TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Nulidad del acto jurídico*, Grijley, Lima, 2ª ed., 2002a.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2002b.

TURABIAN, Kate L., *A manual for writers for term papers, theses, and dissertations*, revisada por Wayne C. Booth, Gregory G. Colomb, and Joseph M. Williams, Chicago, U.S.A.: The University of Chicago Pres., 7ª ed., 2007.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Idemsa, Bogotá, 2ª ed., 2001.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Amparo familiar: tránsito entre la colocación y el acogimiento familiar

MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO (*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Antecedentes. **III.** Definición de conceptos. 3.1. Importancia de la familia para los niños, niñas y adolescentes. 3.2. Patria potestad. 3.2.1. La legislación peruana y el ejercicio de la patria potestad. 3.3. Tenencia. 3.4. Tutela. 3.5. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. 3.6. Menores en circunstancias difíciles. **IV.** Colocación y acogimiento familiar. 4.1. Colocación familiar. 4.2. Acogimiento familiar. **V.** Marco normativo. 5.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 5.2. Constitución Política del Perú. 5.3. Código de los Niños y Adolescentes. 5.4. Ley Nº 30162. **VI.** Consideraciones finales. VII. Conclusiones. **VIII.** Lista de referencias.

I. Introducción

A propósito de la promulgación de la Ley Nº 30162, publicada el 29 de enero de 2014, quisiera compartir algunas reflexiones respecto del estado actual de algunas de las normas relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes. Debemos recordar que el artículo 4 de la Constitución Política

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Egresada de la Maestría y Doctorado de la escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca y de la UPAGU.

del Perú establece que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, el adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono". De ese mismo artículo se desprenden, en su mayoría, los principios constitucionales que inspiran al Derecho de familia y se marca la pauta tuitiva, absolutamente justificada, hacia los miembros más vulnerables de nuestra sociedad.

Sin embargo, podremos responder positivamente a la pregunta: ¿se protege en el Perú efectivamente a los niños, niñas y adolescentes?, difícil respuesta que merece discusión académica.

El desarrollo legislativo de nuestro país ha demostrado buenos intentos por cumplir con el principio constitucionalmente impuesto; sin embargo, pese a existir normas casi ideales en este sentido, no podríamos decir lo mismo sobre la implementación de las mismas. Ponemos de ejemplo al propio Código de los Niños y Adolescentes, que cercano a los 15 años de vigencia, aún espera que el Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y del Adolescente sea articulado convenientemente por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, y que el Estado a través de las instituciones comprometidas cumpla con el rol eminentemente tuitivo que le corresponde en favor de los niños, niñas y adolescentes[1].

Es evidente que la ineficacia que en este ámbito, es puesta de manifiesto de muchas maneras por parte del Estado, ha mostrado la necesidad de regular situaciones de hecho urgentes, a través de normas mucho más específicas y eficaces que permitan atender algunas de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que enfrentan situaciones especiales.

En este trabajo, pretendemos situar al lector en el estado anterior a la promulgación de la Ley Nº 30162, para luego analizar el panorama posterior. Plantearemos también algunas alternativas para evitar la desnaturalización de las figuras de amparo a los niños, niñas y adolescentes.

El análisis de la Ley de Acogimiento Familiar de la que nos ocuparemos, nos obliga, como lo adelantamos, a situarnos en el panorama anterior a su promulgación, identificando las situaciones que, en el marco de la figura de la Colocación Familiar, desnaturalizaban el sentido de la norma y conocer además cuáles son las opciones que nos ofrece el novedoso acogimiento.

(1) Cfr. Artículos 27-30 del Código de los Niños y Adolescentes.

II. Antecedentes

En nuestro país, existen dos maneras de tramitar la adopción para los menores declarados previamente en estado de abandono, las mismas que se encuentran establecidas por el Código de los Niños y Adolescentes:

a) El procedimiento administrativo, que es el trámite regular y se encuentra previsto por la Ley Nº 26981, llevado ante la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, trámite, bastante engorroso, que implica una exhaustiva investigación que pretende garantizar la transparencia del procedimiento e idoneidad de los solicitantes a través de la aplicación de mecanismos de evaluación y control que aseguren que los niños, niñas y adolescentes, sean insertados al seno de familias que les puedan brindar las mejores condiciones de vida en los aspectos material, espiritual y moral.

   Cabe mencionar que anteriormente estos procesos eran conocidos por el Poder Judicial y debido a la excesiva carga procesal y a la existencia de ciertos cuestionamientos en las tramitaciones, se encomendó la tarea a la entonces creada Oficina de Adopciones adscrita al PROMUDEH, implementándose para ello todo un aparato burocrático que cuenta con un equipo multidisciplinario encargado de las evaluaciones ya mencionadas.

b) Alternativamente, se mantiene el trámite judicial como vía excepcional para la adopción de los niños, niñas y adolescentes que aun cuando no se haya declarado su abandono, puedan ser adoptados por quienes ostenten alguna de las condiciones establecidas en la Ley, como es el caso del que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del menor, que tenga vínculo parental con el adoptante, o el que lo haya prohijado por un período no menor de dos años.

Respecto de la última opción, se presentaban algunos casos en los que se desnaturalizaba. Las parejas tomaban conocimiento de que en los centros de atención residencial (albergues o aldeas de niños), se encontraban niños o niñas en presunto estado de abandono: Solicitaban la colocación familiar con la finalidad de que transcurridos los dos años, pudieran pedir judicialmente (vía excepcional), la adopción de los menores con los que habían convivido, aludiendo el prohijamiento; este, por cierto, no era el sentido de la norma en comento.

III. Definición de conceptos

3.1. Importancia de la familia para los niños, niñas y adolescentes

Los especialistas afirman que la estructura u organización familiar a la cual el niño, niña o adolescente pertenece, es aquello que más influye en su desarrollo. Ciertamente, los investigadores coinciden en que aquello que más puede contribuir al desarrollo armónico y sano de los niños, niñas y adolescentes es un clima familiar satisfactorio; esto es, la existencia de vínculos afectivos recíprocos y de seguridad entre padres o guardadores e hijos(2).

La familia es definida por nuestra constitución, en su artículo 4, como la institución natural y fundamental de la sociedad, lo que supone reconocer su carácter ético y social. El Código Civil, por su parte, en el artículo 233, señala: "La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú; a su vez, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 8 establece: "El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado" (…)(3).

En cuanto a las normas supranacionales, podemos referirnos al artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen que la familia es "el elemento natural y fundamental de la sociedad".

Actualmente, desde el punto de vista legal, en la mayoría de los países latinos occidentales no existe un modelo único de familia. Por el contrario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de relaciones jurídico-familiares reconocidas por los respectivos ordenamientos nacionales, resulta que cada persona o grupo de personas tiene la posibilidad de elegir o de seleccionar el tipo de familia a la cual quiere someter sus relaciones intrafamiliares(4).

(2) Papalia, D.; Olds, S. y Feldman, R., *Psicología del desarrollo*, 8ª ed., Mac Graw Hill, 2003.

(3) Cfr. Artículo 233 del Código Civil.

(4) Fanzolato, Ignacio, *El concepto de familia en el derecho latino*. Tomado de http://www.acaderc.org.ar/ doctrina/articulos/artfamiliaenelderlatino Consulta: 20/08/2014

3.2. Patria potestad

Se constituye como el deber-derecho que poseen los padres en relación a sus hijos, para cuidar de la persona y bienes de sus hijos. Así lo describe el artículo 418 del Código Civil Peruano. En su acepción general, se define a la patria potestad como una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres con el hecho del nacimiento de los hijos matrimoniales y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los que la ejercen en tanto ésta no haya sido objeto de suspensión o pérdida.

Se puede añadir la definición de Benjamín Aguilar, quien señala que la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto, también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas(5).

Actualmente, la patria potestad es una facultad, en sentido técnico, y no un derecho subjetivo. Las atribuciones o poderes que se les reconoce a los progenitores en relación a los hijos son consecuencia del conjunto de deberes que sobre aquellos pesan y no atendiendo a intereses propios. Éstos son ejercidas por ambos padres, en tanto no incurran en causales que los priven de ellas temporal o definitivamente.

3.2.1. La legislación peruana y el ejercicio de la patria potestad

La patria potestad es una figura jurídica recogida tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes. Si bien es cierto esta institución no ha sido definida ni desarrollada en detalle en ambos cuerpos legales, también es cierto que en ambas normas se han señalado los deberes y derechos que dicha figura genera en los padres respecto de los

(5) Aguilar Llanos, Benjamín, *La familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, pp. 305-306.

hijos[6]. El Código Civil, en su Libro III, Título III de Derecho de Familia, se refiere al ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad, proporcionando en su artículo 418 la noción de Patria Potestad, y en los artículos siguientes la regulación sobre el ejercicio conjunto de la misma, su ejercicio unilateral, la patria potestad de los hijos extramatrimoniales, así como sus deberes y derechos.

3.3. Tenencia

Se aplica sólo a los padres y está referido a mantener a los hijos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, se refiere al derecho exclusivo de los padres a hacer vida en común con sus hijos, es decir, el derecho de vivir con ellos en el mismo domicilio. Es innegable que en determinadas circunstancias el ejercicio de este derecho puede verse interrumpido como cuando los padres del menor se encuentren separados de hecho, es decir, cuando ambos padres viven en domicilios distintos. En este caso solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños, hecho que cuando no hay acuerdo complica su cumplimiento, generando muchas veces conflictos entre los padres.

Comúnmente los jueces prefieren que los niños permanezcan con la madre, a pesar que la Ley no hace ninguna distinción al respecto[7]. Ésta señala que la tenencia la ejercerá el padre o madre, y el Juez resolverá teniendo en consideración lo siguiente:

- Que el hijo permanezca con el progenitor con el que convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.
- El hijo menor de 3 años, permanece con la madre y
- Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente, debe señalarse un régimen de visitas.

(6) MORILLO, Maribel, *Patria Potestad: Tenencia y Régimen de visitas*, 2011. Tomado de http://www.abogadode familia.com.pe/tenencia-y-patria-potestad-de-hijos . Consulta 22/08/2014.

(7) Ibídem, tomado de http://www.abogadodefamilia.com.pe/tenencia-y-patria-potestad-de-hijos. Consulta 22/08/2014

Señala además la norma, que la tenencia o custodia recaerá en aquel que garantice mejor el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor[8].

Sobre el particular, debemos precisar que éste es el aspecto más controvertido en las separaciones, ya que los hijos se convierten para sus padres en especie de "trofeos de guerra", pues los conflictos se tornan degenerativos de la dignidad e identidad individual y familiar; sumados a los problemas sociofamiliares que no son abordados por nuestra legislación, como son la obstrucción del vínculo paterno-filial respecto del padre que no ejerce la tenencia; el síndrome de alienación parental, provocada por quienes conservan la tenencia de los hijos manifestado en la generación de conductas y mensajes que influyen negativamente en el comportamiento con el otro progenitor y la violencia familiar en el ámbito psicológico, provocado a quienes son la parte débil de toda relación conflictiva, que puede ser inclusive para los dos progenitores quienes actúan entre sí, provocando la limitación de sus derechos.

Ejercen algunos de los atributos de la patria potestad, aquellas personas designadas como tutores o eventualmente los que se encuentran al cuidado de los menores.

3.4. Tutela

Es una institución por la cual se encomienda a alguien el cuidado de la persona y bienes de un menor de edad, así como la representación de sus intereses, bajo control judicial. Es por lo general la defensa y el amparo de una persona respecto de otra que es menor de edad. El artículo 215 del Código Civil establece que el objeto de la tutela es la guarda y protección de la persona y sus bienes, o solamente de la persona o de los bienes de menores incapaces.

En el ejercicio de la tutela, el Juez controla aquellos aspectos del tutelado que son más trascendentes, concediendo o no la autorización para la realización de ciertos actos de disposición en pro del menor. Por su parte,

(8) Cfr. Código de los Niños y Adolescentes, artículo 84.

el Fiscal vigilará el ejercicio de la tutela y podrá exigir al tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de sus bienes.

Se pueden mencionar los siguientes sistemas de tutela:

– Tutela de familia, en la que la función tutelar se encomienda al grupo familiar del pupilo.
– Tutela de autoridad, en la que el tutor se encuentra bajo la vigilancia, supervisión y control de autoridad pública.

Esta figura se asimila a los responsables de los menores dados en colocación familiar y/o acogimiento.

3.5. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Los derechos de los menores fueron reconocidos luego de la Primera Guerra Mundial con la adopción de la Declaración de Ginebra en 1924, posteriormente estos derechos se reconocieron en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989. Este conjunto de reconocimientos sobre derechos de los menores, consagran las garantías fundamentales para todos los seres humanos y también incluyen derechos como vivir con los padres, derecho a la educación, derecho a la protección, etc.

El derecho de menores procura el reconocimiento de los derechos y libertades del niño y adolescente para lograr su efectiva protección como "sujeto de derecho". En nuestro país, inicialmente el derecho de menores estuvo contenido en disposiciones administrativas. En el siglo XX, el Código Penal de 1924 contuvo las primeras normas referentes al derecho de menores, a la par surgieron la comisiones para la formulación de un Código de Menores, el que finalmente fue promulgado el 2 de mayo de 1962 y estuvo vigente hasta el 27 de junio de 1993. Este código adoptó la llamada doctrina de la situación irregular, la cual denominaba al menor que cometía actos lesivos contra la sociedad como menores "en estado peligroso", para quienes se decía que no cometían ni delito ni falta, y el Juez de Menores aplicaba las medidas correctivas sin ninguna denominación y

eufemísticamente calificadas de medidas protectoras, al igual que al menor en estado de abandono(9).

La Constitución peruana establece la protección de los niños, niñas y adolescentes en los artículos 1 y 4, donde se determina que el sistema jurídico peruano está consagrado a la defensa de la persona humana y su dignidad como fin supremo, teniendo el Estado la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. El artículo 2, entre todos los derechos listados, prescribe que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. En este sentido, los derechos de los niños están protegidos por el ordenamiento jurídico peruano desde su concepción(10).

3.6. Menores en circunstancias difíciles

De acuerdo a la definición de UNICEF, son menores en circunstancias especialmente difíciles los que "viven en circunstancia de riesgo, en: estrategia de sobrevivencia (trabajadores), de la calle, víctimas de maltrato y abandono, institucionalizados, en conflicto armado, en desastres naturales y ecológicos, con necesidades específicas de atención preventiva"(11). El artículo 4 de nuestra Carta Magna reconoce a los menores como personas de especial protección por parte del Estado, considerando las características propias que presentan por ser sujetos de derecho en proceso de formación. Asimismo, se reconoce a la familia como un instituto natural necesario para el desarrollo de los niños y adolescentes, cuya protección es indispensable para garantizar la plena vigencia de sus derechos.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que ha resaltado la importancia que tiene la protección de los Derechos del Niño en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esta línea se ha pronunciado en los Expedientes Nº 3330-2004-AA/TC32 y 3247-2008-HC/TC (Resolución del TC del 14 de agosto de 2008) y otros.

---

(9) Cárdenas Dávila, Nelly Luz, *Menor infractor y justicia penal juvenil*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009, p. 7.

(10) Burga Coronel, "El sistema penal juvenil peruano", en *Revista de Investigación Jurídica Ius*, 2013, p. 7.

(11) Castro Morales, Jorge, *Niñas, niños y adolescentes. Exclusión y desarrollo psicosocial*, IFEJANT, Lima, 2001.

Cabe mencionar que el proceso tutelar de menores en el Perú, si bien comprende al universo de niños, niñas y adolescentes, está dirigido en forma específica a aquellos que residen en territorio peruano, que por razones de abandono, explotación, maltratos de cualquier índole, etc., se encuentran en situación de lesión o riesgo de su vida, su integridad física y psicológica, así como cuando se atente contra su normal desarrollo(12).

Junto a la declaración del estado de abandono, la extinción de la patria potestad y la inscripción de la partida de nacimiento del niño o adolescente (en los casos necesarios), el Juez de Familia deberá disponer una medida de protección adecuada. La Ley permite tres opciones establecidas en los literales c), d) y e) del artículo 243 del CNA, a fin de salvaguardar de la manera más adecuada el bienestar del niño o adolescente declarado en abandono(13).

La situación de abandono que afecta a miles de niños, niñas y adolescentes en el país constituye una de las principales preocupaciones de la Defensoría del Pueblo. Según cifras del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), se calcula que en nuestro país existen aproximadamente 17 mil niños, niñas y adolescentes en abandono, albergados en Centros de Atención Residencial (CAR). Sin embargo, esta cifra no recoge el gran número de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en las calles, como producto de graves problemas de desestructuración familiar que, en muchos casos, tienen a la pobreza como telón de fondo(14).

IV. Colocación y acogimiento familiar

4.1. Colocación familiar

Es una medida por la cual un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución en forma provisional para su cuidado. El objetivo de la colocación familiar es otorgar la responsabilidad de crianza de

(12) Alvarado Palacios, Irma Edith, *Algunos apuntes sobre el derecho tutelar de menores*, p. 2. Tomado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7 Consulta 30/08/2014

(13) Ibídem.

(14) Defensoría del Pueblo, Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención, 2001.

un niño, niña o adolescente de manera temporal y mientras se determina una modalidad de protección permanente para el mismo. La colocación familiar no estuvo muy desarrollada en la doctrina y legislación peruana; sin embargo, juristas internacionales hablan sobre el tema. El Dr. Gustavo Villalobos define la colocación familiar como una medida que tiene carácter temporal y es dictada por el juez o jueza de protección y que se ejecuta en dos modalidades: entidad de atención o en familia substituta. Además se refiere a los derechos involucrados cuando se habla de una colocación familiar, ya que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir, ser criado o desarrollarse en el seno de su familia de origen y en caso de que esto sea imposible o contrario a su interés superior estos tienen derecho a vivir con una familia substituta, de conformidad con la ley(15).

Varsi Rospigliosi la define como el acogimiento familiar, mediante el cual un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o centro especializado que se hará responsable de él en forma transitoria(16).

4.2. Acogimiento familiar

Es el término utilizado para describir todo el rango de opciones de acogimiento infantil alternativo proporcionado a niños, niñas y adolescentes privados del cuidado de sus padres, no es una adopción, se trata de una medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Este acogimiento puede ser temporal, mientras se produce la reinserción en la familia de origen, para la adaptación previa a la convivencia con una familia adoptante, o bien permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

El acogimiento familiar busca que los niños, niñas y adolescentes que no pueden vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional y temporal con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute, el goce y el ejercicio de su derecho a vivir en una familia y les provea los cui-

(15) Tomado de http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=7305 Consulta 30/ 08/ 2014.

(16) Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia,* Tomo III, Edit. Gaceta Jurídica, 2012, pp. 382-383.

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

Es una medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de desprotección familiar o riesgo con la finalidad de ser integrados a su familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada. El acogimiento familiar es aplicable para los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro de un proceso de investigación tutelar o declarados judicialmente en estado de abandono y cuando se encuentran institucionalizados en un hogar público o privado(17).

Se pueden distinguir los siguientes tipos de acogimiento familiar:

- **Acogimiento en familia extensa:** en esta medida se dispone el acogimiento del niño, niña o adolescente en su familia extensa. Aquí se consideran a los abuelos y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- **Acogimiento en familia no consanguínea:** En esta medida de protección, el niño, niña y adolescente es acogido por referentes familiares u otras personas idóneas que sin tener parentesco alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida.

La familia acogedora asumirá las responsabilidades de la tutela conforme a los artículos 526, 527 y 528 del Código Civil.

Esta medida puede ser solicitada por familiares del niño, niña o adolescente tutelado o por terceros, quienes accederán a ésta, previa evaluación favorable de la Secretaría Nacional de Adopciones. Dicha evaluación comprende los aspectos psicológico, social y legal de los solicitantes(18).

(17) Tomado de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbe305256 f2e006d1cf0/7834d36b659794ed05257b44000b0f82/$FILE/PL02088040413.pdf. Consulta 30/ 08/ 2014.

(18) Defensoría del Pueblo, cit., 2011.

Con este marco, el acogimiento familiar se presenta como la medida de protección más idónea para la restitución de derechos en caso de desprotección familiar del menor, porque busca que estos vivan en un núcleo familiar que garantice su desarrollo.

V. Marco normativo

Los derechos humanos de la infancia establecen el entorno y ofrecen los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la Convención de los Derechos del Niño, además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia(19).

5.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad(20).

La doctrina viene debatiendo los alcances de la concepción de los niños como sujetos plenos de derecho, de "protección integral", dentro de las diversas áreas problemáticas que caracterizan la nueva condición jurídica de la infancia en América Latina, tales como el trabajo infantil, la adopción internacional, los límites a las facultades correctivas de los padres y maestros, los derechos sexuales y reproductivos, etc., así como si el Estado debe responder a la situación de una persona menor de dieciocho años que lleva

(19) Tomado de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_understanding.html Consulta 30/08/2014

(20) UNICEF, *Justicia y derechos del niño*, 2006, p. 10.

a cabo una conducta descripta como antecedente de una sanción en el Código Penal, lo que constituye un terreno polémico(21).

5.2. Constitución Política del Perú

Como lo hemos mencionado, nuestra Constitución Política reconoce en su artículo 4 la protección especial que debe brindar el Estado a los niños, niñas y adolescentes. No podemos dejar de lado que el "principio del interés superior de niño" nos sirve de garantía para la restitución de los derechos de los niños en desprotección familiar e incluso se aplica como un criterio orientador de las políticas públicas referidas a la niñez en esta situación excepcionalmente difícil.

5.3. Código de los Niños y Adolescentes

De acuerdo al artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, el acogimiento familiar debería aplicarse antes que la institucionalización del niño o niña en un Centro de Atención Residencial; sin embargo, el acogimiento residencial en nuestro país ha sido la respuesta permanente y casi exclusiva ante las situaciones de desprotección familiar.

En su artículo 8, este Código reconoce el derecho a vivir en una familia, prescribiendo lo siguiente: "El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos".

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

(21) Ibídem.

5.4. Ley Nº 30162

Introduce las modificaciones a la figura de la colocación familiar, a las que nos hemos venido refiriendo, al permitir la protección temporal de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo, abandono o extravío; de tal manera que los menores que se hallen en estas circunstancias de vulnerabilidad, sean acogidos temporalmente por una familia. Su ámbito de aplicación es la Dirección de Investigación Tutelar, así también los órganos jurisdiccionales o administrativos a cargo de procesos tutelares aplicarán la presente norma.

Prevé dos tipos de acogimiento: el de familiares y terceros. En ambos casos, los solicitantes deberán contar con una vivienda saludable que reúna los requisitos de habitabilidad, salubridad y seguridad; también deberán aceptar ser preparados y permitir la supervisión por un equipo profesional durante el proceso.

El objetivo de esta norma es devolver el derecho que tiene todo menor de vivir en familia. Antes estaba establecida en el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes bajo la figura de colocación familiar. Esta nueva Ley no solo la regula, sino que a partir de este nuevo enfoque, cambiará la mirada que tienen todos sobre la figura. La nueva medida tiene entre sus propósitos evitar que los niños acudan a algún albergue donde no pueden compartir una experiencia de familia: "Lo que buscamos es que se evite la institucionalización de los niños. Ellos pasarán un tiempo con alguna familia mientras se resuelve el tema de que vuelvan al lado de sus verdaderos padres"(22).

Esta disposición es aplicable para los que se encuentren dentro de un proceso de investigación tutelar hasta antes de declararse judicialmente el estado de abandono o cuando se encuentran institucionalizados en un hogar público o privado. Sólo por excepción de un niño, niña y adolescente declarados en abandono, podría aplicarse la medida del acogimiento, previa opinión favorable de la dirección.

(22) Tomado de http://www.elperuano.pe/Edicion/noticia-hogares-acogen-15664.aspx#.VAI-42MV5Mwc. Consulta 30/08/2014.

VI. Consideraciones finales

La Ley de adopciones establece las pautas para optar la adopción; sin embargo, este procedimiento representa algunas desventajas para los postulantes que, por lo general, son parejas que han intentado todos los medios posibles para procrear sus propios hijos sin éxito, por lo que se encuentran ávidas de brindar el cariño que tenían reservado para sus hijos, en el plazo más breve, a aquel niño, niña o adolescente desfavorecido por la vida, desconocido en su origen e identidad, que, de acuerdo a la lista de espera de adoptantes, les será asignado en estricto orden (vale decir que este tipo de adopción es totalmente incierta, librada al azar), siendo esta manera también, la que pone de manifiesto la puridad de la intención de los adoptantes en brindar su cariño, protección y apoyo al niño, niña o adolescente que les sea asignado. En ese sentido, el tiempo es el principal obstáculo en este procedimiento, sumado a la condición de que ni los adoptantes, ni el adoptado se conocen hasta que se produce la designación, luego de la cual se debe emitir un informe de empatía, del cual depende la resolución de colocación familiar previa a la adopción.

Tenemos entonces, por un lado, el procedimiento regular de adopción administrativa que nos llevó hacia la figura de colocación familiar; y por otro, el proceso de adopción excepcional en vía judicial que considera como opción de adopción a los prohijados, es decir, a aquel niño, niña o adolescente que convive con el o los solicitantes por un período mayor a 2 años, condición a la que se llega también vía colocación familiar.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 104 y siguientes, contemplaba la figura de la colocación familiar, como una medida transitoria dispuesta judicial o administrativamente, que en el proceso de adopciones se aplicaba como medida de aclimatamiento y de protección al niño, niña o adolescente, cuando el lugar donde vivía ponía en peligro su integridad física o mental.

En los últimos años, se ha venido desnaturalizando la figura de la colocación familiar, pues se ha estado empleando como una suerte de ventana para obtener una adopción excepcional a corto plazo, con la salvedad que las personas que la solicitaban, escogían al menor a favor del cual solicitaban la colocación, es decir, no se hacía con fines de aclimatamiento previo a la adopción, sino como un medio para lograr indirectamente el "prohijamiento", requerido para la adopción excepcional.

Si bien la finalidad de esta desnaturalización de la figura, no era del todo despreciable, tampoco era del todo correcta, puesto que se favorecía la evasión del procedimiento regular de la adopción, permitiendo además una suerte de discriminación de los niños, niñas y adolescentes que tienen la condición de "ángeles que esperan". En este sentido, resultaba discutible el sustento de esta medida invocando el interés superior del niño, puesto que habría que interpretarlo en función al interés de todos los niños que se encuentran en la misma condición y forman parte de la lista de espera de adopciones.

Frente a esta coyuntura, nuestro Poder Legislativo ha pretendido, suponemos, zanjar el tema sustituyendo la colocación familiar por la que ha denominado "acogimiento familiar", la misma que, según hemos podido identificar y expondremos a continuación, recoge básicamente los rasgos de la colocación familiar y los complementa con algunos del prohijamiento, sin lograr un deslinde definitivo entre ambas figuras; siendo así, podemos identificar las siguientes similitudes y diferencias entre las dos figuras:

COLOCACIÓN FAMILIAR	ACOGIMIENTO FAMILIAR
SEMEJANZAS	
- Medida temporal y transitoria - Ejercida por persona, familia o institución - Dispuesta a instancia administrativa o judicial - Remunerada o gratuita - Medida de aclimatamiento y protección en adopción - Deben ser seleccionadas, capacitadas y supervisadas por personal designado - Remoción a solicitud del niño, niña o adolescente.	- Medida temporal y transitoria - Ejercida por persona, familia o institución - Dispuesta a instancia administrativa o judicial - Gratuita o remunerada en el caso del acogimiento administrativo - Medida de aclimatamiento y protección en la adopción - Deben recibir capacitación y ser monitoreados
DIFERENCIAS	
- Se considera grado de parentesco, afinidad o afectividad con la persona, familia o institución.	- Se considera a la familia extensa o no consanguínea - Deben cumplirse los requisitos dispuestos por la ley - Revocable previo informe - Es un mecanismo inmediato para evitar la institucionalización del niño, niña o adolescente - Se establecen expresamente los deberes y derechos de la familia acogedora - El juez debe pronunciarse en un plazo de 30 días - Modifica el artículo 511 sobre tutela de menores - Se equipara con la tutela

Del cuadro presentado, se aprecia que el acogimiento familiar no es del todo una figura novedosa, ya que reproduce en esencia lo que era la colocación familiar. Tampoco apreciamos que la ley que la regula sea muy coherente en su redacción, ya que por ejemplo, si bien contempla la disposición de la medida en la vía judicial, presenta al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables como el ente regulador, gestor y supervisor, no señalando el modo en que se debe dar el seguimiento en el caso de un trámite judicial. Por otro lado, dispone la modificatoria de los artículos relativos a la tutela en el Código Civil y de la colocación familiar en el Código de los Niños y Adolescentes, pero en este último caso, solo se advierte un cambio de denominación.

VII. Conclusiones

1) La Ley Nº 30162 pretende restituir los derechos a los menores en situación de abandono, aplicando el principio del interés superior del niño, reconociendo el valor del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho.

2) Consideramos que esta pretendida nueva figura no aporta una alternativa sustancialmente diferente a la de la colocación familiar, debiendo recomendarse a las instancias correspondientes que debe ser adoptada, como su propio texto lo señala, de manera excepcional.

3) Es importante considerar e incidir que el acogimiento familiar, sigue siendo, al igual que la colocación, una decisión transitoria o provisional, la cual debe pretender preparar el clima propicio para una adopción definitiva y como paso previo a esta, atendiendo a que la adopción es una decisión definitiva que busca crear una relación paterno-filial permanente.

4) Las autoridades competentes deben evaluar la pretensión real de las personas o familias acogedoras, ya que podríamos incurrir nuevamente en la desnaturalización de la figura al constituirse como un vehículo para alcanzar la adopción de niños, niñas y adolescentes de manera excepcional; con lo que, en la práctica, se estaría limitando el procedimiento regular, a las adopciones internacionales y a algunas pocas nacionales, privando a la mayoría de "ángeles que esperan" de la posibilidad de lograr su inserción en una familia, vulnerando su derecho fundamental a vivir en el seno de una de ellas, apreciándose además una colisión entre el interés superior de solo algunos niños y de todos los que se encuentran en la misma condición.

VIII. Lista de referencias

Aguilar Llanos, Benjamín, *La familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.

Alvarado Palacios, Irma Edith, *Algunos apuntes sobre el derecho tutelar de menores.* http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7

Burga Coronel, "El sistema penal juvenil peruano", en *Revista de Investigación Jurídica Ius*, Lima, 2013.

Cárdenas Dávila, Nelly Luz, *Menor infractor y justicia penal juvenil*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009.

Castro Morales, Jorge, *Niñas, niños y adolescentes. Exclusión y desarrollo psicosocial*, IFEJANT, Lima, 2001.

Código de los Niños y Adolescentes, Jurista Editores, Lima, 2014.

Defensoría del Pueblo, *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*, 2011.

Fanzolato, Ignacio, *El concepto de familia en el derecho latino.* http://www.acaderc.org. ar/doctrina/articulos/artfamiliaenelderlatino

– http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/patria-potestad.html

– http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/LA%20PATRIA%20POTESTAD.pdfhttp://ww.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/LA%20PATRIA%20POTESTAD.pdf

– http://www.raejurisprudencia.com.pe/diccionario.php

Morillo, Maribel, *Patria Potestad: Tenencia y Régimen de visitas*, 2011. http://www. abogadodefamilia.com.pe/tenencia-y-patria-potestad-de-hijos

Papalia, D.; Olds, S. y Feldman, R., *Psicología del desarrollo*, Colombia, Mac Graw Hill, 8ª ed., 2003.

SANZ MARTÍN, Laura, "Naturaleza y ejercicio de la patria potestad romana sobre los miembros familiares. Especial: Atención a la situación jurídica de la mujer", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Madrid, 1996-1997.

TAPIA VIVAS, Gianina Rosa, *Un enfoque sobre la investigación tutelar administrativa y el sistema único e integral de atención a los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono*, Academia de la Magistratura, 2009.

– http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200202-155592511021145.html

– http://www.elperuano.pe/Edicion/noticia-hogares-acogen15664.aspx#.VAI42MV5Mwc

– http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido &id=13943

– http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=7305

– http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/7834d36b659794ed05257b44000b0f82/$FILE/PL02088040413.pdf

UNICEF, *La Convención sobre los derechos del niño. Quince años después*, 2004. http://www.unicef. org/spanish/crc/index_understanding.html

UNICEF, *Justicia y derechos del niño*, 2006. http://www.unicef.org/spanish/crc/indexunderstand ing.html

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia,* Tomo III, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

Derecho Penal y Procesal Penal