

LA ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES POR PARTE DE CONVIVIENTES Y LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO

THE ADOPTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS BY COHABITANTS BY EXCEPTION AND THE APPLICATION OF DIFFUSE CONTROL

Oscar Enrique Gamero Gonzales¹

(1) Universidad Católica de Santa María, Arequipa – Perú

RESUMEN: La adopción de niños, niñas y adolescentes es una de las formas permitidas por la ley para generar un vínculo de parentesco con una persona con la que no se comparte ningún nexo biológico o consanguíneo. Sin embargo, cuando se habla de la adopción por excepción, el Código de los Niños y Adolescentes solamente contempla dos supuestos, el primero de ellos referido a cuando el adoptante posee vínculo matrimonial con el padre o madre del niño, niña o adolescente por adoptar; y el segundo supuesto está referido a cuando se posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sin embargo, en la práctica se inician procesos judiciales donde la parte demandante no tiene vínculo matrimonial con el padre o madre, y tampoco tiene ningún grado de consanguinidad o afinidad con el niño, niña o adolescente a adoptar, sino que es conviviente del padre o madre. En este artículo se analizará la posibilidad que tienen los convivientes de poder adoptar como suyo, al hijo o hija de su conviviente, esto dentro del marco de la tramitación de un proceso judicial de adopción por excepción, y cómo el Juez de Familia, aplicando el principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente, puede buscar una solución aplicando el Control Difuso.

Palabras clave: Adopción, familia, convivencia, control difuso.

ABSTRACT: The adoption of children and adolescents is one of the ways allowed by law to generate a kinship bond with a person with whom no biological or blood link is shared. However, when it comes to adoption by exception, the Children and Adolescents Code only contemplates two cases, the first of which refers to when the adopter has a marital bond with the father or mother of the child or adolescent to be adopted; and the second case refers to when there is a kinship relationship up to the fourth degree of consanguinity or second degree of affinity. However, in practice, judicial proceedings are initiated where the plaintiff does not have a marital bond with the father or mother, nor does he or she have any degree of consanguinity or affinity with the child or adolescent to be adopted, but is a cohabitant of the father or mother. This article will analyze the possibility that cohabitants have of being able to adopt as their own, the son or daughter of their cohabitant, this within the framework of the processing of a judicial process of adoption by exception, and how the Family Judge, applying the principle of the Best Interests of the Child or Adolescent, can seek a solution by applying the Diffuse Control.

keywords: Adoption, family, cohabitation, diffuse control.

INTRODUCCIÓN

Siguiendo una concepción “tradicionalista”, se ha considerado que la única familia es la nuclear matrimonial, es decir, una familia en la que los miembros están unidos por un vínculo matrimonial civil, y que está conformada por el padre, la madre y los hijos.

Sin embargo, las relaciones familiares van mucho más allá, conformándose familias “de hecho” en la que los miembros no están unidos por un vínculo matrimonial, sino que se unen de manera voluntaria para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, y ejercer, de ser el caso, los derechos y obligaciones con los hijos que procreen dentro de estas uniones de hecho o convivenciales, o los hijos que aporten de compromisos anteriores, conformando, por qué no, familias ensambladas.

Ante esta última posibilidad, es indudable que la cohabitación y compartir diversos momentos con el resto de los miembros de la familia, hacen que los lazos y el cariño crezcan y se fortalezcan entre sus miembros; sin embargo, cuando el miembro de esta familia quiere adoptar al hijo o hija de su conviviente, encuentra una limitación en el Código de los Niños y Adolescentes, ya que, descartando el segundo supuesto de adopción por excepción referido a que el adoptante a poseer vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tendría que contraer matrimonio con su conviviente y “formalizar su relación” para poder acceder a la adopción, recordando que el matrimonio es también una unión voluntaria, y no una imposición de la ley.

Estos problemas son evidenciados cuando se inician procesos judiciales de adopción por excepción según el Código de los Niños y Adolescentes, y el Juez de Familia se encuentra con una evidente dificultad para tomar una decisión, puesto que lo pretendido no está contemplado por la ley como un supuesto para acceder a la adopción. Sin embargo, no se puede dejar de administrar justicia, debiendo tomar una decisión en base al Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente, entre otros principios constitucionales.

Correspondencia:

Oscar Enrique Gamero Gonzales

E-mail: oscar.gamero@ucsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4865-4647>

1. LA FAMILIA

1.1.- Concepto

Siguiendo a Aguilar Llanos (2013), la más importante y trascendente fuente de la familia es el matrimonio, sin embargo, no es la única, pues muchas familias no tienen el reconocimiento legal pertinente. El fin del matrimonio es la plena comunidad de vida, la procreación, la educación de los hijos, entre otros.

Amado Ramírez (2021), indica que el hombre por antonomasia es un ser social; su instinto lo lleva a relacionarse, a compartir, siendo propenso a la integración con el fin de satisfacer necesidades. La familia es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación y que se sujetan a una conducta y convivencia en el mismo domicilio.

1.2.- Clases o Tipos de familia:

- a) **Familia nuclear**, conformada por el padre, la madre y los hijos, siendo la típica familia clásica.
- b) **Familia monoparental**, que es aquella formada por uno de los padres y sus hijos, y que se origina, por ejemplo, por el divorcio de los padres y uno de ellos se queda con los hijos, el fallecimiento de alguno de los cónyuges, entre otros.
- c) **Familia extendida**, conformada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos, y puede incluir otros familiares como abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos o afines.
- d) **Familia ensamblada**, formada por agregados de dos o más familias; el sentido de la palabra familia no tiene que ver con el parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos, convivencia y solidaridad entre sus miembros, quienes viven juntos en el mismo espacio.

1.3.- Amparo Legal y Jurisprudencial:

La Constitución Política del Perú en su artículo 4 establece en su primer párrafo que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”*. De ello se colige que el texto constitucional no se preocupa en definir el concepto de familia, por lo que no se pretendió reconocer un modelo específico de familia, por lo que el instituto de familia no debe relacionarse necesariamente con el de la familia matrimonial.

El Tribunal Constitucional ha indicado en la Sentencia 06572-2006-PA/TC que: *“(...) sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella”* Existe un pluralismo familiar, por lo que, tanto la familia matrimonial como la unión de hecho gozan de protección por mandato constitucional. El matrimonio debe ser promovido, siendo esta institución la principal fuente de la que surge una familia, pero no significa que sea la única fuente.

Siguiendo a Plácido Vilcachagua (2017), con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas, y esta afirmación obliga a determinar la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho.

En similar sentido, Castillo Freyre (2023) indica que es ya una vieja discusión si debe haber una o varias formas de constituir la familia, ya que el Código Civil de 1984 regula la manera tradicional de constituir una familia, basada en el vínculo entre un hombre y una mujer, ya sea por matrimonio o por unión de hecho.

2. EL PARENTESCO

A decir de Aguilar Llanos (2013), el parentesco es la relación recíproca entre las personas proveniente de la consanguinidad, afinidad, adopción o la administración de algún sacramento religioso. Es la fuente de derechos y obligaciones entre las personas unidas por vínculos familiares, tales como los alimentos, herencia, y generan efectos en otros ámbitos del Derecho. En términos sencillos, alude a la conexión o vínculo familiar existente entre dos o más personas, derivados de la comunidad de sangre (consanguinidad) o de la ley (afinidad y adopción). Todavía se identifica la idea general de parentesco con el concepto de consanguinidad, sin embargo, ello no es del todo cierto al existir parientes no consanguíneos unidos por afinidad o por adopción.

2.1.- Clases o Tipos de Parentesco

- a) **Parentesco por consanguinidad.-** Al respecto, el artículo 236 del Código Civil, lo define de la siguiente manera: *“El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado”*.
- b) **Parentesco por afinidad.-** Es el que se crea por el acto del matrimonio civil. Entre los cónyuges no se genera o crea parentesco alguno, pero sí entre uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro cónyuge. El artículo 237 del Código Civil, lo define de la siguiente manera: *“El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad (...)”*.
- c) **Parentesco por adopción.-** Es el que se da a través de la adopción, por la que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y entra a ser parte de su familia legal. Al respecto, el artículo 238 del Código Civil, establece que: *“La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución”*.

3. LAS UNIONES DE HECHO

3.1.- Concepto:

Siguiendo a Amado Ramírez (2021), es una unión de hecho o fáctica, por el cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o de derecho como sí lo es el matrimonio. En la vida social son frecuentes las uniones de hecho, a veces duran toda la vida, tienen hijos, los educan y

y exteriormente se comportan como marido y mujer.

Al respecto, el artículo 5 de la Constitución Política del Perú establece que: *“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”*. Asimismo, el artículo 326 del Código Civil establece en su primer párrafo que: *“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)”*.

3.2.- Características:

En opinión de Torres Vasquez (2011), el concubinato es un fenómeno social de existencia ancestral, histórica y universal. Nuestra legislación señala como características de la unión de hecho las siguientes:

- a) Unión marital de hecho.
- b) Estabilidad y permanencia.
- c) Singularidad y publicidad.
- d) Ausencia de impedimentos para contraer matrimonio.
- e) En cuanto al patrimonio, se reconoce la sociedad de bienes.
- f) Puede terminar por matrimonio de los concubinos, por ausencia judicial declarada de alguno de ellos, por mutuo acuerdo, por decisión unilateral y por matrimonio con tercera persona.

En opinión de Vega Mere (2019), las parejas estables han obtenido, en muchos países, legislación o jurisprudencia protectora. Las legislaciones han sido contradictorias al instaurar un régimen cercano al matrimonio, pues con ello se erige un régimen que los concubinos han querido evitar, especialmente cuando tienen el firme propósito de huir a las formalidades y efectos que tradicionalmente estuvieron ausentes en este tipo de uniones.

Siguiendo al citado autor, el matrimonio ha sido reconducido a la categoría de derecho subjetivo en el sentido de que las personas tienen el derecho a contraer o no contraer matrimonio, lo que representa un cambio sustancial respecto a la consideración y tutela que merece la unión de hecho o cohabitación, en tanto puerta de ingreso para la conformación de una familia que es la beneficiaria de la protección constitucional.

De igual manera, el referido autor indica que ya no solo en lo social sino también jurídicamente, el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y su admisión por diversos ordenamientos no ha sido ni es considerada como un atentado contra las uniones conyugales, pues aquella no se regula desmontando los principios del matrimonio. Son opciones que el legislador ha tenido, finalmente, que admitir por cuanto lo que se privilegia es la familia y no la ceremonia o la formalidad que rodea su inicio, ya que también las uniones de hecho son fuentes de afecto, solidaridad, ayuda recíproca y muestran a dos personas compartiendo valores, metas y amor entre sí y para sus hijos; no siendo posible que el legislador o las cortes ignoren esas formaciones familiares que son capaces de generar toda clase de consecuencias jurídicas.

Asimismo, Calderón Beltrán (2015), indica que queda claro que las razones por las cuales es necesario otorgar efectos jurídicos a los concubinos, sin que signifique una

desnaturalización de la institución matrimonial y sin olvidar el rol del Estado de promover al matrimonio como principal fuente generadora de familia debido a la estabilidad y ventaja jurídica del que éste goza.

4. LA ADOPCIÓN

4.1.- Concepto:

A decir de Aguilar Llanos (2013), la adopción significa recibir como hijo al que no lo es naturalmente; estamos ante una ficción legal y que se pretende imitar a la naturaleza estableciendo una relación paterno filial o materno filial entre dos personas que no son biológicamente padre, madre e hijo, pero por razones de orden social, se ha llevado a la existencia de esta figura jurídica, ya que ayuda al Estado a cumplir su rol social cuando se trata de velar por la niñez desamparada, dándole un hogar al que no lo tiene, además que también la adopción cumple otro papel, que es el de satisfacer el anhelo de ser padre o madre negado por natura a muchas personas; generando los mismos derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, como si se tratara de una relación paterno o materno filial natural.

Amado Ramírez (2021) refiere que la naturaleza o la sangre, no son los únicos medios que generan vínculos paterno filiales entre dos personas, ya que la voluntad puede generar una filiación incluso faltando el vínculo consanguíneo, siempre y cuando se siga la formalidad preestablecida por la ley. Es un mecanismo jurídico de interés social que busca dar solución a los problemas sociales de la niñez desamparada, la falta de tutela, protección y compañía, la imposibilidad de procrear, así como también el requerimiento de legitimación de situaciones de hecho.

En opinión de Varsi Rospigliosi (2013), una de sus principales características es la irrevocabilidad, buscando equiparar la filiación adoptiva con la filiación consanguínea. Siendo el adoptante una persona capaz de ejercicio, hábil para la celebración de actos jurídicos válidos, la ley no quiere permitirle que por sí y ante sí, por un simple acto de voluntad, altere o dé por terminada una relación paterno filial que él mismo quiso libremente crear, quitando firmeza y estabilidad al estatus de hijo.

4.2.- Requisitos:

El artículo 378 del Código Civil establece que son requisitos los siguientes;

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 concurra el asentimiento de su cónyuge.
4. Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concurra 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, aquel 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.

4.3.- Efectos:

En opinión de Aguilar Llanos (2013), por la adopción se crea una relación paterno o materno filial entre adoptante y adoptado idéntica a la que existe en la sociedad paterno o materno filial biológica, pero los efectos no solo se dan en el derecho de familia, sino también en el libro de personas y en el sucesiones:

- a) En el Derecho de Personas, en cuanto al nombre del adoptado, que lleva los apellidos del adoptante y se omiten sus apellidos anteriores, se tiene que expedir una nueva acta de nacimiento.
- b) En el Derecho de Familia, el adoptado ingresa en calidad y con los derechos de hijo, dejando de pertenecer a su familia consanguínea, es decir que se desliga de sus padres naturales. Asimismo, al tener la calidad de hijo, la patria potestad es asumida por los padres adoptantes, quedando extinguida para los padres naturales.
- c) En el Derecho de Sucesiones, se generan derechos sucesorios plenos.

4.4.- Adopción por Excepción:

La misma que se encuentra regulada en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que: *“En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes:*

- a) *El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; y,*
- 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”.*

5. EL CONTROL DIFUSO

5.1.- Concepto:

La Constitución Política del Perú en su artículo 51, se expresa sobre sí misma como la norma superior frente a cualquier otra norma legal, comprendiéndola como la norma base de todo Estado, y que al ser la de mayor jerarquía, cuenta con el principio de supremacía constitucional que debe ser garantizado y respetado por todos los jueces del Perú.

Ante ello, es evidente que, en la administración de justicia del Perú, pueden existir conflictos entre normas, debiendo recurrir a la aplicación de técnicas donde se debe preservar el principio de supremacía constitucional, tales como la acción de inconstitucionalidad y acción popular, por ejemplo; y sin perjuicio a éstas, se tiene también al control difuso.

Rioja Bermúdez (2016) indica que también se conoce a esta institución como el control judicial de constitucionalidad de las leyes, se define como un control judicial difuso, pues todo Juez es competente para inaplicar en un caso concreto, todo o en parte una ley por ser inconstitucional. Esto significa que todas las leyes inferiores a la Constitución tienen que se conforme a ella, no pueden contradecirla, y si una norma entra en conflicto con la Constitución, prevalece esta última.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 01124-2001-AA/TC estableció que: *“(…) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental”*

5.2.- Regulación:

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú, en su segundo párrafo establece que: *“(…) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”*

En opinión de De la Cuba Chirinos (2020), el recurrir al control difuso como medida excepcional, importa por parte del Juez un análisis concreto y exhaustivo del marco fáctico con la regla ya interpretada que resolverá el caso; además, ello no resulta frecuente o cotidiano, atendiendo a la presunción de constitucionalidad con la cual nacen las leyes en nuestro país; entonces, la labor del Juez en estos casos, siempre será encontrar la interpretación que compatibilice con el texto fundamental y que resuelva el caso, pues únicamente estará facultado para la inaplicación, cuando no existe siquiera una posibilidad de interpretar la regla conforme a la Constitución.

5.3.- Elevación en consulta:

A consideración de la División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2014), la consulta es un instrumento de control de resoluciones judiciales por el cual la instancia superior conoce en ciertos casos expresamente contemplados en la ley lo resuelto por el inferior jerárquico, que no ha sido objeto de impugnación por parte de los justiciables, y para este efecto, los autos son elevados de oficio. Constituye un trámite obligatorio en determinados supuestos y está dirigida a desterrar la posibilidad del error judicial, que resultaría significativa si la cuestión litigiosa se debatiera en una sola instancia, y opera en situaciones sumamente relevantes.

El inciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil indica que: *“La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: (...) 3.- Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria (...)”.*

A decir de Ibarra Delgado (2016), no todos los procesos que se ventilan responden a un interés privado, sino que el Estado puede tener cierto interés, el mero que se manifiesta en que determinados procesos y algunas resoluciones expedidas por la judicatura sean elevadas en oficio para que el superior jerárquico se pronuncie sobre la legalidad de la resolución en consulta.

6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

Como se ha podido apreciar, las personas que mantienen una unión de hecho reconocida por la ley al cumplir con todos los requisitos legales y que además ha logrado su inscripción registral, también conforman una familia, y como tal, gozan de protección constitucional. Sin embargo, ven un obstáculo cuando quieren iniciar un proceso de adopción por excepción de un menor de edad, porque los supuestos legales según el Código de los Niños y Adolescentes no contemplan la posibilidad de que se acceda a la adopción por excepción por parte de uno de los convivientes, pese a que el inciso 4 del artículo 378 del Código Civil establezca que cuando el adoptante sea conviviente concurre el asentimiento del otro conviviente, pudiendo entenderse que esta disposición rige para la adopción de mayores de edad (usando normas propias del Código Civil y en un proceso no contencioso), y no para la adopción por excepción contenida en el Código de los Niños y Adolescentes (proceso único).

En este escenario, es que resulta necesario aplicar el control difuso para permitir que convivientes puedan adoptar al hijo o hija de su conviviente como su propio hijo, inaplicando, para el caso en concreto la limitación de que solo el cónyuge del padre o madre del niño por adoptar

pueda iniciar este proceso judicial, garantizando de esta manera el derecho del niño de vivir en una familia y también garantizando la protección a la familia a la que la Constitución se refiere, esto en tanto no se modifique el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, para permitir de manera expresa la procedencia de estos pedidos especiales.

Por lo que, en cada caso en concreto, debe analizarse si se puede inaplicar la regla de que el demandante en el proceso judicial de adopción por excepción tenga vínculo matrimonial con el padre o madre del niño a adoptar, sopesando ello en mérito al Principio del Interés Superior del Niño, su autonomía progresiva, los derechos a la protección especial al niño y a pertenecer a una familia, y también al principio constitucional de protección a la familia; puesto que si bien en la práctica judicial se aplica el control difuso, el expediente tiene que ser elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, y en tanto no se apruebe la sentencia de primera instancia, la adopción no podrá ser inscrita, no se podrán cambiar los apellidos del adoptado y se retarda la efectividad de lo resuelto en la sentencia.

Como indica De la Cuba Chirinos (2020), el Juez tiene innumerables facultades de dirección a fin de viabilizar la adopción como herramienta excepcional, no debiendo restringirse a lo postulado por las partes, sino recurrir a una verdadera función tuitiva que le es propia, que el niño por adoptar se ha encontrado alejado de su padre o madre biológicos debido al incumplimiento de los deberes naturales y morales inherentes a su condición; si ello logra demostrarse, sin lugar a dudas lo óptimo es que crezca en una familia.

En ese sentido, siendo un requisito para acceder a la adopción por excepción conforme al artículo 128 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes que el adoptante posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar, en consecuencia, resulta necesario realizar control difuso sobre la referida norma, siguiendo las reglas que constituyen doctrina jurisprudencial vinculante conforme a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Exp. 1618-2016-Lima Norte publicado en el Diario Oficial El Peruano el 07 de diciembre del 2017.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la República en el Exp. 1618-2016-Lima Norte ha indicado en el numeral 2.5 del Considerando Segundo de su pronunciamiento que deben seguirse reglas para el ejercicio del control difuso judicial, como son:

- i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales;
- ii) Realizar el juicio de relevancia;
- iii) Efectuar una labor interpretativa exhaustiva; y
- iv) Iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.

a) En cuanto a la primera regla (Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales): Al respecto, toda norma goza de la presunción de constitucionalidad, validez y legitimidad, y en este caso, la norma bajo análisis no es la excepción, más aún si esta norma integra el cuerpo normativo del Código Civil promulgado por el Decreto Legislativo N° 295 del 25 de julio de 1984, y publicado en el Diario Oficial el Peruano el 27 de julio de 1984, con vigencia desde el 14 de noviembre de 1984, superando el control de producción normativa conforme al procedimiento constitucional contenido en los artículos 188 y 211 inciso 10) de la Constitución Política del Perú de 1979 aplicable en ese momento, por ende, la norma bajo análisis se encuentra vigente y es de carácter obligatorio conforme al artículo 195 de la referida Constitución.

b) En cuanto a la segunda regla (Realizar el juicio de relevancia): Al respecto, el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes establece que: *“En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantiene los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos”*. Esta norma contiene uno de los dos supuestos que deben suceder de manera excepcional durante la tramitación del proceso de adopción de un niño, niña o adolescente, y se vincula de manera directa con determinar si por el vínculo matrimonial que una al demandante con el padre o madre del menor de edad, y por la familia que se ha formado, es que debe proceder la adopción y las consecuencias que implica respecto de su vínculo familiar, constituyendo un requisito exigido por la ley especial para que una persona pueda adoptar como su hijo o hija a otra persona menor de edad, por lo que, es un requisito contenido en la norma que es de observancia obligatoria y plenamente aplicable al proceso de adopción por excepción.

c) En cuanto a la tercera regla (Efectuar una labor interpretativa exhaustiva): Al respecto, el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes indica que *“En vía excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción”*, lo que constituye un mandato expreso que se debe cumplir para que sea posible la adopción y por tanto excluye la posibilidad de que los requisitos enumerados en cualquiera de los supuestos en el citado artículo puedan ser cumplidos o no a discreción del Juzgador, sino que contienen exigencias que deben ser observadas de manera obligatoria previo a decidir sobre la adopción, por lo que, la norma contiene un mandato claro establecido como requisito y que no se puede soslayar en vía de interpretación.

d) En cuanto a la cuarta regla (Iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia):

d.1.) Se tiene la existencia de derechos del niño, niña o adolescente pasible de ser adoptado que entran en contraposición con la norma, y respecto de los cuales tendrá que aplicarse el test de proporcionalidad. Siendo ello así, se tiene, en cuanto al **derecho a la protección a la familia** que el mismo se encuentra contemplado en el primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993¹, mientras que a nivel supranacional, se tiene en cuanto al **sistema de adopción**, lo consagrado por el inciso a) del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño². De otro lado, como **derechos del niño a adoptar**, se han identificado los siguientes: En cuanto al **derecho fundamental a la identidad**, en la legislación nacional, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes³ y en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993⁴; mientras que a nivel supranacional, el mismo se encuentra contemplado en el artículo 7, incisos 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵; así como en el artículo 8, incisos 1 y 2 de la referida Convención⁶. Por su parte, y en cuanto al **derecho a vivir en familia**, este derecho se encuentra plasmado en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes⁷, asimismo, respecto al **derecho de protección especial del niño**, este derecho está

consagrado en el primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993⁸. Asimismo, se debe tener en cuenta el **Principio del Interés Superior del Niño**, que se encuentra contemplado en el inciso 1) del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹, así como en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes¹⁰. Por último, y en cuanto al sistema de adopción, existe pronunciamiento por parte de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 21 literal a¹¹.

d.2.) En el problema que se plantea sobre el cuestionamiento del requisito contenido en el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, reside en establecer si este requisito para la adopción que protege el derecho del niño, niña o adolescente de tener un lazo de parentesco con la pareja de su madre o padre en tanto no sean casados civilmente, atenta contra el derecho del niño a formar parte de una familia (en sentido amplio), derecho a su identidad dinámica y el Principio del Interés Superior del Niño y de ser así, si corresponde inaplicar la norma. Se tiene en cuenta, que las uniones de hecho conforman una familia que merece protección constitucional, más aún si estas han cumplido con todos los requisitos para su reconocimiento formal y cuentan con la debida inscripción registral. Siendo así, y aplicando

¹ Artículo 4: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).

² Artículo 21: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

³ Artículo 6: El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

⁴ Artículo 2: Inciso 1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

⁵ Artículo 7: Inciso 1.- El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Inciso 2.- Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

⁶ Artículo 8: Inciso 1.- Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Inciso 2.- Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

⁷ Artículo 8: 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 padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

⁸ Artículo 4: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).

⁹ Artículo 3: Inciso 1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁰ Artículo IX: En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

¹¹ Artículo 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y, a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

criterios objetivos y razonables para estos casos en concreto, se advierte que el niño, niña o adolescente, por la convivencia continua de su madre o padre con la parte demandante en los procesos de adopción por excepción, pueden llegar a identificarse plenamente con la parte demandante (identidad dinámica), y que juntos conforman un hogar (y una familia) donde el menor de edad se viene desarrollando, desenvolviéndose entonces en un ambiente que le es favorable para su desarrollo y para su Interés Superior.

De esta manera, se tiene que el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia y respetando la identidad dinámica que ha desarrollado, formando parte de ella los lazos que haya podido formar con el conviviente de su padre o madre biológicos, puede realizarse accediendo al pedido de adopción por excepción formulado por la persona que se ha identificado con el menor de edad y ha formado una familia, es que la restricción contenida en el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes debe ceder frente a los derechos del menor de edad, derechos reconocidos que además deben ser garantizados con mayor intensidad teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño como principio para su interpretación y también como derecho que obliga a considerar todo lo que le sea más favorable.

CONCLUSIONES

- Existe un pluralismo familiar, por lo que, tanto la familia matrimonial como la unión de hecho reconocida legalmente, gozan de protección por mandato constitucional. De esta manera, el Estado no solo tutela a la familia matrimonial, ya que se debe tomar en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales.
- Los miembros de una unión de hecho reconocida, ven un obstáculo cuando quieren iniciar un proceso de adopción por excepción de un menor de edad, porque los supuestos legales según el inciso a) del artículo 128 Código de los Niños y Adolescentes no contemplan la posibilidad de que se acceda a la adopción por excepción por parte de uno de los convivientes.
- En tanto no se logre una modificación legislativa que permita la adopción por excepción de los miembros de una unión de hecho reconocida, es que resulta necesario aplicar el control difuso para permitir que convivientes puedan adoptar al hijo o hija de su conviviente como su propio hijo, garantizando de esta manera el derecho del niño de vivir en una familia y también garantizando la protección a la familia a la que la Constitución se refiere.
- Para la aplicación del control difuso, se deben observar reglas que constituyen doctrina jurisprudencial vinculante, entre ellos la identificación de los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto para así poder aplicar el test de proporcionalidad entre la exigencia del inciso a) del artículo 128 Código de los Niños y Adolescentes y el derecho del niño, niña o adolescente derecho del niño a formar parte de una familia, el derecho a su identidad dinámica y el Principio del Interés Superior del Niño.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- [1]. Aguilar Llanos, B. (2013). *Derecho de Familia*. Ediciones Legales EIRL.
- [2]. Amado Ramírez, E. (2021). *Derecho de Familia*. Grupo Editorial Jurídica Legales Perú EIRL.
- [3]. Calderón Beltrán, J.E. (2015). *Uniones de Hecho, Efectos Matrimoniales, Personales, Derechos Sucesorios y su Inscripción Registral*. Adrus D&L Editores SAC y Grupo Editorial Cromeo.
- [4]. Castillo Freyre, M. (2023). *Derecho de Familia*. Tomo I. Gaceta Jurídica SA.
- [5]. Congreso Constituyente Democrático (1993, 29 de diciembre). *Constitución Política del Perú de 1993*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>
- [6]. De la Cuba Chirinos, C. (2020). *Los Derechos de la Infancia y Adolescencia en los Procesos de Familia*. Instituto Pacífico SAC.
- [7]. División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2014). *El Código Procesal Explicado en su Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II. Gaceta Jurídica SA.
- [8]. Expediente 1618-2016-Lima Norte <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/arweb/EXP1618-2016-LN.pdf>
- [9]. Ibarra Delgado, D. (2016). *Código Procesal Civil Comentado por los Mejores Especialistas*. Tomo III. Gaceta Jurídica SA.
- [10]. Plácido Vilcachagua, A.F. (2017). *Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las Uniones Estables en la Doctrina y en la Jurisprudencia*. Instituto Pacífico SAC.
- [11]. Presidencia de la República. (1984, 24 de julio). Decreto Legislativo N° 295. *Código Civil*. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00295.pdf>
- [12]. Rioja Bermúdez, A. (2016). *Constitución Política Comentada y su Aplicación Jurisprudencial*. Jurista Editores.
- [13]. Sentencia 06572-2006-PA/TC <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>
- [14]. Sentencia 06572-2006-PA/TC <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>
- [15]. Torres Vasquez, A. (2011). *Código Civil*. Tomo I. Idemsa Editorial Moreno SA.
- [16]. Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia, Derecho de la Filiación*. Tomo IV. Gaceta Jurídica SA.
- [17]. Vega Mere, Y. (2019). *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia, Familias de Hecho, Ensambladas y Homosexuales*. Motivensa SRL.

Recibido el 11 de noviembre del 2024 y aceptado para su publicación el 15 de diciembre del 2024.