Proyecto de Ley N° 467/2021-CR

CONGRESO de la REPÚBLICA

WILMAR ALBERTO ELERA GARCIA
CONGRESISTA DE LA REPUBLICA

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
18 OCT 2021
RECIBIDO
Firma ____ Hora 1:28pm

PROYECTO DE LEY DE FORTALECIMIENTO SOBRE LA TENENCIA Y ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

El congresista de la República, **WILMAR ALBERTO ELERA GARCIA**, integrante del grupo parlamentario Somos Perú – Partido Morado, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa reconocido en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y, en concordancia con el inciso c) del artículo 22, artículo 67, 75 y 76 del Reglamento del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley.

FÓRMULA LEGAL

LEY DE FORTALECIMIENTO SOBRE LA TENENCIA Y ADOPCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene entre sus objetos, modificar parcialmente las condiciones necesarias para obtener judicialmente la tenencia en cualquiera de sus modalidades, ya sea provisional o final, así como, fortalecer los mecanismos de adopción por excepción, todo ello con la finalidad de amparar el interés superior del niño, niña y adolescente.

Artículo 2.- Modificación de artículos del Código de los Niños y Adolescentes

Modifíquese los artículos 84, 87, 91, 97 y 128 del Código de los Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

Artículo 84°.- Facultad del Juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia en cualquiera de sus modalidades, el Juez priorizará, bajo responsabilidad, lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.

b) El cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre o madre solicitante.

Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez considerará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener el contacto con el otro progenitor.

Artículo 87.- Tenencia provisional

Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si la integridad física del niño, niña y adolescente estuviese en peligro, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas.
En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.
Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia.
No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.

Artículo 91.- Incumplimiento del régimen de visitas

El incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación podrá tramitarse ante el juez que conoció el proceso de tenencia o a través de un nuevo proceso.

Artículo 97.- Impedimento

El padre o madre sentenciado por alimentos no podrá iniciar un proceso posterior de tenencia respecto al hijo favorecido, salvo causa debidamente justificada, lo que deberá ser debidamente motivado por el juez, bajo responsabilidad.

Artículo 128°.- Excepciones

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.
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; y,

c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- La presente ley surtirá efectos al día siguiente a su publicación en el Diario Oficial El Peruano, así como, tendrá efectos para aquellos procesos con anterioridad a la publicación de la presente ley, en atención al interés superior del niño, niña y adolescente.

SEGUNDA.- Deróguese cualquier norma que se oponga a la presente ley.

Lima, 16 de Setiembre del 2021

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: JERI ORE Jose Enrique FIR 44103082 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21/09/2021 11:05:58-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: ELERA GARCIA Wilmar Alberto FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: [illegible]

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: VALER PINTO Hector FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/09/2021 11:58:46-0500

WILMAR ALBERTO ELERA GARCIA
Congresista de la República

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: JERI ORE Jose Enrique FIR 44103082 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21/09/2021 11:05:27-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: SAAVEDRA CASTERNOQUE Hitler FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/09/2021 12:14:21-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: ALCARRAZ AGUERO Yorel Kira FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23/09/2021 16:35:18-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: AZURIN LOAYZA Alfredo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 13/10/2021 16:00:22-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **19** de **octubre** del **2021**
Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 467** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:
1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

HUGO ROVIRA ZAGAL
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

1.- Antecendentes Normativos:

a. Mediante Ley N° 29269 de fecha 4 de octubre de 2008, se modificaron diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, entre ellos los artículos 81 y 84, siendo el texto anterior a dichas modificaciones el siguiente:

> ***"Artículo 81.- Tenencia.-***
> *Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento".*
>
> ***"Artículo 84.- Facultad del Juez.-***
> *En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:*
> *a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;*
> *b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y*
> *c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas.*

b. A través de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1297, de fecha 29 de diciembre de 2016, se dispuso la modificación de diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, siento el texto del artículo 128 anterior a su modificación, el siguiente:

> ***Artículo 128.- Excepciones.-*** *En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin*

que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, 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;

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; y

c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años.

2.- Legislación Comparada:

España

Código Civil

"Artículo 92

(..)

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

(...)

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

(...)

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior".

"Artículo 103

(...)

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

(...)

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial

habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma".

Francia

Ley relativa a la patricia potestad y custodia compartida

Ley N° 2002-305 del 4 de marzo de 2002

Artículo 4 IV.-Antes del artículo 373-3 del mismo Código Civil se insertará un párrafo 3 formulado en los términos siguientes: De la intervención del juez en los asuntos de familia

"Art. 373-2-6.-El juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia tramitará los casos que se le sometan en virtud del presente capítulo, velando especialmente por la protección de los intereses de los hijos menores.
El juez podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres. En particular, podrá ordenar que se inscriba en el pasaporte de los progenitores la prohibición de salir del territorio francés sin autorización de ambos padres.
(...)
Art. 373-2-9.-En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.
Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.
(...)

Art. 373-2-11.-Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta:

1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;

2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;

3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;

4º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse;

5º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Art. 373-2-12.- Antes de adoptar cualquier decisión sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o la custodia de los niños por un tercero, el juez podrá encargar a una persona calificada la realización de un informe social, cuyo objetivo será reunir datos sobre la situación de la familia y las condiciones en que viven y se educan los niños. Si uno de los padres impugna las conclusiones del informe social, el juez podrá, a instancia suya, ordenar la realización de un contrainforme. El informe social no podrá utilizarse en el debate sobre la causa del divorcio.

(...)

Artículo 5 Del ejercicio de la patria potestad por los padres separados

II.- El artículo 373-2 del mismo Código [Civil] se formulará en los términos siguientes:

Art.373-2.- La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad. Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor. Todo cambio de residencia de uno de los progenitores, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez

de familia que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para el mantenimiento y la educación del niño.

III - A continuación del artículo 373-2 del mismo Código, se insertarán cinco artículos, numerados del 373-2-1 al 373-2-5 y expresados en los términos siguientes: Art. 373-2-1.- Si el interés del niño lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores. El ejercicio del derecho de visita y de acogida domiciliaria de los hijos no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves. Este segundo progenitor conserva el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño, deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor y deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2".

Italia

Ley de custodia compartida – modificación del artículo 155 del Código Civil

"Articulo 1. (Modificaciones del código civil) 1. Modificaciones del artículo 155 del código civil: "Articulo 155. - (Medidas) – También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre).

En relación al primer punto, el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación. El juez,

además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos.

La patria potestad se otorga a ambos progenitores. Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez.

Solo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente. Salvo acuerdos diferentes libremente subscriptos por las partes, cada uno de los padres tendrá que proveer al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus ingresos; el juez establecerá, si es necesario, un pago periódico para realizar el principio de proporcionalidad, a determinar teniendo en cuenta:

1) las necesidades actuales del hijo;

2) el tenor de vida disfrutado por el hijo durante la convivencia con ambos padres;

3) los tiempos de estancia con cada uno de sus padres;

4) los ingresos de ambos progenitores;

5) el valor económico de las tareas domésticas y del cuidado del hogar realizados por cada progenitor.

(...)

Artículo 155-bis. - (Custodia otorgada a uno solo de los padres y desacuerdo relativo a la custodia compartida) – El juez puede otorgar la custodia de los hijos a solo uno de los padres en caso de que considere, con medida motivada, que la custodia al otro progenitor pueda perjudicar el interés del menor. Cada uno de los padres, en cualquier momento, puede pedir la custodia exclusiva cuando existan las condiciones presentes en primer punto. El juez, si acepta la demanda, puede otorgar la custodia exclusiva al progenitor en manera inmediata, salvaguardando los derechos del menor presentes en el primer parágrafo del artículo 155. Si la demanda

resulta sin fundamento, el juez tendrá en cuenta la actitud del progenitor demandante para determinar las medidas a adoptar en el interés de los hijos, sin modificar la aplicación del artículo 96 del código civil".

(...)

Chile

Ley 19620 – Dictan normas sobre la adopción de menores

"Artículo 7º.- El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable. Estas actividades la realizarán el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste a través de profesionales expertos y habilitados en esta área. Comprende principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del menor, la recepción y el cuidado de éste, la evaluación técnica de los solicitantes y la preparación de éstos como familia adoptiva, a cuyo efecto les corresponderá acreditar la idoneidad requerida en el artículo 20 de esta ley.

Para estos efectos, se entiende por familia de origen los parientes consanguíneos a que se refiere el artículo 14 y, a falta de ellos, a quienes tengan bajo su cuidado al menor".

"Artículo 21.- En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar.

Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7º.

Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal".

3.- Jurisprudencia Nacional

Corte Suprema de Justicia de la República

Sentencia de la Corte Suprema, Sala Civil Transitoria N° 870-2007, 1 de abril de 2008, F.j. N° 4°, 5° y 10°

"Cuarto.- Que, la naturaleza del proceso seguido por las partes es tutelar, esto es, un proceso judicial de tenencia al que se le aplica el numeral IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual establece: 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; por su parte el interés superior del niño puede definirse como el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritualidad sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etcétera, que también influyen en los medios elegibles".

"Quinto.- Que, siendo esto así, las normas tutelares y los efectos de las sentencias, en donde se discutan los intereses y derechos de los niños deben ceñirse a esta regla e interpretarse de la manera en que mejor se adecue a la protección del menor;"

"Décimo.- Que, aún cuando la naturaleza de la disposición antes aludida es de contenido adjetivo, dada que se discuten pretensiones tutelares, esto es, protectora de los menores, es pertinente que este Supremo Tribunal señale que las disposiciones legales sobre menores deben ser interpretadas de la manera más beneficiosa para los menores y no en sentido restrictivo sino, por el contrario, en forma lata y extensiva; siendo esto así, cuando el legislador ha establecido que, para que se configure la variación inmediata del régimen de tenencia del menor, éste debe ceñirse a los elementos probatorios descritos por las partes, los mismos que son calificados, por las instancias y que no son susceptibles de revisión en sede casatoria, más pueden ser mencionados por el Supremo Tribunal;"

Sentencia de la Corte Suprema, Sala Civil Transitoria N° 4704-2018, 31 de julio de 2019, F.j. N° 1°.

"PRIMERO. El principio de interés superior del niño
(...)
4. Por consiguiente, el Interés Superior del Niño, que es principio interpretativo y norma de procedimiento, exige, como tal, considerar caso a caso los hechos y la situación del menor afectado; elegir, entre las múltiples posibilidades interpretativas, la situación que más conviene a su cuidado, protección y seguridad, y adoptar una decisión que estime las posibles repercusiones en él".

<u>Tribunal Constitucional</u>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1817-2009-PHC/TC, 7 de octubre de 2009, F.j. N° 5, 7, 9

5.- "Teniendo presente el sentido normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos transcritos, este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados,

necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después nacimiento. Este énfasis tuitivo se debe a su condición de dignidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, e por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquica, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos. De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos".

7.- "En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado".

9.- "En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con

este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

4.- Sustentación Técnica

Sobre el interés superior del niño

La Sociedad de las Naciones, organismo internacional creado el 28 de junio de 1919 a través del Tratado de Versalles, aprobó en 1924 la Declaración de Ginebra, instrumento histórico que marcaba la pauta sobre el reconocimiento y existencia de los derechos de los niños y niñas, siendo pilares fundamentales de dicha declaración, el bienestar del niño y el deber de los adultos a proteger y socorrer los derechos de la niñez.

Posterior a ello, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó por unanimidad, la Declaración de los Derechos del Niño, conteniendo diez principios motores, entre los que destaca:

> ***"Principio 2***
> *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".*

Mediante Resolución Legislativa N° 25278, el Congreso de la República del Perú aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por el Perú con fecha 26 de enero de 1990.

En dicha convención se consagran las medidas que deben establecerse bajo la especial atención del interés superior del niño, resaltándose lo siguiente:

> ***"Artículo 3***

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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

(...)

"Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres

de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

(...)

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

(...)

Bajo estas líneas de acción, nuestra Constitución Política prevé en su artículo 4 la protección a la familia, estableciendo que:

"Artículo 4.- *Protección a la familia. Promoción del matrimonio. 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".*

Del mismo modo, en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se dispone:

"Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-

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".

Como puede verse, tanto la legislación nacional, legislación comparada, y los distintos convenios suscritos con organismos internacionales, salvaguardan como principio rector de

protección, la aplicación y atención de medidas que prioricen la efectiva tutela del interés superior del niño, niña y adolescentes.

Dicho esto, el presente proyecto de ley busca fortalecer la efectivización de medidas relacionadas a la tenencia de los niños y adolescentes y el proceso judicial de adopciones, sobreponiendo como precepto de aplicación, el interés superior del niño, niña y adolescentes.

Sobre la modificación de los Arts. 84, 87, 91 y 97 del Código de los Niños y Adolescentes

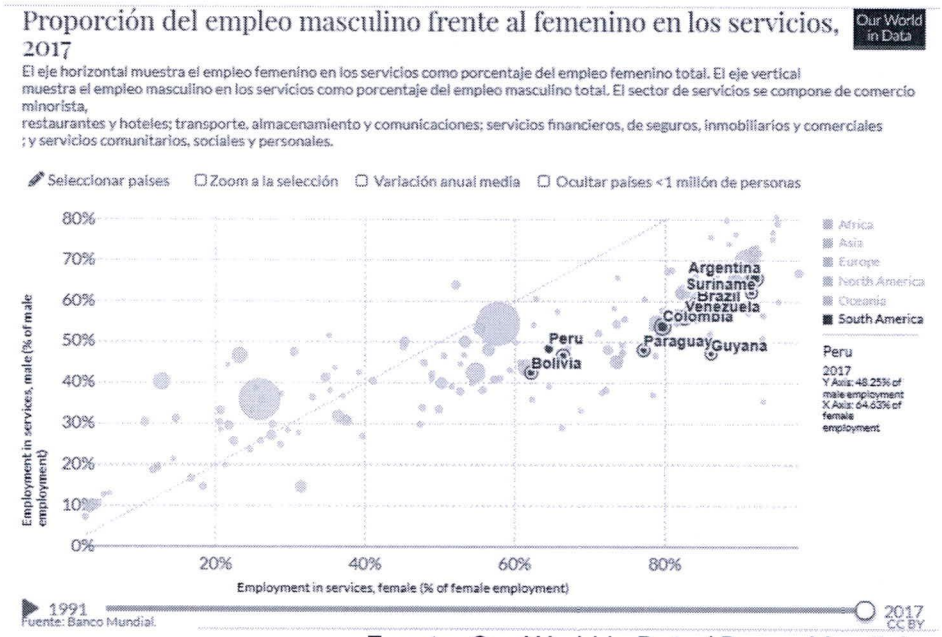
Una de las principales características de la sociedad es su constante dinámica y transformación con el transcurrir del tiempo. Esto implica que, ciertas costumbres y quehaceres cotidianos no se han mantenido estáticos y, por el contrario, han sido materia de cambio y evolución de acuerdo a los niveles de desarrollo que se han venido suscitando en las diversas sociedades que conforman nuestra humanidad.

El siglo XX ha sido un fiel reflejo de ello, alcanzándose notables avances en el campo científico, así como, en la consagración de derechos fundamentales y el respeto y entendimiento de la igualdad de los seres humanos, obteniéndose niveles de desarrollo nunca antes vistos en la historia de la humanidad.

Estos avances sociales han reducido las brechas de acceso de las mujeres en educación, empleo y desarrollo profesional, las cuales antes de la primera mitad del siglo XX parecían imposibles de ser mitigadas.

Muestra de ello, en los siguientes gráficos se observan datos estadísticos respecto al empleo y mano de obra laboral de mujeres en nuestro país y la región.

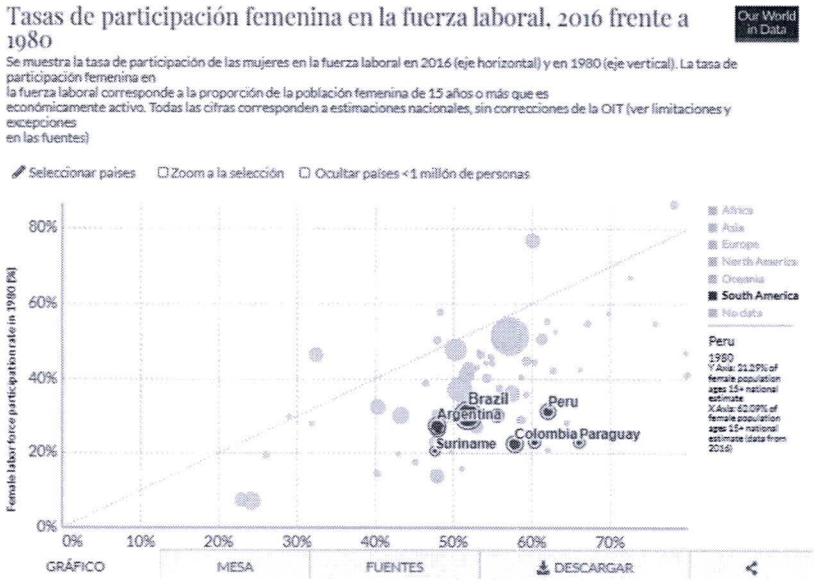
Gráfico 1



Fuente: Our World in Data / Banco Mundial

En el gráfico 1 se observa que la participación del empleo femenino en el sector servicios al año 2017, representa el 64.63% frente al 48.25% de hombres en dicho sector.

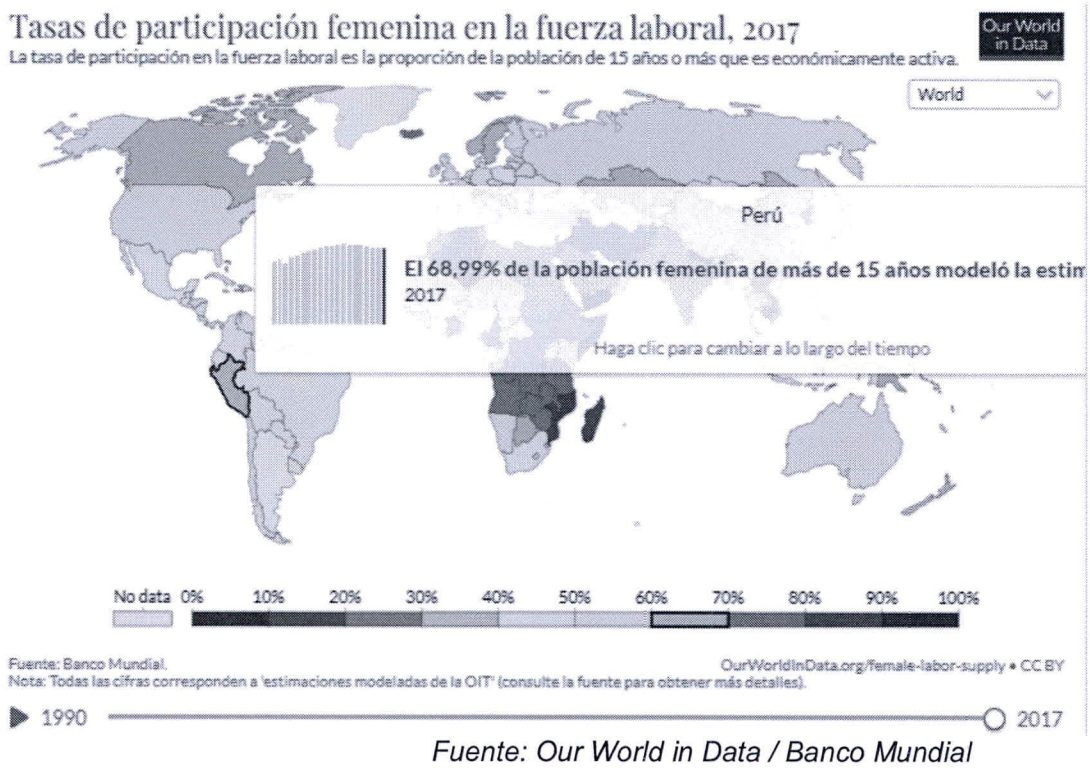
Gráfico 2



Fuente: Our World in Data / Banco Mundial

En el gráfico 2, se observa el incremento sostenido de la participación de mujeres en la fuerza laboral peruana entre 1980 (31.29%) y 2016 (62.09%).

Gráfico 3



Fuente: Our World in Data / Banco Mundial

En el gráfico 3 se aprecia la participación femenina en la fuerza laboral peruana al año 2017, la cual representa el 68.99% del total de mujeres activas, una de las tasas más altas de participación en la región.

Como se observa en la estadística, la participación de las mujeres en la fuerza laboral, tanto en nuestro país como en el mundo, ha ido incrementándose de manera significativa debido a muchos factores como la igualdad en la inserción educativa en los niveles primarios, secundarios, técnicos y superiores, yendo de la mano con el marco normativo que garantiza su inclusión, igualdad y respeto en los diversos sectores productivos de la economía.

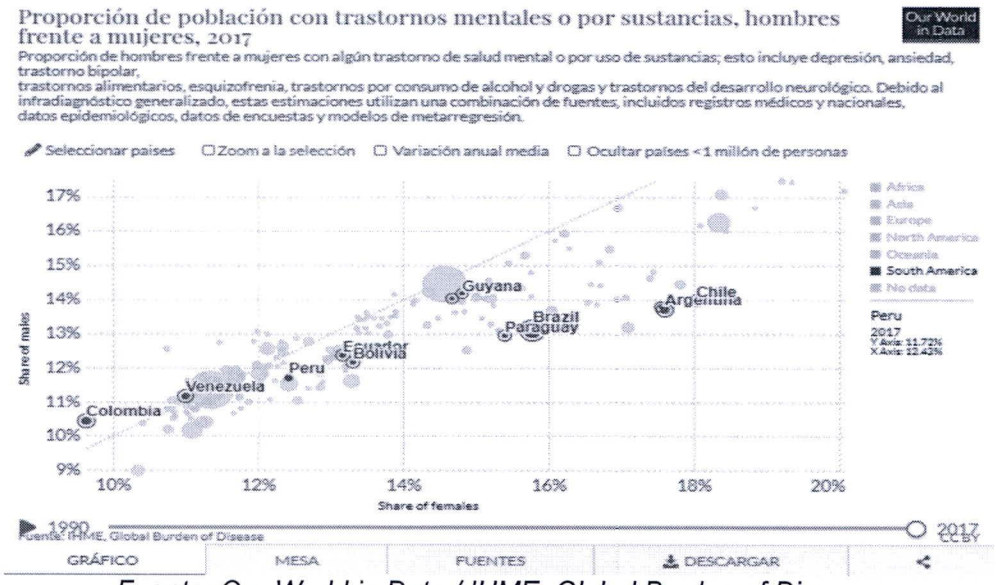
Bajo este escenario, en la actualidad tanto los hombres como las mujeres se encuentran paritariamente en la capacidad de ejercer labores de manutención y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, quedando atrás aquellos vestigios sociales en los que reservaban esta labor de manera exclusiva hacia las mujeres.

Sobre esto, y en concordancia con la legislación comparada descrita en el apartado II antes desarrollado, consideramos necesaria la modificación del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, basada en la exclusión del literal b) actual, puesto que, la responsabilidad familiar no debe sustentarse en una cuestión de género, sino por el contrario, por factores que acrediten la honorabilidad, responsabilidad y salubridad mental del progenitor que asumirá la tenencia del niño.

Es por ello, que se plantea la exclusión del citado literal b), sustituyéndose por una situación que deberá ser tomada en cuenta por el juzgador, la cual está relacionada con el cumplimiento de las obligaciones alimentarias del padre y/o madre solicitante, pues, como es lógico, la desidia o indolencia del peticionante en relación al cuidado alimentario de su menor, debe ser evaluado por el magistrado como condición al momento de dictar su decisión.

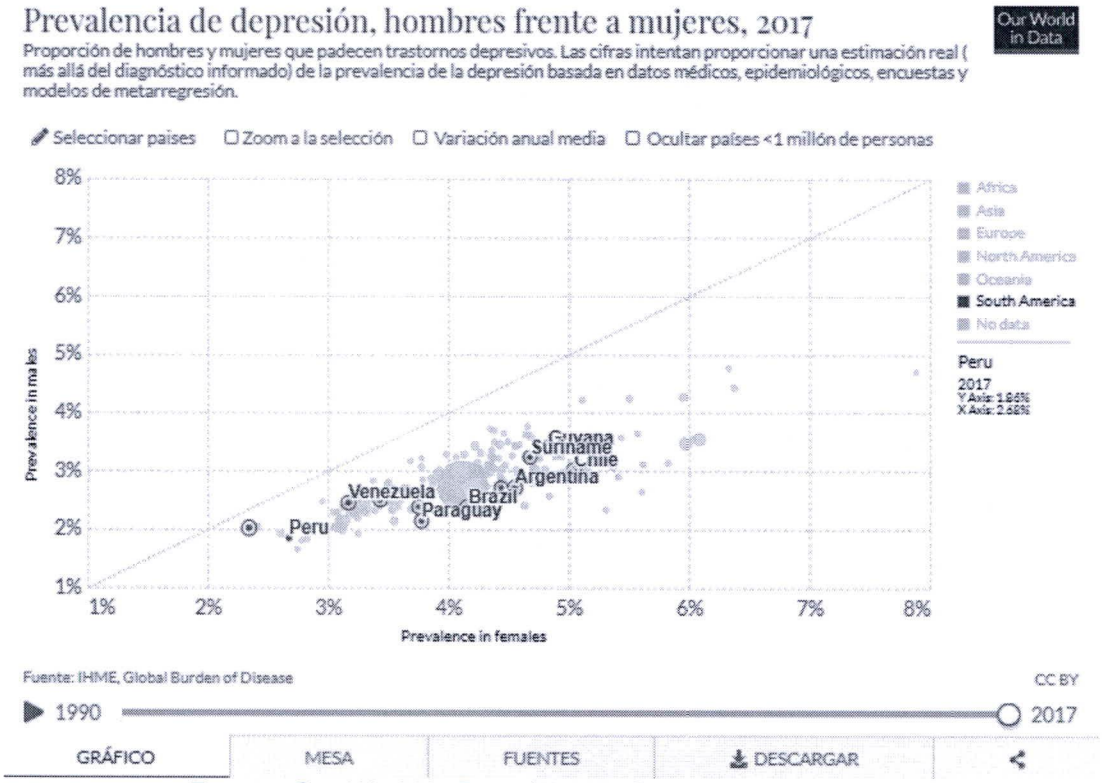
Por otra parte, cabe señalar que otra causal objetiva, sin mediar el género como elemento determinante, debe fundarse en la salud mental del padre y/o madre peticionante, pues como veremos en las siguientes gráficas, tanto hombres como mujeres se ven afectados por diversos trastornos que deben ser evaluados como factores cardinales en la decisión jurisdiccional.

Gráfico 4



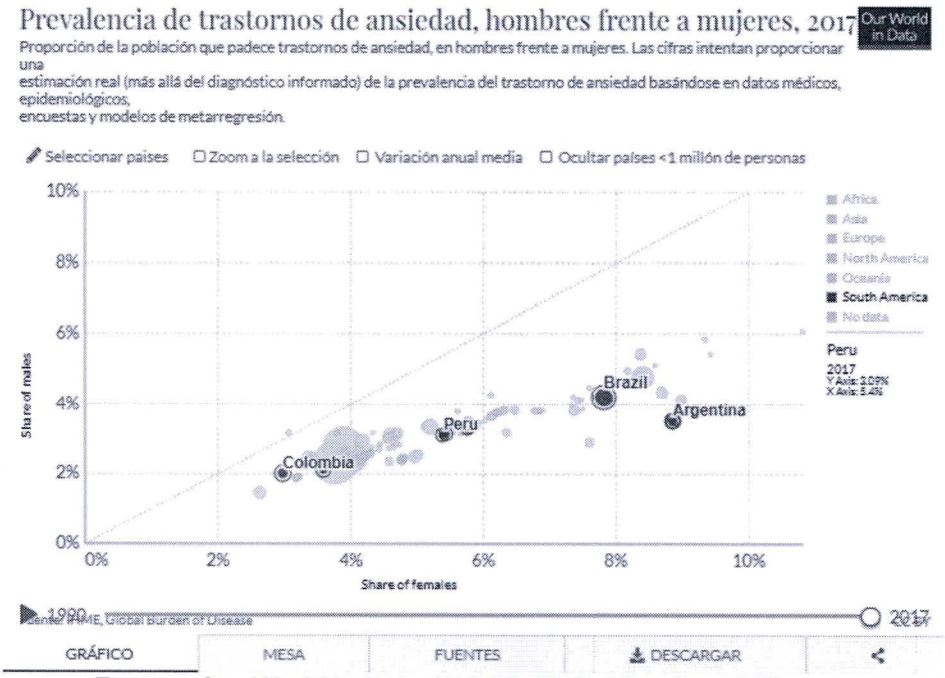
Fuente: Our World in Data / IHME, Global Burden of Disease

Gráfico 5



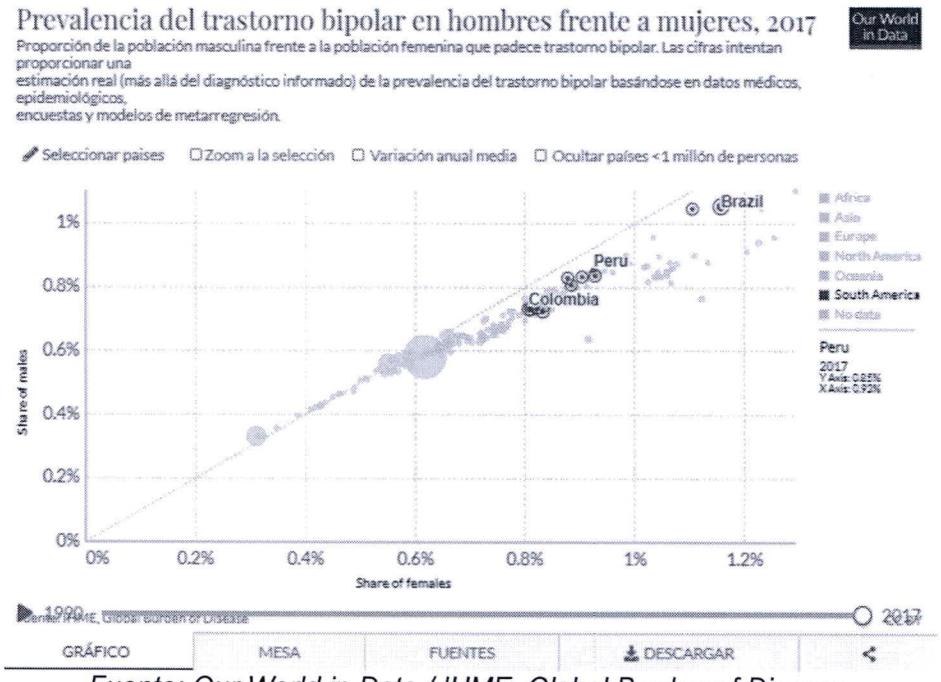
Fuente: Our World in Data / IHME, Global Burden of Disease

Gráfico 6



Fuente: Our World in Data / IHME, Global Burden of Disease

Gráfico 7



Fuente: Our World in Data / IHME, Global Burden of Disease

Tabla 1

Trastorno	Proporción de la población mundial con trastorno (2017) [diferencia entre países]	Número de personas con el trastorno (2017)	Proporción de hombres: mujeres con trastorno (2017)
Cualquier trastorno de salud mental	10,7%	792 millones	9,3% hombres 11,9% mujeres
Depresión	3,4% [2-6%]	264 millones	2,7% hombres 4,1% mujeres
Desórdenes de ansiedad	3,8% [2,5-7%]	284 millones	2,8% hombres 4,7% mujeres
Desorden bipolar	0,6% [0,3-1,2%]	46 millones	0,55% hombres 0,65% mujeres
Trastornos de la alimentación (anorexia clínica y bulimia)	0,2% [0,1-1%]	16 millones	0,13% hombres 0,29% mujeres
Esquizofrenia	0,3% [0,2-0,4%]	20 millones	0,26% hombres 0,25% mujeres
Cualquier trastorno mental o por uso de sustancias.	13% [11-18%]	970 millones	12,6% hombres 13,3% mujeres
Trastorno por consumo de alcohol	1,4% [0,5-5%]	107 millones	2% hombres 0,8% mujeres
Trastorno por consumo de drogas (excluido el alcohol)	0,9% [0,4-3,5%]	71 millones	1,3% hombres 0,6% mujeres

Fuente: Our World in Data / IHME, Global Burden of Disease

En virtud a lo expuesto, debe priorizarse el interés superior del niño no basado en aspectos de género, sino, en factores objetivos que debe priorizar el juez al momento de evaluar la solicitud del padre y/o madre, de acuerdo a los hechos y elementos que puedan acreditarse en el proceso judicial.

Del mismo modo, es de señalar que esta modificación también recae en el primer párrafo del artículo 87 del citado código, en atención a las razones expuestas precedentemente.

Por otra parte, la modificación del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes, se fundamenta en la implementación de medidas que efectivicen el interés superior del niño, siendo la simplificación de la tramitación judicial, una medida que busque la atención célere en favor del citado principio.

Esta razón de índole procesal, hace imperativa la modificación planteada a fin de permitir a los litigantes la atención de su solicitud de variación ante el juez que conoció el proceso de tenencia.

La citada medida resulta absolutamente pertinente ante el contexto actual de sobrecarga procesal que aqueja a los juzgados especializados en familia, tal como se observa en la siguiente información estadística del Poder Judicial.

Gráfico 8

PODER JUDICIAL: TOTAL, DE PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD, AL INICIO DE CADA AÑO, ENERO / 2019-21

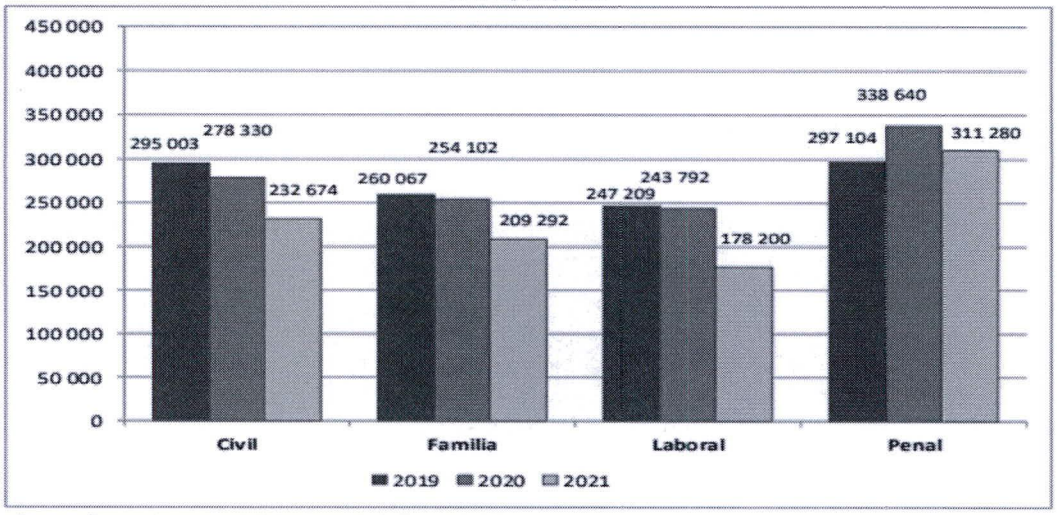
Actualizado al 21/04/2021

Especialidad	Procesos Pendientes			Variación 2021/20	
	2019	2020	2021	Diferencia	%
	(A)	(B)	(C)	(D) = (C)-(B)	(E)=(D/B)%
Civil	295 003	278 330	232 674	- 45 656	-16.4%
Familia	260 067	254 102	209 292	- 44 810	-17.6%
Laboral	247 209	243 792	178 200	- 65 592	-26.9%
Penal	297 104	338 640	311 280	- 27 360	-8.1%
Total	**1 099 383**	**1 114 864**	**931 446**	**- 183 418**	**-16.5%**
Plazo de Impugnación	**667 498**	**694 109**	**769 263**		

Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación

Gráfico 9

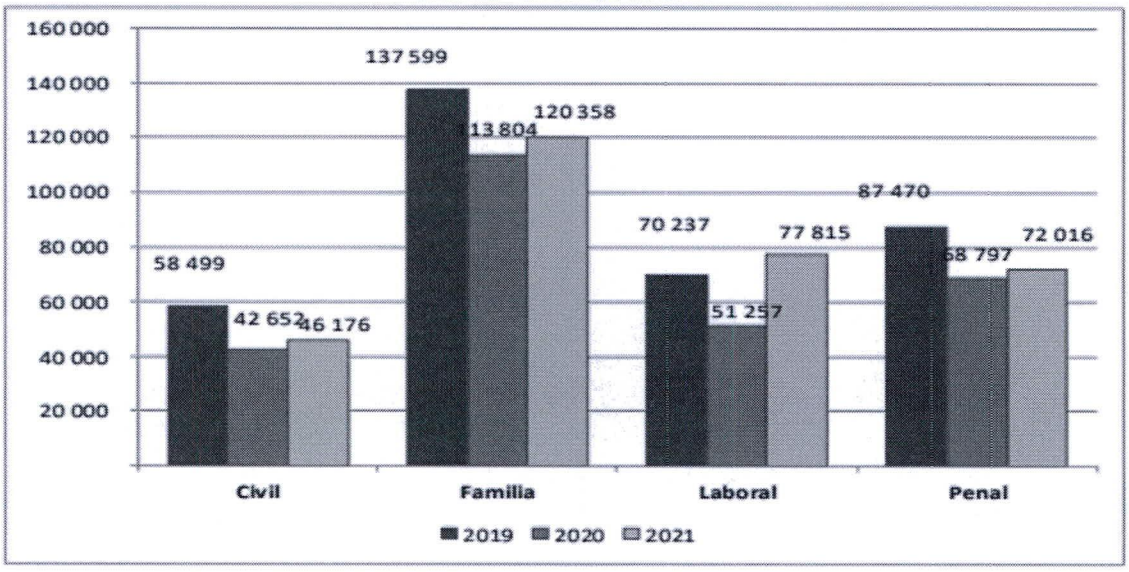
PODER JUDICIAL: PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD, ENERO / 2019-21



Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación
Nota: Información actualizada al 21/04/2021

Gráfico 10

PODER JUDICIAL: PROCESOS INGRESADOS EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD, ENERO - MARZO / 2019-21



Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación
Nota: Información actualizada al 21/04/2021

Finalmente, en relación a la modificación propuesta del artículo 128, se busca restituir el literal c) que fuera excluido en la modificación establecida en la Primera Disposición

Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1297 de fecha 29 de diciembre de 2016, dado que, como veremos en la información estadística que mostraremos en las siguientes líneas, dicha modificación no ha cumplido su finalidad legislativa, desprotegiéndose bajo la vía de excepción, a menores que puedan ser sujetos a procesos de adopción ante el juez especializado, y cuyos solicitantes sean aquellos que prohijaron con el menor o hayan convivido con él durante un periodo no menor de dos años, situación que se ve de manera recurrente en nuestro país.

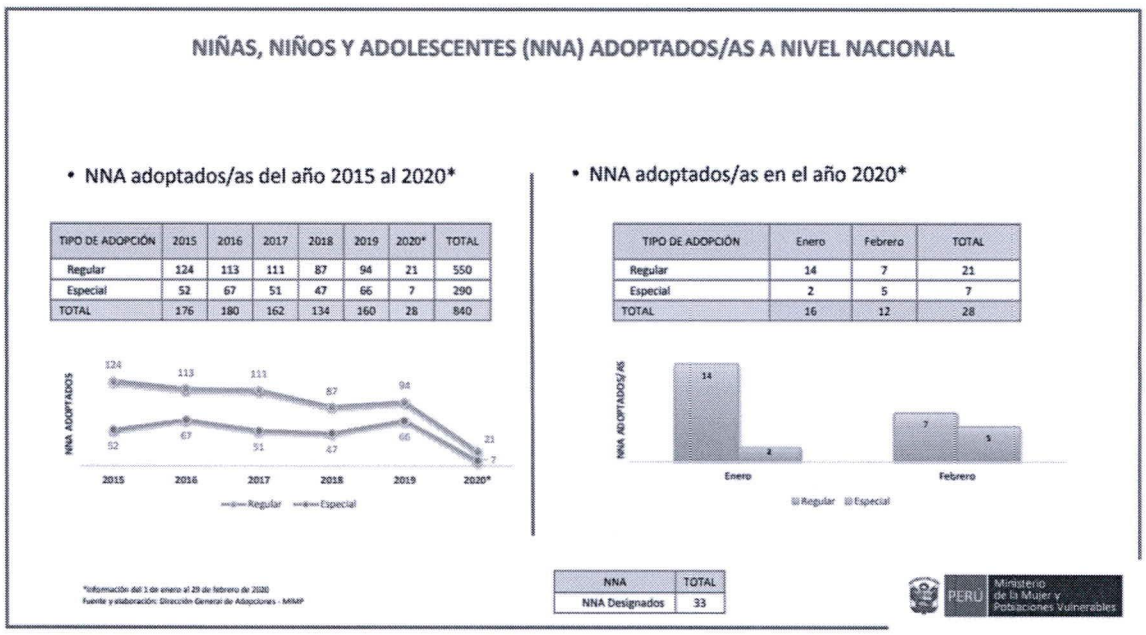
Cabe señalar que mediante la Ley N° 30506, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo por el plazo de 90 días, la facultad de legislar en diversas materias, incluyendo la de seguridad ciudadana, a fin de adoptar medidas relacionadas a la prevención social de la delincuencia y participación ciudadana.

Bajo este marco, el Decreto Legislativo N° 1297 sostuvo que para combatir la inseguridad ciudadana es necesario solucionar sus causas, siendo una de ellas la desprotección familiar

de niñas, niños y adolescentes, razón por la que, el referido dispositivo legal buscaba implementar medidas para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos, como elemento cardinal de la política pública de prevención social del delito.

No obstante a los fines perseguidos por la citada norma, vemos en la estadística que los niveles de adopción han sufrido una clara tendencia de descenso, sumado al hecho que, aún persisten en nuestra sociedad altos índices de infractores de la ley penal (cometidos por adolescentes), por lo que, consideramos que dicho decreto legislativo en lo relacionado a la exclusión del literal c) contenido en la redacción del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, no ha sido eficaz en atención a los fines perseguidos y por el contrario, ha generado detrimento que debe ser corregido a través del presente mecanismo legislativo; todo ello bajo el objeto de consagrar el interés superior de nuestros niños y adolescentes.

Gráfico 11



TIPO DE ADOPCIÓN	2015	2016	2017	2018	2019	2020*	TOTAL
Regular	124	113	111	87	94	21	550
Especial	52	67	51	47	66	7	290
TOTAL	176	180	162	134	160	28	840

TIPO DE ADOPCIÓN	Enero	Febrero	TOTAL
Regular	14	7	21
Especial	2	5	7
TOTAL	16	12	28

*Información del 1 de enero al 29 de febrero de 2020
Fuente y elaboración: Dirección General de Adopciones - MIMP

Fuente: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La presente propuesta legislativa propone modificar los artículos 84, 87, 91, 97 y 128 del Código de los Niños y Adolescentes, a efectos de adoptar condiciones y medidas que salvaguarden y atiendan el interés superior de los niños y adolescentes en materia de tenencia y adopción judicial en vía de excepción.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irrogará gasto alguno al Estado, pues, por el contrario, consolidará medidas que fortalezcan y amparen con efectividad el interés superior de nuestros niños, niñas y adolescentes, en beneficio de la familia, ciudadanía y las diversas estructuras sociales que componen nuestra sociedad.

IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa guarda relación con el **segundo objetivo** del Acuerdo Nacional, referido a la *Equidad y Justicia Social*, en lo concerniente a su **Política Nº 16** – *Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud*, en vista que, el proyecto busca fortalecer medidas que garanticen el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, consagrando como principio rector, la efectiva tutela de su interés superior.