esta manera la familia tiene la obligación de garantizar respecto del menor por los menos los siguientes deberes “la satisfacción de necesidades básicas, la protección del niño, su socialización y educación, su integración social y el apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal” (Gómez Bengoechea, 2009, p. 177), ahora la pregunta que cae por si sola es ¿la madre adolescente está en

condiciones de brindar todos estos deberes? No pretendemos denigrar la función que cumple la madre adolescente, sino que consideramos establecer nuevos mecanismos de protección para ambos menores (madre - niño), por lo que se ha superado la idea de que el menor necesita únicamente ser atendido a nivel de salud y educación, hoy en día las necesidades y cuidados afectivos se han convertido en tan relevantes y esenciales equiparables inclusive a las necesidades básicas, y esto se debe a un sustento de carácter científico atribuido a René Spitz, quien en el año 1948 señaló,

sobre el hospitalismo, en el que se describe el comportamiento y el desarrollo observados durante dos años en noventa lactantes de un orfanato europeo de la posguerra. En este orfanato los cuidados materiales eran perfectos: alimento, alojamiento, atenciones de higiene, etc., eran iguales o mejores que en otras instituciones y, sin embargo, el personal dedicado a los niños era muy escaso, por lo que la carencia de contacto y afecto era prácticamente total (Spitz, 1945, p. 110)

Investigaciones de menores en el área del psicoanálisis son necesarias para el derecho pues advierten sobre la necesidad del contacto y afecto con una familia, lo que significa no solamente con la madre, sino ambos progenitores quienes desde el rol que cumplan le brindarán el conocimiento y afecto necesario que le permita afrontar con madurez emocional los retos que le tiene preparado la vida, de manera similar se afirmó el impacto negativo que tiene sobre el desarrollo del niño tanto en el presente como en su futuro el hecho de que el menor no viva dentro de una familia.

Expresándose “la privación prolongada del cuidado materno puede producir en el niño pequeño graves efectos en su carácter, y tiene tal alcance de proyección en la vida que puede afectarla por entero” (Bowlby, 1951, p. 57), por ende es necesario que la madre cuente con la madurez suficiente para brindarle por los menos en los tres primeros años de vida el cuidado básico tanto físico como emocional que proporcione al menor la seguridad y confianza que le van a permitir un desarrollo y desenvolvimiento durante los primeros años de escuela y su relación con los demás.

Esto permite resaltar que la madre adolescente justamente por la edad, no cuenta con la madurez suficiente para ejercer este nuevo rol, más aún si en esta misma pueden presentarse cuadros de inestabilidad emocional sobre qué es lo quiere para ella y su hijo. Siendo así el derecho del menor de vivir dentro de una familia debería ser atribuido a efectos de evitar que entre la madre adolescente y su hijo haya una carencia de relación y llegar a convertirse en casos de violencia infantil, que podrían evitarse si se faculta a la madre a dar en adopción a su menor hijo.

Como se advierte son muchos los sustentos teóricos basados en premisas y estudios fácticos que describen las consecuencias negativas sobre el menor y su desarrollo como consecuencia del no vivir dentro de una familia y no recibir el cuidado y afecto que necesita, es allí donde surge el derecho que tienen los niños a tener una familia y a vivir con ella como un derecho necesario así la doctrina considera que “La mujer y el hombre que lo concibieron serán, por tanto, sus padres desde la determinación legal de su filiación, (...), y serán ellos los encargados de cuidar de él” (Gómez Bengoechea, 2009, p. 180), en primera línea

son los padres biológicos los llamados a garantizar este derecho, la doctrina entiende que estos padres cuentan con una integridad física y psicológica ya formada que le permita hacerse cargo y cuidar de sus menores hijos, caso contrario estaremos en situaciones de abandono y desprotección del menor que ocurre en la realidad peruana.

Ahora bien, se reconoce que aquellos padres con los que se determine la filiación son los llamados a obedecer y dar cumplimiento a este derecho, de allí que de permitir que la madre adolescente dé en adopción a su menor hijo garantiza que haya un mayor grado de cumplimiento pues previamente el Juez evaluará y valorará el comportamiento y actitud de los adoptantes sobre el menor, y el apego de este último, ello no solo en mérito al principio del interés superior del niño, sino también a que la decisión que se adopte garantice el derecho del menor de vivir en una familia.

El derecho de la madre adolescente de dar en adopción a su menor hijo con la finalidad de que se le garantice el derecho a vivir dentro de una familia deberá otorgarse siempre que de por medio exista una formación, asesoramiento y supervisión por parte de asistentes sociales y psicólogas para los padres adoptantes que garantice un correcto cumplimiento de su rol y eficacia de los derechos del menor de vivir en familia; por lo menos el seguimiento debe realizarse hasta los tres primeros años de vida.

De allí que la adopción se convierte en uno de los mecanismos más útiles y eficaces para cuidar y garantizar el derecho del menor de vivir en familia de aquellos niños que no pueden ser cuidados por sus madres adolescentes quedando

desprotegidos, este tema realmente debe ser tomado con seriedad por la autoridad legislativa, dado que con justa razón se ha indicado que

En la mayoría de estos países el derecho de los niños a permanecer con su familia y a que ésta sea ayudada a cuidarles es papel mojado, porque muy frecuentemente faltan políticas de apoyo y reunificación familiar y, en ocasiones, tampoco existe un marco jurídico adecuado que promocióne alternativas a la institucionalización de los niños (Gómez Bengoechea, 2009, p. 185).

Por ende, es necesario hacer una revisión de las normas que giran en torno a la madre adolescente y su menor hijo, reconocer que las políticas públicas de prevención del embarazo adolescente, no son suficientes si sólo se tiene como objeto de protección a la adolescente, se debe tutelar a ambos sujetos y es tiempo de repensar la manera en cómo se viene protegiendo a estos menores de edad, en comparación de los niños que nacen dentro de una familia, estudiar quizá a nivel sociológico y psicológico el impacto emocional de aquel niño cuya madre aún es adolescente y cómo será el desarrollo de este, es por ello que la adopción es la mejor opción si se busca un real cumplimiento de los derechos del menor, para ello se tiene que ver hasta cuándo la madre adolescente asumirá la crianza y cuidado de su hijo y los hechos que motivan a darlo en adopción, así evitaremos situaciones en las que el menor quede en periodos de inestabilidad emocional mientras la madre adolescente decida si se hará cargo o no del menor y que debido a la edad y etapa en la que se encuentra se desentienda de su menor hijo, afectando su desarrollo y progreso.

Paralelamente el artículo 6° de la Convención de los Derechos del Niño contiene el derecho del menor a que se lo separe de su familia si esta no cumple adecuadamente a sus funciones, pues si bien se indica que el niño “(...) deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”, extremo que refuerza nuestra postura pues consideramos que por encima de la madre adolescente debe primar el derecho del menor, debiendo satisfacer todas sus necesidades, lo que supone el cuidado parental debe quedar plenamente garantizado, y si la madre adolescente no le brinda ese desarrollo en un lugar afectuoso y seguro, se estaría atentando contra este y otros derechos del infante.

Por lo que el criterio de dar en adopción al hijo nacido de la madre adolescente es lógico, razonable y hasta legítimo en aquellos supuestos en las que ese cuidado y afecto no es brindado por la madre y pone en riesgo los derechos y principios señalados en el presente capítulo, debe precisarse que esta separación no será arbitraria sino que la madre es quien brindará este consentimiento cuando se le faculte este derecho, en la medida de que se fragmentan los vínculos jurídicos y filiales con la adolescente.

De allí que para culminar este apartado consideramos que si la adopción del menor se produce con el consentimiento de la madre adolescente, es fundamental que esta conozca las consecuencias que acarrea, de allí que su manifestación debe estar libre de presiones o de contraprestación económica que desnaturalizaría no solo el acto jurídico sino que atentaría contra el derecho a la dignidad, principio del interés superior del niño y el derecho a vivir dentro de una familia ya que sería considerado como un instrumento o medio para lograr un fin, cuando lo que se

busca es dar una mejor oportunidad de desarrollo para el menor y la madre adolescente.

Finalmente, el desarrollo doctrinario nacional e internacional permite colegir que la hipótesis que aquí se postula es válida y pasible de adopción, existen abundantes fundamentos jurídicos y sociológicos para indicar que las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre son: el derecho a la dignidad de la persona, la protección del principio del interés superior del niño y, el derecho a vivir en familia.

CONCLUSIONES

1. Las razones jurídicas para que, en casos de embarazo adolescente no deseado, se le permita a la madre dar en adopción a su hijo(a) desde el vientre son: el derecho a la dignidad de la persona, la protección del principio del interés superior del niño y del adolescente y el derecho a vivir en familia.
2. Del análisis de las cifras del embarazo adolescente en el Perú, se concluye que este trasciende de un problema de salud pública, pues los planes y programas de prevención y planificación familiar no son suficientes, y se convierte en un tema jurídico que debe ser estudiado desde otras instituciones jurídicas como la adopción desde el vientre materno, ya que se ha demostrado que la adolescente ve afectada su educación, muchas veces por falta de planificación familiar y, en algunos casos por violación sexual de menor de edad.
3. Del análisis y comparación de la doctrina y jurisprudencia, se desprende que la adopción en el sistema jurídico peruano acoge la teoría institucionalista de protección del sujeto de derecho por la cual se considera a la adopción como el acto jurídico solemne en virtud del cual se establece un vínculo filial entre los adoptantes y adoptado, adquiriendo este la calidad de un hijo biológico con los mismos derechos y deberes, siendo regulado tanto en el Código Civil (artículo 379°) y el Código de Niños, Niñas y Adolescente (artículo 115°); mientras que en el derecho comparado países como Chile, Ecuador y Colombia han sufrido cambios respecto a su concepción sobre la adopción.

4. Finalmente, luego del desarrollo de la presente tesis, se concluye que los derechos que se amparan y tutelan si se aprueba el derecho de la madre de dar en adopción a su menor hijo desde el vientre son: por parte del menor, el respeto del derecho a su dignidad, el principio del interés superior del niño y del adolescente; así como también, el derecho a vivir en una familia; en tanto desde la madre, el respeto del derecho a su dignidad y su desarrollo.

RECOMENDACIONES

1. El embarazo en adolescentes merece ser estudiado desde otras áreas del derecho, es por ello que proponemos que los investigadores jurídicos especialistas en derecho gubernamental o gestión pública realicen un análisis de las medidas que se vienen adoptando para tutelar los derechos de las madres adolescentes, así como la afectación de embarazo adolescente al proyecto de vida y la discriminación laboral de esta.
2. Los derechos civiles de los adolescentes merecen ser desarrollados con mayor énfasis y profundidad; por ello, proponemos que se deben realizar futuras investigaciones, respecto de la regulación de la capacidad jurídica de la adolescente para que, en casos de embarazo no deseado, se le faculte expresar su manifestación de voluntad para dar en adopción a su hijo desde el vientre.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aliaga Gamarra, J. B. (2013). *El interés superior de niño y adolescente en la adopción internacional en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alvarado Castillo, K. (2018). *Análisis al derecho a la vida familiar en el proceso de adopción de niñas y niños por las parejas de unión de hecho en la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Lima, 2017*. (Tesis de título). Universidad Cesar Vallejo-Sede Lima. Recuperada de http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/22762/Alvarado_CK.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- Aparisi Miralles, Á. (2017). Dignidad de la Mujer. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 1-14.
- Aristóteles. (1960). *Ética a Nicomano*. Instituto de Estudios Políticos.
- Ayala Corao, C. (1994). El derecho de los Derechos Humanos: la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Lecturas Constitucionales Andinas*, 51.
- Bosert, G. (1996). *Manual de Derecho de Familia. 2da Edición*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Bowlby, J. (1951). *Salud física y mental de la Madre*. New York: Organización Mundial de la Salud.

- Cachique Curimuzón, D. O. (2017). *Procede adopción aunque edades del adoptante y adoptado no superen la diferencia de 18 años*. Loreto: Universidad Científica del Perú.
- Campos, J. (9 de Marzo de 2018). Hijos de madres adolescentes son niños en riesgo. *Listin Diario*, pág. Parrafo 3.
- Carrillo León, C. H. (2016). *La adopción como aplicación del interés superior del niño en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Chanamé Orbe, R. (2015). *La constitución comentada*. (t. 1). (9ª ed.). Lima: Ediciones Legales.
- CEPAL. (2015). *La Maternidad Adolescente en América Latina*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- CIDH, C. I. (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002*. Costa Rica: CIDH.
- Cillero Bruñol, D. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacinoal sobre los Derechos del Niño. *Infancia, Ley y Democracia*, 69.
- Climent, G. (2003). La maternidad adolescente, una expresión de la cuestión social. El interjuego entre la exclusión social, la construcción de la subjetividad y las políticas públicas. *Revista Argentina de Sociología* N°01, 77-93.
- Colin, C. (2004). *Corpus de Droit Civil Francois. Tomo I*. Francia.

- Coll, A. (2001). Embarazo en la adolescencia ¿cuál es el problema? *Adolescencia y Juventud en América Latina. Libro Universitario en Costa Rica*, 424-445.
- Cornejo Chávez, H. (2003). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Court Murasso, E. (2000). *Nueva ley de Filiación. Ley N° 19.585 Filiación y Derechos Sucesorios. Ley N° 19.620 de adopción*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Disponible en <https://dle.rae.es/>
- Diccionario del Español Jurídico. Disponible en <https://dej.rae.es/>
- Ejecutivo, C. (2018). *Embarazo en Adolescentes Peruanas Aumentó*. Lima: Mesa de Concertación para la lucha contra la corrupción.
- Espíndola, E. y. (2002). La deserción escolar en América Latina: un tema prioritario para la agenda regional. *Revista Iberoamerica de Educación N° 30*, 39-62.
- Espinoza, H. (2002). Embarazo no deseado y aborto inseguro: dos problemas de salud persistentes en América Latina. *Rev Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health 11(3)*, 148-149 recuperado de <https://www.scielosp.org/pdf/rpsp/2002.v11n3/148-149/es>
- Fainsod, P. (2006). *Embarazo y maternidad adolescente en la escuela media. Una discusión sobre las miradas deterministas de las trayectorias escolares de*

adolescentes embarazadas y madres en contextos de pobreza. Argentina:
Miño y Dávila Editores.

Familiar, I. -I. (2012). *Dirección de protección. Subdirección de adopciones.*
Documento de trabajo interno. Bogotá: Colombia.

García Méndez, E. (1978). *Derecho de la Infancia - Adolescencia en América*
Latina. De la situación irregular a la protección integral. Bogotá:
Edicions Formun Pacis.

García Jaramillo, L. (2016). Aproximación a la teoría democrática de Ferrajoli: a
propósito de Principia Iuris. *Revista Direito GV*, 12(3), 913-
920. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201637>

Giorguli, S. (2006). Deserción escolar, trabajo adolescente y estructuras familiares
en México. *oblación, ciudad y medio ambiente en el México*
contemporáneo, 235-275.

Gómez Bengoechea, B. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea*
Comillas N° 67, 175-198.

Gomez Bonett, I. (2015). *Situación actual del embarazo adolescente en el Perú -*
Plan Multisectorial. Lima: ALAPE.

Gonzáles Maxcyclak, A. M. (2013). *Observatorio del Bienestar de la Niñez: La*
adopción y el derecho a la familia. Bogotá: Procesos Digitales Ltda.

Grados, L. (21 de Julio de 2018). *Las niñas embarazadas tras una violación en el*
Perú, si pueden abortar pero parece que aquí nadie se entera. Obtenido
de Utero.pe: <http://utero.pe/2018/02/01/las-ninas-embarazadas-tras-una->

violacion-en-el-peru-si-pueden-abortar-pero-aqui-parece-que-nadie-se-
entera/

Habermas, J. (2010). Dignidad Humana y Realidad Utopica de Reglas Humanas.
Metafilosofía, 465-466.

Hans-Georg, G. (1981). *La razón en la época de la ciencia*. Barcelona: Alfa
Argentina.

Herrera Paulsen, D. (1988). *Derecho Romano*. Lima: Eddili.

INEI. (2016). *Perú. Condiciones de vida de la población según origen étnico*.
Lima: INEI.

INEI. (2017). *Perú: Fecundidad Adolescente*. Lima: Biblioteca del INEI.

Iparraguirre, M. (2015). *Embarazo en la adolescente y proyecto de vida en el
Centro de Salud San Juan*. Chimbote: Universidad Los Ángeles de
Chimbote.

Jors, P. (1937). *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Editorial Bosh y Cia,
Editores.

Josserand, L. (1952). *Derecho Civil. Tomo I. Volumen II*. Buenos Aires: Bosh y
Cía, Editores.

Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid:
Editorial Santillana.

Malón Marco, A. (2012). ¿El derecho a una educación sexual? Entre los discursos de salvación y la ausencia del conocimiento. *Revista Educación N° 30*, 1-22.

Marina, J. (2000). *La lucha por la dignidad*. Barcelona: Gedisa.

Martín Alfonso, L. y Reyes Díaz, Z. (2003). Conducta sexual, embarazo y aborto en la adolescencia: Un enfoque integral de promoción de salud. *Revista Cubana de Salud Pública*, 29(2), 183-187. Recuperado en de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662003000200014&lng=es&tlng=es.

Martes Camargo, P. (2015). *Perfil sociodemográfico del embarazo y la maternidad adolescente*. Lima: Fondo de Población de las Naciones Unidas.

Medina Monzon, M. M. (2017). *La adopción de los niños por parientes*. (Tesis de título).). Universidad Nacional Pero Ruiz Gallo, Lambayeque. Recuperada de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/8146/BC-4520%20MEDINA%20MONZON.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mejía Salas, P. (2005). *La adopción en el Perú*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

Mendoza Guerra, V. A. (2013). *Naturaleza jurídica del proceso de adopción en el Perú desde una perspectiva de la doctrina de protección integral*. (Tesis de título). Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperada de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/4980>

- Mendoza & Subiría, G. (2013). El embarazo adolescentes en el Perú: situación actual e implicancias para las políticas públicas. *Revista Perú Med Exp Salud Pública*, 471-479.
- MIMP. (2017). *Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual*. Boletín N° 5. Lima: MIMP.
- MIMP. (25 de Mayo de 2020). *Estadísticas del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual*. Obtenido de Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar: <https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/pncontigo-articulos.php?codigo=33>
- Miranda Canales, M. (1996). *La adopción en el Código Civil y en el Código de Menores en el Perú*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Moreno Cruz, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40(120), 825-852.
Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf>
- Morales Aché, P. (2008). *Sexualidad, Derechos Humanos y Ciudadanía. Dialogos sobre un proyecto en Construcción*. México: El Colegio de México.
- Mujer, C. p. (2014). *Salud Sexual y Reproductiva de la Mujer*. Beyond: ICPD.
- Muñoz Tapia, A. E. (2016). *Análisis Crítico del Sistema de Adopción en Chile*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- OMS. (2008). *Definición Salud Sexual: Reporte de una Técnica Consulta de Salud Sexual*. Genova: OMS.

- Peces-Barba, G. (2003). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Peralta Andía, C. (1996). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima-Perú: IDEMSA.
- Plácido Vilcachagua, A. (2016). *El principio del interés superior dle niño*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Pobreza, M. d. (2018). *Embarazo en adolescentes y niñas en el Perú*. Lima: Trivia Comunicación.
- Pueblo, D. d. (2017). *Informe N° 002-2014-DP/AMASPPI/PPI Condiciones para garantizar el derecho a la educación, la salud y una vida libre de violencia de las niñas y adolescentes indígenas*. Lima: Ediciones Nova Print SAC.
- Ramos Núñez, C. A. (1997). *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Robiston Urtecho, P. (2014). *Informe de Investigación 98/2014-2015. Procedimiento de adopción en el Perú*. Lima: Congreso de la República del Perú.

Rodríguez, M. (2015). Anticoncepción. ¿Qué necesitan los adolescentes? *Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, 3.

RPP. (18 de Septiembre de 2019). *Radio Programas del Perú*. Obtenido de El 13% de adolescentes entre 15 y 19 años son madres o están embarazadas advierte la Defensoría del Pueblo: <https://rpp.pe/peru/actualidad/el-13-de-adolescentes-entre-15-y-19-anos-son-madres-o-estan-embarazadas-advierte-la-defensoria-noticia-1221264?ref=rpp>

Sajón, R. (1990). *Derecho de Menores*. Buenos Aires: Editorial Abelado Perrot.

Salazar Blanco, G. (2007). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: una visión desde los derechos humanos específicos del niño. *Foro Jurídico*, 234-244.

Salud, M. d. (2007). *Marco Jurídico para la atención de la salud sexual y reproductiva de adolescentes*. México : Gobierno de México.

Salud, M. d. (2017). *Boletín Semana Epidemiológica N° 52*. Lima: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades.

Seminario Aranguri, G. R. (2017). *La modificación legislativa para la adopción de menores en estado de abandono*. (Tesis de doctorado). Universidad Nacional, Pero Ruiz Gallo, Lambayeque. Recuperada de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/2038/BC-TES-TMP-894.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- SENAJU, S. N. (2012). *Primera encuesta nacional de la juventud: Resultados finales*. Lima: SENAJU.
- Sokhin, V. (3 de Junio de 2019). *Noticias de la Organización de Naciones Unidas*. Obtenido de Las complicaciones por el embarazo son la principal causa de muerte en adolescentes:
<https://news.un.org/es/story/2019/06/1457041>
- Sotomarin, S. (2015). La adopción en el Perú. Entre la realidad y la ficción. *Researchate*, 1-23.
- Spitz, R. (1945). *Hospitalismo: Psicoanálisis estudio de los niños*. New York: Universidad Internacional Press.
- Tarqui-Mamani, C. (2010). Prevalencia del intento de interrumpir el embarazo y factores asociados en una comunidad urbano marginal. *Revista Peruana Medicina Experimental Salud Pública*, 38-44.
- Tinajero Camacho, M. (2008). Embarazo adolescente. *Boletín AMUP N° 50*, 39-50.
- Trillo Morales, N. (2013). Embarazo en adolescentes: Problema de salud pública o de intervención social. *Cultura Científica o Tecnológica N° 10*, 51-59.
- UNICEF. (2016). *El derecho a vivir en familia*. La asunción: UNICEF.
- UNICEF. (2016). *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Estado Peruano. Traducción y transcripción oficial*. Washintong: UNICEF.

Vargas Carreño, E. (1992). *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Editorial Juriscentro.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Primera Edición. Tomo IV*. Lima: Gaceta Jurídica.