

Fall March 28, 2017

Protección al menor. Nuevo régimen frente al desamparo familiar

Enrique Varsi, Dr.



This work is licensed under a [Creative Commons CC_BY International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



SELECTEDWORKS™

Available at: https://works.bepress.com/enrique_varsi/56/



**ENRIQUE
VARSI
ROSPIGLIOSI**

Abogado. Socio de Rodríguez Angobaldo Abogados.



**ELIZABETH
LÓPEZ
GARCÍA**

Miembro de la Unidad de Investigación del Área de Derecho de Familia del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados



**ANDREA
HUERTAS
CÁCERES**

Miembro de la Unidad de Investigación del Área de Derecho de Familia del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados



**LUIS
DASSO
VILLAFUERTE**

Miembro de la Unidad de Investigación del Área de Derecho de Familia del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados

ALTERNATIVA AL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN

Nuevo régimen de protección al menor

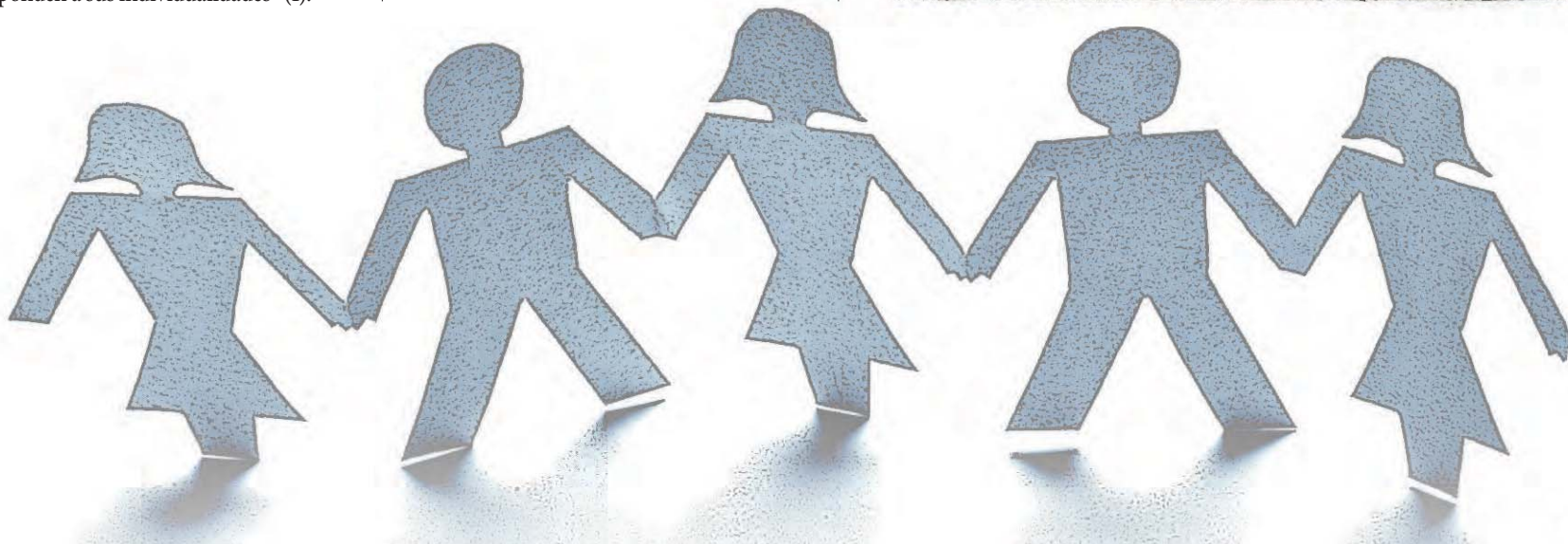
En nuestro ordenamiento jurídico, el tratamiento de la familia en el Código Civil abarca un total de 426 artículos (en estricto desde el 233 al 659). El desarrollo que encontramos en dicho cuerpo normativo se limita al funcionamiento jurídico del núcleo social de la sociedad civil (matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, etcétera). Sin embargo, el contenido de ello resulta insuficiente frente al niño o adolescente que se encuentra en riesgo cuando la familia no cumple su rol social básico, de ser un elemento que brinde protección en el desarrollo del menor.

El Instituto Interamericano del Niño define como una situación de riesgo del menor a “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades” (1).

¿Cómo se cautelan los derechos del menor dentro del seno de una familia? El nuevo régimen de protección al menor en situación de desamparo familiar busca afinar el enfoque conceptual y reunir en un solo cuerpo normativo un sistema integral para cautelar la llamada situación de riesgo y la desprotección familiar de las niñas, niños y adolescente.

Rol del Estado

En el Perú siempre se ha manejado el concepto de ‘abandono’ como el resultado final de la vulneración de los derechos de un niño a crecer y a desarrollarse dentro de un ambiente familiar. A razón de ello, en virtud al artículo 127 del Código de los Niños y Adolescentes se requiere una declaración judicial de abandono, antes de poder iniciar el proceso de adopción. La adopción es el último recurso legal disponible para brindar un ambiente familiar donde pueda desarrollarse una persona. El referido artículo modificado



Adopción ante la desprotección

■ La adopción es el resultado final frente a la desprotección familiar. En muchos casos resulta ser la única alternativa para poder restituir los derechos del menor a gozar de un desarrollo integral dentro de un ambiente familiar. Se requiere la declaración judicial de desprotección familiar y adoptabilidad. El nuevo régimen de protección al menor en estado de desprotección elimina el conflicto entre 'familia acogedora' y la adopción.

Previamente, existía un impedimento expreso, una familia acogedora no podía adoptar.

■ Queda establecido que la adopción por parte de una familia acogedora resulta excepcional, pero en el sentido práctico termina siendo una nueva modalidad de adopción. La cual permite a las familias acogedoras ir 'evaluando' a los diferentes menores que les son asignados en tutela, hasta que finalmente sientan que armonizan

con alguno de ellos y promueven que se declare la desprotección familiar solicitando la adopción del menor en cuestión.

■ También se ha plasmado el procedimiento ordinario de adopción. Entre los artículos 123 y 147 se ha reunido el procedimiento administrativo de adopción. No se presentan mayores variaciones al mismo frente a lo que previamente se solía regular en el Código de los Niños y Adolescentes.

por el Decreto Legislativo N° 1297 (2), responde al siguiente texto: "La adopción de niños o de adolescentes solo procede una vez declarado judicialmente el estado de desprotección familiar y adoptabilidad, salvo los casos previstos en el artículo 128 del presente Código."

Consideramos que no se trata de una modificación antojadiza sino que dicho cuerpo normativo replantea la reivindicación de los derechos vulnerados de los menores que se encuentran en una situación de riesgo y, más aún, de aquellos que puedan recaer en una situación de desprotección familiar.

El tratamiento de la desprotección familiar resulta esencial dentro de cualquier sociedad, dado que la responsabilidad parental implica derechos y deberes respecto al desarrollo integral de los hijos; sin embargo, cuando esta vulneración de derechos se concreta, compete al Estado brindar las herramientas legales necesarias para velar por los intereses de los menores.

Es la propia norma objeto de análisis la encargada de darle contenido tanto a la situación de riesgo de desprotección familiar como a la propia situación de desprotección familiar.

Novedosa estructura protectora

Actualmente, la tutela del desarrollo integral de los menores se encuentra distribuida entre el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley de Acogimiento Familiar (3), el Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar (4), la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono (5) y la Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes (6). Por lo tanto, el primer gran logro del Decreto Legislativo N° 1297, cuando se expida su respectivo Reglamento, será la concentración de la normativa pertinente en un solo cuerpo legal.

La estructura que presenta el nuevo cuerpo normativo es la siguiente:

1. Definiciones, derechos, obligaciones, sujetos.
2. Actuaciones frente al riesgo o desprotección familiar.
3. Procedimiento de declaración de desprotección familiar.
4. Medidas de protección declarada la desprotección familiar.
5. Adopción.
6. Acogimiento de hecho.
7. Disposiciones Complementarias

El objetivo primordial del instrumento legal analizado es el restablecimiento del vínculo familiar dentro de la familia de origen, por lo que busca recomponer y restablecer los derechos de los menores mediante medidas de protección que no impliquen la remoción del menor del seno familiar, siempre que ello sea posible.

Uno de los mayores aportes que puede apreciarse en este nuevo régimen es el establecimiento de plazos expeditivos para llevar adelante cada una de las etapas que buscan restablecer el derecho de las niñas, niños y adolescentes a un desarrollo integral dentro de un ambiente familiar.

Cada etapa busca atender las necesidades del menor, según el grado de afectación al cual se enfrenta y las opciones que se presentan. Asimismo, se busca controlar las situaciones de riesgo dentro del propio seno familiar, ante la desprotección se ofrecen medidas de protección que remueven de manera temporal al menor del seno familiar y finalmente la adopción que remueve de manera definitiva al menor de su origen biológico, todo bajo el principio orientador del interés superior del niño.

CONTINÚA EN LA PÁGINA 6»



VIENE DE LA PÁGINA 5»

Situaciones de riesgo

La mayoría de los plazos con los que cuenta la autoridad administrativa, entre ellos para emitir resolución que da inicio de la actuación estatal en la situación de riesgo, resulta ser de un día hábil. Finalmente, se establece de manera concreta la urgencia en el amparo que merece cualquier menor de edad que se encuentra en situación de riesgo.

El predecesor al procedimiento por riesgo solía ser la investigación tutelar. Las características de ambos procedimientos son similares: i) evaluación, ii) desarrollo/implimentación de plan de trabajo individual y seguimiento iii) conclusión.

El aporte de celeridad introducido por este nuevo régimen es esencial, pues se determina que la etapa de evaluación tiene como plazo máximo cinco días hábiles mientras que no existía plazo concreto en el procedimiento de investigación tutelar. Añadido a eso, ahora se cuenta con disposiciones específicas para atender una situación de riesgo ex ante, que se materialice en una actuación por desprotección familiar.

Dentro de las medidas de protección en situación de riesgo, vemos que se han incorporado al preexistente Plan de Trabajo Individual, otras medidas en beneficio de los menores. Así podemos observar que se ha incorporado el apoyo a la familia en competencias de cuidado y crianza, acceso a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia,

A modo de conclusión

Se ha materializado un genuino replanteamiento respecto del rol tutelar del Estado frente a la desprotección familiar, permitiendo que toda la normativa aplicable, a la espera del correspondiente reglamento, se encuentre en un solo cuerpo

normativo. Además, el acogimiento familiar ha sido robustecido, ya no impide la adopción, puede ser a veces remunerado y cuando se manifiesta 'de hecho' puede regularizarse evitando formalismos y afectaciones al interés superior del niño.

Resulta saludable observar que el acogimiento de hecho ahora cuenta con un procedimiento de regularización, para no afectar de manera innecesaria y burocrática el bienestar de un menor de edad que enfrenta una situación de desprotección familiar.

SE HA MATERIALIZADO UN REPLANTEAMIENTO RESPECTO DEL ROL TUTELAR DEL ESTADO FRENTE A LA DESPROTECCIÓN FAMILIAR, PERMITIENDO QUE TODA NORMATIVA APLICABLE, A LA ESPERA DEL REGLAMENTO, ESTÉ EN UN CUERPO LEGAL NORMATIVO

apoyo psicológico, servicios de cuidado, formación técnico productiva, entre otras que se encuentran listadas en el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1297.

Desprotección familiar

El escenario ideal supone que la situación de riesgo es apropiadamente atendida y el menor puede recuperar el bienestar al que tiene derecho dentro de su propio ambiente familiar de origen. No obstante, es perfectamente posible que se presente una situación de desprotección familiar, sin tener que atravesar por un procedimiento de situación de riesgo; en estos casos se declarará una situación de desprotección familiar provisional y se dispondrán las medidas de protección en forma urgente.

Sea porque la situación de riesgo devino en

desprotección familiar o porque la gravedad de la desprotección así lo requiere, se procede a realizar una evaluación de la situación socio-familiar del menor. Nuevamente, se incorpora el factor de celeridad en el procedimiento, señalando la necesidad de cumplir con el diagnóstico de situación socio-familiar, donde incluyen entrevistas, visitas domiciliarias, evaluaciones médicas, en un plazo de cinco días hábiles.

Al momento de emitirse la resolución administrativa por la que se expida un pronunciamiento sobre la desprotección familiar, se dispone el acogimiento familiar o residencial. Así mismo, se elabora un plan de trabajo individual. Recordemos que el objetivo siempre debe ser el retorno del menor al hogar familiar, antes que declarar judicialmente la desprotección familiar y adoptabilidad. Esta resolución tiene como efecto inmediato la suspensión de la patria potestad.

Sumado a las medidas de acogimiento familiar y residencial, no podemos dejar de mencionar la medida de protección atípica: el acogimiento de hecho.

Clases de acogimiento familiar

El Decreto Legislativo N° 1297 establece tres clases de acogimiento familiar.

a) Acogimiento familiar. Se considera como factible, y siempre primordial, aplicar la medida de protección de acogimiento familiar en su versión de familia extensa. Esto permite al menor mantener sus vínculos familiares próximos y su propia identidad. Ante la ausencia de dicha opción, se considera el acogimiento familiar por terceros, incluso en este caso se prefiere que exista algún tipo de vínculo afectivo con el menor.

b) Acogimiento residencial. En última ratio, la norma establece el internamiento del menor en un centro de acogimiento residencial, como medida de protección frente a la desprotección familiar. Esta opción, sin embargo, no atiende la vulneración del derecho a vivir en un ambiente familiar, pues en nuestro país dichos centros de acogimiento residencial institucionalizado resultan ser muchas veces de capacidad insuficiente y presentan situaciones precarias.

c) Acogimiento de hecho. Se desarrolla para beneficio del menor en estado de desprotección familiar la regularización del acogimiento de hecho. El reglamento de Investigación Tutelar, que será derogado por el nuevo régimen de protección al menor en situación de desamparo, únicamente ofrecía un artículo de manera amplia y general que no permitía la adecuada regularización de este caso atípico. ▀

[1] INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. (1973) Vocabulario Multilingüe. Tomo II. Montevideo: OEA. p. 280.

[2] Del 30 de diciembre de 2016.

[3] Ley N° 30162.

[4] Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP.

[5] Ley N° 2698, Ley del procedimiento administrativo de adopción de menores.

[6] Ley N° 29174, Ley general de centros de atención residencial.

