



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**Escuela Profesional de Derecho**

**TESIS**

**“ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 147° DEL CÓDIGO  
PENAL SOBRE LA INSUFICIENTE PENA Y LA  
AUSENCIA DE AGRAVANTES CON RESPECTO AL  
LÍMITE DE EDADES QUE VULNERA EL INTERÉS  
SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS CASOS APLICADOS  
EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN DEL MENOR”**

**PRESENTADO POR:**

ALEXANDRA NINACONDO MOLLO

**ASESORES:**

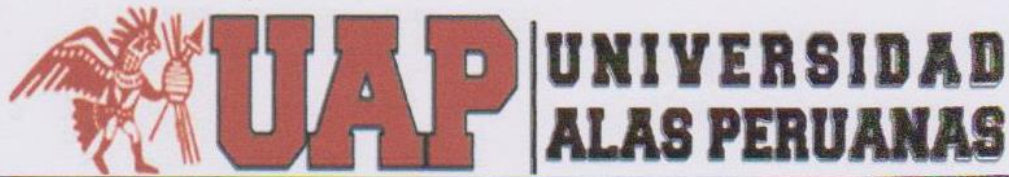
VÍCTOR PANTIGOSO BUSTAMANTE

NEIL AMADOR HUAMÁN PAREDES

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AREQUIPA, PERÚ**

**2016**



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Escuela Profesional de Derecho

**DICTAMEN DE TESIS**

Arequipa, 04 de agosto del 2016

**VISTO:** La tesis titulada “*Análisis del artículo 147° del Código Penal sobre la pena insuficiente y la ausencia de agravantes con respecto al límite de edades que vulnera el Principio del Interés Superior del Niño, en los casos aplicados en materia de Sustracción del Menor*”, Presentada por la bachiller en Derecho **Alexandra Ninacondo Mollo**, para optar el Título Profesional de ABOGADO.

**Señora Directora de la Escuela Profesional de Derecho:**

Cumplo con comunicar a usted Dra. Gigliola Arias Huiza, que la Bachiller en mención ha terminado el desarrollo del trabajo de Tesis, habiendo cumplido con las exigencias del Reglamento de Grados, para ser presentada al Jurado, manteniendo un orden expositivo, precisando los aspectos normativos, doctrinales y metodológicos, que habilita para aspirar al Título Profesional de Abogado. ***El proceso del desarrollo de la Tesis presenta los aspectos siguientes:***

***El proceso del desarrollo de la Tesis presenta los aspectos siguientes:***

- 1. El problema de investigación:*** Es al percibir el aumento de la casuística a nivel nacional en lo concerniente al ilícito penal de sustracción del menor, consecutivamente notar la escasa aplicación y poder punitivo por parte del estado; puesto que la pena estipulada en el tipo penal tiene como máximo legal dos años de pena privativa de libertad, así mismo al solucionar la diversidad de casos que se presentan, se da de forma homogénea ya que no existe la redacción de formas agravantes, por lo cual la aplicación de la norma es de forma lineal para todos los sujetos activos; ***sin estimar las consecuencias y efectos que pueden provocar al menor sustraído, siendo las experiencias que no permiten un adecuado desarrollo íntegro del menor***, ya que son diferentes las circunstancias, edades en las que perciben el acto de la sustracción de forma diferente; ***por lo que es necesario que se realicen ajustes al tipo penal e integren agravantes.*** Lo que ha permitido plantear el problema siguiente: ***¿Por qué los casos***

*aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147 del Código Penal, la pena es insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño, Arequipa-2016?* Estableciendo como objetivo general, el Analizar los casos aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147 del Código Penal, la pena es insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño.; siendo la hipótesis que es probable que, en los casos de sustracción del menor contemplado en el artículo 147 del Código Penal, el incremento de la pena e incorporación de agravantes al límite de edad evite la vulneración al principio del interés superior del niño.

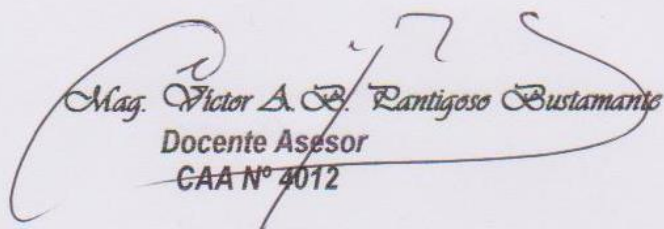
2. **En cuanto al método:** El tipo de Investigación es de naturaleza básica porque se desarrollara los temas relacionados con la Sustracción del menor y el principio del interés superior del niño. El nivel de Investigación del presente trabajo corresponde al trabajo explicativo. El Método de Investigación es el científico y dentro de este se ha optado por el método explicativo porque se desarrollará el correspondiente análisis y críticas a las teorías referidas a nuestras dos variables de nuestro problema de investigación. El Diseño de Investigación en la presente Investigación se ha empleado el método No Experimental, porque no hemos aplicado las variables de estudio. La Población se seleccionó es de 400 Abogados especializados en la materia de Familia, no obstante durante el proceso de aplicación del cuestionario se enfrentó ciertos obstáculos, por lo que no se pudo entrevistar a todos por consiguiente se logró encuestar 284.
3. **Resultado de la Investigación:** El presente trabajo de investigación demuestra que la pena establecida en el Código Penal concerniente a la sustracción de menor es insuficiente puesto que se están vulnerando dos derechos la del padre que tiene la patria potestad de su hijo, no permitiéndola ejercer de manera cabal, asimismo el principio del interés del niño que nos indica que debe asegurarse su bienestar de manera plena y que este se desarrolle en un ambiente adecuado, al darse esta circunstancia, el menor se ve perjudicado puesto que no se encuentra en su hogar habitual, se ve frente a lo desconocido y expuesto a cualquier peligro. Asimismo se ha comprobado que las edades de los menores influyen en la afectación del desarrollo íntegro del menor, debido a que los padres sustractores para mantenerlos ocultos realizan cualquier tipo actos que afectan al menor, una de estas situaciones es que los vistan de forma opuesta a su género, no formándole una correcta identidad puesto que si son muy pequeños puede que lo vea normal pero si son más grandes les genera duda; asimismo no les permiten que ni se asomen fuera de la puerta en el lugar en que se encuentren o también les prohíben mantener alguna conversación con un amigo, o incita a engañarlos sobre sus datos personales; así también está en constante cambio de nombres, viviendas; en consecuencia no tendrá un crecimiento como cualquier otro niño perjudicándole en el desarrollo pleno y su bienestar total. Por lo que necesita modificar el artículo 147º en el incremento de la pena y la incorporación de agravantes al ilícito penal.

#### 4. OPINIÓN DEL ASESOR.

Desde el punto de vista de la investigación y el análisis jurídico desarrollado; reviste de mucho interés.

Por lo que se **RESUELVE**: Poner a disposición de la Dirección Adjunta de la Escuela de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, el presente trabajo de investigación, para que sea analizado y observado en el acto académico de graduación.

Atentamente.

  
Mag. Victor A. B. Pantigoso Bustamante  
Docente Asesor  
CAA N° 4012



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

INFORME DE ASESORÍA DE TESIS

A : Abog. YIGLIOLA GLENDA ARIAS HUIZA.  
Directora de la Escuela de Derecho de la Universidad Alas Peruanas Filial Arequipa.

De : Abog. NEIL AMADOR HUAMÁN PAREDES.  
Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Alas Peruanas.

Asunto : Remisión de Informe de Asesoría de Tesis.

Referencia : Memorándum

Fecha : Arequipa, 06 de Julio del 2016.

ANTECEDENTES E IMPORTANCIA:

Previo un cordial saludo; cumpro con comunicar a usted que la Señorita Bachiller **Alexandra Ninacondo Mollo** ha terminado el desarrollo de la Tesis denominada "Análisis del artículo 147° del Código Penal sobre la pena ~~insuficiente~~ y la ausencia de agravantes con respecto al límite de edades que vulnera el Principio del Interés Superior del Niño, en los casos aplicados en ~~materia~~ de **Sustracción del Menor**", habiendo cumplido satisfactoriamente todas las exigencias para la preparación de dicho trabajo de investigación para ser presentado al Jurado, con orden expositivo racional en los aspectos metodológicos que exige la Facultad, precisando que se ha desarrollado un análisis integral del tema de investigación debiendo destacar el aumento de la casuística a nivel nacional en lo concerniente al ilícito penal de sustracción del menor, consecutivamente notar la escasa aplicación y poder punitivo por parte

del estado; puesto que la pena estipulada en el tipo penal tiene como máximo legal dos años de pena privativa de libertad, así mismo al solucionar la diversidad de casos que se presentan, se da de forma homogénea ya que no existe la redacción de formas agravantes, por lo cual la aplicación de la norma es de forma lineal para todos los sujetos activos sin estimar las consecuencias y efectos que pueden provocar al menor sustraído, siendo las experiencias que no permiten un adecuado desarrollo íntegro del menor, ya que son diferentes las circunstancias, edades en las que perciben el acto de la sustracción de forma diferente; por lo que es necesario que se realicen ajustes al tipo penal e integren agravantes. Por lo que se tiene como objeto fortalecer en sentido estricto la sustracción de menores, debido a que se vulnera la responsabilidad que tiene uno de los padres hacia el hijo, afectándose al menor, puesto que acarrea diversas consecuencias las cuales pueden ser irreparables tanto para familia como para la sociedad; asimismo se busca instaurar mayor protección para el menor, incorporando una pena suficiente y ponderada de acuerdo a las circunstancias en que se dio el ilícito penal proporcionando mayor punibilidad; para garantizar el interés superior del niño y salvaguardar los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra legislación así como también los derechos que tiene uno de los padres; precisando de esta forma que se ha cumplido con la revisión, estudio y análisis de la tesis; habilitando y dejan expedito su derecho a optar el título profesional de abogado.

### MÉTODO DE PREPARACIÓN DE LA TESIS:

#### En el Aspecto Metodológico:

Hay una lógica en la secuencia entre los hechos relevantes de fondo y forma, material jurídico aplicable, problemas, análisis y conclusiones. Esta relación expresa la concordancia entre cada una de las partes y sub-partes que conforman el trabajo de investigación titulado **“Análisis del artículo 147° del Código Penal sobre la pena insuficiente y la ausencia de agravantes con respecto al límite de edades que vulnera el Principio del Interés Superior del Niño, en los casos aplicados en materia de Sustracción del Menor”**, lo que constituye una unidad lógica, donde puede destacar:

- Identificación de los hechos relevantes, problemática y antecedentes.

- Hace gala de su capacidad de trabajo y dedicación al cubrir la totalidad de los temas con legislación, doctrina y jurisprudencia en forma extensa y actualizada.
- La legislación es ordenada cronológicamente y toma como referencia, pertinente, normas de distinta jerarquía, tanto las vigentes en el momento de los hechos como las modificaciones a las mismas.
- Respalda su trabajo con teorías sobre el área de estudio y lo ordena, poniéndose en el lugar de aquel que lee la información.
- Cita jurisprudencia aplicable para la mejor comprensión del Derecho vigente.
- Encuentra problemas, los enuncia distinguiendo la clase de estos, los sistematiza en ejes primarios y secundarios, para luego ordenarlos de acuerdo con la naturaleza jurídica.
- Realiza el análisis de los hechos relevantes probados con el material jurídico que ha seleccionado y lo presenta en forma de dialogo, y da respuesta a cada uno de los problemas, lo que evidencia un estudio sistemático y minucioso al agotar los elementos conceptuales y normativos sobre la materia.
- Realiza, pues, tareas de concordancias, como de cumplimiento aplicativo racional.
- La redacción está acorde con las exigencias propias del nivel de titulación: utiliza un lenguaje claro, preciso y jurídico apropiado; informa el contenido de la Tesis tanto en los aspectos sustantivos como adjetivos.

#### En el Aspecto Sustantivo:

Busca solucionar los problemas que existe en cuanto a la insuficiencia de la pena y la carencia de agravantes ello con respecto al límite de edades del sujeto pasivo, vulnerando el Interés Superior del Niño y el Derecho la Patria Potestad en los casos aplicados en materia de sustracción de menor. La Bachiller **Alexandra Ninacondo Mollo** analiza, interpreta, califica y argumenta en base al uso concurrente de la legislación, doctrina y jurisprudencia; además formula apreciaciones sobre el actuar del estado y los poderes de este respecto al

Artículo 147º del código Penal, el cual se refiere al delito de Sustracción de Menores; desarrollando un análisis y evaluación integral y congruente.

**En el Aspecto Adjetivo:**

Partiendo de las teorías de la maximización del castigo referente a la afectación de las necesidades e intereses del menor, el análisis es crítico, pues advierte que existe una insuficiencia en la pena y la carencia de agravantes en el delito de sustracción del menor con respecto a la protección de la patria potestad y el principio del interés superior del niño, ello conlleva a la vulneración de más un derecho por la ejecución de un solo acto penal; debiéndose velar el desarrollo integro, adecuado del menor en un ambiente que permita su bienestar pleno.


**CONCLUSIÓN:**

Por las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, estimo que la asesoría del trabajo de investigación está cumplida, pues la señorita Bachiller **Alexandra Ninacondo Mollo**, asistió cumpliendo el número de reuniones que se coordinaron previamente, para analizar, evaluar y revisar el desarrollo técnico-legal de la Tesis que procederá a sustentar en sus previas orales para obtener el título profesional de abogada; precisando que a lo largo de las jornadas académicas de asesoría y coordinación ha demostrado responsabilidad, puntualidad, proactividad y compromiso.

En conclusión debo señalar Señora Directora de Escuela Profesional de Derecho que el trabajo de investigación está concluido y listo para sustentarse en las previas orales correspondientes.

Sin otro particular, me despido y suscribo de Usted.

Sinceramente,

  
Abog. **Neil Amador Huamán Paredes**  
**DOCENTE ASESOR**



## *Dedicatoria*

*A mi madre, hermanos y Kaismar*

*Gracias por el apoyo a mi madre quien a pesar de todo permitió que culmine la carrera, sin dudar de mi persona; a mis hermanos por la confianza y a Kaismar por aconsejarme y desvelarse conmigo para ayudarme a culminar la tesis.*

## *Agradecimiento*

*A la Doctora Edith Coronel Rojas quien fue una de las personas que estímuló a una mayor exigencia académicamente; asimismo a la Escuela Profesional de Derecho por el impulso dedicado al empeño instructivo, proporcionándome adquirir nuevos conocimientos y finalmente agradecer a mis amigos y demás personas que me brindaron sus ánimos para lograr mis objetivos.*

## CONTENIDO

<b>Caratula</b> .....	i
<b>Dedicatoria</b> .....	ii
<b>Agradecimiento</b> .....	iii
<b>RESUMEN</b> .....	x
<b>ABSTRACT</b> .....	xi
<b>INTRODUCCION</b> .....	xii

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

<b>1.1. DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA</b> .....	1
<b>1.2. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION</b> .....	7
1.2.1. Delimitación Espacial.....	7
1.2.2. Delimitación Social.....	7
1.2.3. Delimitación Temporal.....	7
1.2.4. Delimitación Conceptual.....	8
<b>1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACION</b> .....	8
1.3.1. Problema Principal.....	8
1.3.2. Problema Secundarios.....	8
<b>1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACION</b> .....	8
1.4.1. Objetivo General.....	8
1.4.2. Objetivos Específicos.....	9
<b>1.5. HIPOTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACION</b> .....	9
1.5.1. Hipótesis General.....	9
1.5.2. Hipótesis Específicas.....	9
1.5.3. Variables.....	10
1.5.3.1. Operacionalización de las Variables.....	10
<b>1.6. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION</b> .....	12
1.6.1. Tipo y Nivel de la investigación.....	12
1.6.2. Método y Diseño de Investigación.....	12
1.6.3. Población.....	13
1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	13
1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la Investigación.....	13

## CAPITULO II MARCO TEÓRICO

<b>2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	16
A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	16
B. ANTECEDENTES CIENTÍFICOS.....	22
C. ANTECEDENTES EMPÍRICOS.....	28
<b>2.2. FILIACIÓN</b> .....	29
2.2.1. El Derecho de Familia en la Filiación.....	29
2.2.2. La Institución de la Filiación en el Estado Peruano.....	29
2.2.3. El Derecho del Niño a conocer a sus Padres y ser Cuidado por ellos.....	32
<b>2.3. LA PATRIA POTESTAD</b> .....	34
2.3.1. Definiciones de la Patria Potestad.....	34
2.3.2. Características de la Patria Potestad.....	35
2.3.3. Derechos y Garantías de la Patria Potestad.....	36
a. Educación del Hijo.....	36
b. Guarda y vigilancia del menor.....	37
c. Derecho de corrección del hijo.....	37
d. Mantenimiento del hijo.....	37
e. Administración de los bienes.....	37
<b>2.4. TEORÍAS DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	39
A. Teoría del Poder.....	39
B. Teoría del Derecho –Deber.....	40
C. Teoría del Derecho Obligación.....	40
<b>2.5. LA TENENCIA</b> .....	41
2.5.1. Conceptualización.....	41
2.5.2. Presupuestos facticos para solicitar la Tenencia.....	42
2.5.3. Tipos de Tenencia.....	42
a. La Tenencia unipersonal.....	42
b. La Tenencia Compartida.....	42
c. La Tenencia Negativa.....	43
2.5.4. Otros Tipos de Clasificación de Tenencia.....	43
1) Tenencia por Acuerdo Mutuo.....	43
2) Tenencia de Facto.....	43
3) Tenencia Definitiva.....	43
4) Tenencia Provisional.....	44
5) Tenencia por caso de Divorcio.....	45
6) Tenencia por Sentencia Judicial.....	45
7) Tenencia en una sentencia por Nulidad o Anulabilidad de Matrimonio.....	46
8) Tenencia y el Acta de Audiencia de Conciliación.....	46

9) Perdida de Tenencia por otra Resolución Judicial.....	46
<b>2.6. LA FAMILIA.....</b>	<b>48</b>
2.6.1. Conceptualizaciones de la Familia.....	48
2.6.2. Tratadistas que se pronuncian sobre familia.....	52
2.6.3. Tipos de Familia.....	53
1) Familia Matrimonial.....	53
2) Familia Extramatrimonial.....	53
3) Familia Monoparental.....	53
4) Familia Ensamblada.....	54
a. Familia Biológica.....	55
b. Familia Sustituta.....	55
c. Familia Nuclear.....	55
d. Familia Extendida o Ampliada .....	55
<b>2.7. EL MATRIMONIO.....</b>	<b>55</b>
2.7.1. Etimología.....	55
2.7.2. Conceptualizaciones del Matrimonio.....	56
A. Punto de Vista Sociológico.....	56
B. Punto de Vista Jurídico.....	56
2.7.3. Finalidad del Matrimonio.....	57
A. El Sociológico.....	57
B. El Jurídico.....	58
2.7.4. Formas Matrimoniales.....	58
A. El Matrimonio Civil Obligatorio.....	58
B. Matrimonio Civil y Religioso.....	58
C. El Matrimonio Religioso Obligatorio para todos los católicos y civil para los no católicos.....	58
D. Matrimonio Consensual.....	59
E. Matrimonio por Equiparación.....	59
<b>2.8. EL DIVORCIO.....</b>	<b>59</b>
2.8.1. Etimología del Divorcio.....	59
2.8.2. Definiciones del Divorcio.....	60
2.8.3. Causales del Divorcio.....	60
2.8.4. Efectos del Divorcio.....	61
<b>2.9. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....</b>	<b>65</b>
2.9.1. El principio del Interés Superior del Niño.....	65
2.9.2. Características del Interés Superior del Niño.....	68
2.9.3. Significado al calificativo “ Superior”.....	70
2.9.4. El Interés Superior del niño y las Relaciones Parentales....	72
2.9.5. Debilidades y Fortalezas del Principio del Interés superior del niño.....	73
2.9.6. Interés Superior del Niño y la Seguridad Jurídica Procesal.	75
2.9.7. La Defensa del interés Superior del niño.....	77

2.9.8. El Interés Superior del niño en un Estado Constitucional....	87
2.9.9. El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia.....	89
<b>2.10. TEORÍAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....</b>	<b>93</b>
A. Teoría de Protección Especial del Niño.....	93
B. Teoría de la Satisfacción de los Derechos del Niño.....	93
<b>2.11. BIENESTAR DEL NIÑO.....</b>	<b>94</b>
2.11.1. Conceptualización del Bienestar del Niño.....	94
2.11.2. Importancia del Bienestar del Niño.....	95
2.11.3. Categorías de Factores que influyen en el Bienestar.....	96
<b>2.12. TEORÍAS DEL DESARROLLO DEL MENOR.....</b>	<b>97</b>
A. La Teoría Psicoanalítica según Sigmund Freud.....	97
B. La Teoría del Desarrollo Psicosocial de Erik Erikson.....	97
C. La Teoría del Vínculo.....	98
<b>2.13. SUSTRACCIÓN DEL MENOR.....</b>	<b>99</b>
<b>2.14. DELITO DE SUSTRACCIÓN DEL MENOR.....</b>	<b>100</b>
2.14.1. Tipicidad Objetiva.....	105
A. Sujeto Activo.....	105
B. Sujeto Pasivo.....	107
2.14.2. Tipicidad Subjetiva.....	107
2.14.3. Pena del Delito de Sustracción del Menor.....	108
2.14.4. Análisis de la Figura Delictiva.....	108
2.14.5. Indicadores del delito en la Sustracción de Menores.....	116
2.14.6. Características frecuentes en la Sustracción de Menores.....	116
A. El ocultamiento del menor.....	116
B. La intención de alejar de manera indefinida al menor.....	118
C. La Huida del sustractor con el Menor.....	119
2.14.7. Cambios Abruptos en el Menor por el Delito de Sustracción.....	120
2.14.8. Vulneración de Derechos por el Delito de Sustracción de Menor.....	123
2.14.9. Administración de Justicia referente a la Sustracción.....	125
<b>2.15. TEORÍAS DE LA PENA.....</b>	<b>128</b>
2.15.1. Teorías Absolutistas.....	128
A. Teoría de la Reparación.....	128
B. Teoría de la Retribución.....	129
2.15.2. Teorías Relativas.....	130
A. Teoría Preventiva.....	130
B. Teoría Correccionalista.....	130
C. Teoría Positivista.....	130
2.15.3. Teoría Mixta.....	130
2.15.4. Teorías de la Medición de la Pena.....	131

A. Teoría de la Pena Exacta.....	131
B. Teoría del Espacio de juego.....	132
C. Teoría de la Gestación Social.....	132
D. Teoría del Valor Jerárquico del Empleo.....	133
E. Teoría de la Retribución de la Culpabilidad por el hecho....	134
<b>2.16. CASOS DE REPERCUSIÓN MEDIÁTICA.....</b>	<b>134</b>
<b>2.17. LEGISLACIÓN COMPARADA.....</b>	<b>137</b>
2.17.1. Argentina.....	137
2.17.2. México.....	137
2.17.3. España.....	139
2.17.4. Alemania.....	142
<b>2.18. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....</b>	<b>143</b>

### CAPÍTULO III PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

<b>3.1. ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS.....</b>	<b>145</b>
<b><u>TABLA Nº 1</u>.....</b>	<b>146</b>
La separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción de menor.	146
<b><u>TABLA Nº 2</u>.....</b>	<b>148</b>
El ocultamiento del menor es motivado por el conflicto de tenencia produciendo la sustracción de menor.....	148
<b><u>TABLA Nº 3</u>.....</b>	<b>150</b>
La intención de alejar de manera indefinida al menor, es provocado por un conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor.....	150
<b><u>TABLA Nº 4</u>.....</b>	<b>152</b>
La huida del sustractor con el menor es provocada por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor.....	152
<b><u>TABLA Nº 5</u>.....</b>	<b>154</b>
Los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción del menor.....	154
<b><u>TABLA Nº 6</u>.....</b>	<b>156</b>
Las determinaciones de edades y sus respectivas y penas configuran como agravantes en el delito de sustracción del menor.....	156
<b><u>TABLA Nº 7</u>.....</b>	<b>158</b>
El menor como ciudadano debe de gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño.....	158

<b>TABLA Nº 8</b> .....	160
El niño debe tener derecho de voz para que sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño.....	160
<b>TABLA Nº 9</b> .....	162
Priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del niño como bienestar fundamental del menor frente al principio del interés superior del niño.....	162
<b>TABLA Nº 10</b> .....	164
Igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño.....	164
<b>TABLA Nº 11</b> .....	166
Protección efectiva que garantice el principio del interés superior del niño.....	166
<b>TABLA Nº 12</b> .....	168
La satisfacción de los derechos del menor garantiza el principio del interés superior del niño.....	168
<b>3.2. CONCLUSIONES</b> .....	175
<b>3.3. RECOMENDACIONES</b> .....	176
<b>FUENTES DE INFORMACIÓN</b> .....	178
<b>ANEXOS</b> .....	185
<b>ANEXO A</b>	
MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	
<b>ANEXO B</b>	
CUESTIONARIO	
<b>ANEXO C</b>	
VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO	
<b>ANEXO D</b>	
PROYECTO DE LEY Nº 01	



## RESUMEN

El problema de investigación concierne a la escasa aplicación y poder punitivo por parte del estado; puesto que la pena estipulada en el tipo penal no expresa un mínimo legal; así mismo al solucionarse la diversidad de casos que se presentan, se da de forma homogénea ya que no existe la redacción de formas agravantes, por lo cual la aplicación de la norma es de forma lineal para todos los sujetos activos; sin estimar las consecuencias y efectos que pueden provocar al menor sustraído, siendo resultado de ello experiencias inoportunas que no permiten un adecuado desarrollo íntegro del menor, puesto que son diferentes las circunstancias, edades en las que perciben el acto de sustracción.

Concluyéndose que en la tipificación del ilícito no hay una pena suficiente y carece de agravantes en cuanto no se determina la edad del menor, puesto que la pena a imponerse debe ser conforme a la afectación del sujeto pasivo, no primando el principio del interés superior del niño; asimismo hay una doble vulneración de derechos que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución, son la Patria Potestad y ante todo primordialmente el derecho que tiene el menor de una autorrealización como cualquier niño, a un ambiente adecuado y bienestar pleno; por ello debe de integrarse agravantes al articulado para proteger ambos derechos, primordialmente la protección para el niño antes y después de culminada la condena del imputado.

## **ABSTRACT**

Then research problem concerns the lack implementation and punitive power by the state; since the penalty stipulated in the criminal does not express a legal minimum; Also to be solved diversity of cases presented, occurs evenly as there is no aggravating writing forms, so the application of the rule is linearly for all active subjects; without estimating the consequences and effects that can cause the abducted child, being a result inopportune experiences that do not allow adequate integral development of the child, because the circumstances are different, ages at which perceive the act of abduction.

It concluded that the criminalization of illicit there is a sufficient penalty and no aggravating as it is not the age of the child is determined, since the penalty to be imposed shall conform to the involvement of the taxpayer, not giving priority to the principle of the best interests of the boy; also there is a double violation of rights that are recognized in our Constitution are parental authority primarily and foremost the right of the child from a self like any child, at an appropriate atmosphere and full welfare; therefore it must be integrated aggravating the articles to protect both rights, primarily the protection of the child before and after culminated the conviction of the accused.

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país se ha incrementado la casuística a nivel nacional correspondiente al ilícito penal, sustracción de menor, realizado por uno de los progenitores que no tiene la tenencia del hijo, perjudicando al otro progenitor al no permitirle ejercer el derecho de patria potestad y al pequeño, puesto que afecta tanto en la autorrealización y el pleno desarrollo psicológico, social e incluso físico estropeando un posible futuro afable para él; a la vez connotar la exigua aplicación del poder punitivo por parte del estado; en vista que la pena concertada en el tipo penal no tiene un máximo legal, solucionando los diversos casos que se presentan de forma indiferenciada, debido a dos caracteres, primero porque la pena estipulada en el artículo 147º del Código Penal es insuficiente y segundo la carencia de agravantes, por lo cual la aplicación del tipo penal es de forma uniforme para todos los sujetos activos sin considerar las consecuencias que pueden provocar al menor sustraído, ya que son diferentes las circunstancias, edades en las que perciben el acto de la sustracción de forma diferente; por ende se realizó la presente tesis; ya que considero conveniente incrementar la pena e integrar agravantes al tipo penal.

Asimismo la importancia de este trabajo es instaurar una mayor protección para el menor, incorporando una pena suficiente y ponderada de acuerdo a las circunstancias en que se dio el ilícito proporcionando mayor punibilidad para garantizar el interés superior del niño, salvaguardando los derechos que son de importancia para su desarrollo.

De todo lo expuesto surge nuestro **problema de investigación:** *¿Por qué los casos aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, la pena es insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño, Arequipa-2016?* Para el desarrollo del trabajo nos hemos trazado los siguientes **objetivos de investigación:** **Objetivo Específicos:** a) Analizar la insuficiencia de la pena en los casos de

sustracción de menores. b) Determinar en las agravantes al límite de edad la vulneración al principio del interés superior del niño. c) Analizar el principio del Interés Superior del Niño y su vulneración al carecer de agravantes. Planteamos la siguiente **hipótesis: Es probable** que, en los casos de sustracción del menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, el incremento de la pena e incorporación de agravantes al límite de edad evite la vulneración al principio del interés superior del niño. Hemos realizado el siguiente método: El tipo de Investigación es de naturaleza básica porque se desarrollara los temas relacionados con la Sustracción del menor y el principio del interés superior del niño. El nivel de Investigación del presente trabajo corresponde al trabajo explicativo. El Método de Investigación es el científico y dentro de este se ha optado por el método explicativo porque se desarrollará el correspondiente análisis y críticas a las teorías referidas a nuestras dos variables de nuestro problema de investigación. El Diseño de Investigación en la presente Investigación se ha empleado el método No Experimental, porque no hemos aplicado las variables de estudio.

La presente investigación consta de tres capítulos: **en primer lugar** se expone el **planteamiento del problema**, que consta de la descripción de la realidad problemática, el problema de investigación, los objetivos de investigación, hipótesis y variables, metodología de investigación detallando, la población y muestra, técnica e instrumento y la justificación e importancia y Limitaciones de la investigación. En el **Capítulo dos** presentamos el **Marco Teórico** organizado en base a nuestras variables y objetivos, constituido por los antecedentes históricos, científicos y empíricos, seguidamente analizamos las teorías que buscan la protección del menor, conceptualizaciones concernientes a la sustracción de menores y el principio del interés superior de niño y la definición de términos básicos y finalmente en el **capítulo tres**, desarrollamos la **presentación, análisis e interpretación de resultados**, abarcando el análisis e interpretación de los resultados, las conclusiones y recomendaciones.

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

*El artículo 6º de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad. Al igual que defiende el derecho de las familias, en la que el miembro vulnerable es el menor de edad; es el **Código del Niño y Adolescente que prioriza el interés superior del niño y del adolescente.***

Como consecuencia de la responsabilidad parental, se considera el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos y a la vez el derecho de los hijos de vivir en una familia sea ésta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras. Pero las familias separadas y reconstruidas se abordaran en el presente problema ya que al nivel Local y Nacional cada día se presentan casos de sustracción de menores por parte de los mismos padres, a sabiendas que algunos cuentan con limitaciones tanto económicas como legales es aun así que lo perpetúan, alejando al niño de forma permanente o transitoria del otro progenitor, sin ánimo de restituirlo a la situación anterior, provocando una violación de los derechos fundamentales del niño, privándole del contacto

con el otro progenitor y con sus familias, así como de la guarda y custodia a la que tiene derecho; lo más importante aún, es a raíz de todo ello se deja al menor cicatrices emocionales posiblemente irreversibles; nos referimos aquellas situaciones que se suscitan cuando uno de los padres tiene la tenencia del menor, en consecuencia uno de ellos al no encontrarse conforme es que toma la decisión de sustraerlo.

En este contexto, cabe indicar que en el XIV período de sesiones de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado realizada en 1980; en la **Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional 2007** se realizó un **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** donde se considera a estas situaciones un tipo de secuestro la cual señala y da a conocer que consiste en **“el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia”**; es decir el otro padre que no es responsable del menor, puesto que no tiene la custodia, a pesar de ello decide llevárselo fuera del hogar donde el menor se encontraba, a esto se le denomina sustracción de menor.

En el plano nacional, tenemos en el Código Civil, **Título III, Capítulo Único, artículo 418º** que señala **“por la patria Potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores.”** El menor tiene que estar resguardado, ser atendido, buscando ante todo el bienestar. No obstante si los hijos alcanzan la mayoría de edad estos ya se encuentran excluidos de la patria potestad; el **Artículo 419º** nos indica que **“la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disenso, resuelve el Juez del Niño y adolescente”**

Así mismo se han ido presentando ante las autoridades respectivas diversas situaciones donde los padres sustraen a sus menores hijos. Solo con revisar la página de Facebook ***Sustracción de Menores Secuestro, entre padres, Lima – Perú***; cómo se observa dicha acción es un fenómeno social que con el transcurso del tiempo se ha acrecentado no solo en nuestro estado sino también a nivel mundial; día a día se puede observar en algún programa informativo como dan a conocer que un padre o madre al no contar con la responsabilidad del menor, decide trasladarlo fuera de su hogar habitual, a causa de ello el padre poseedor de la patria potestad va en busca del menor, angustiado y preocupado por recuperar a su hijo.

Según ***María Del Carmen Santiago Bailetti, Directora General de niños, niñas y adolescentes del Ministerio de la Mujer*** indica que ***“los hijos son las principales víctimas en un engorroso proceso de tenencia, más aún cuando los padres han pasado por eventos de violencia y hasta secuestros forzosos de los menores”***. Este tipo de situaciones no solo se involucra al padre y su derecho de la patria potestad sino también a los hijos que tienen la calidad de vulnerabilidad.

Uno de los casos muy relevantes que consterno a la sociedad fue lo que se dio a conocer la ***Redactora Gladis Pereyra en la página de Internet del Comercio***; relatando que ***Dustin Kent*** de nacionalidad extranjera mando a dos hombres al hogar de la madre de su hija, para que las interceptara con el fin de sustraer a la menor de cinco años, por dos hombres desconocidos arrojando a la madre Rose Chacón al piso; asimismo se menciona que el padre ***contrato a una organización para llevarse a la fuerza*** a su menor hija.

Otro de los casos que dio a conocer por el ***Diario Uno por el redactor Elvis Herrada***; es el del empresario Jacques Levy Simón quien viene denunciando desde hace cinco meses la sustracción de su hija por parte de su madre. La madre de la menor ***María Elena Llanos*** ha sido

requerida por la **resolución expedida el 14 de mayo** para que de su manifestación por el **delito de sustracción de menor, bajo apercibimiento de ser declarado reo ausente y se ordene su captura mediante la Policía Nacional**; debido que no tiene la custodia de la pequeña, además se encuentra retenida en un lugar desconocido, puesto que ha sido retirada de su hogar e incluso cabe mencionar que está evadiendo la ley, siendo lo más indignante, que la niña no ha asistido al colegio por todo el tiempo que la madre la tiene retenida.

Cabe inferir que la única perjudicada es la menor pues no le están ofreciendo la adecuada la calidad de vida, ni se garantiza íntegramente su bienestar que es considerado fundamental, vulnerando el interés superior del niño resguardado por nuestra Constitución Política del Perú en el **artículo 4º que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”** Se ampara de forma estable por nuestra carta magna estimando preeminente el principio del interés superior del niño y respetando cada uno de sus derechos que pertenecen al niño.

En la **Declaración de los Derechos del Niño** analiza en sus **principios VII y VIII** el primero indica lo siguiente que **el niño tiene derecho a recibir educación**, siendo imprescindible y gratuita para que se instruya en fases básicas, fomentando enriquecerse de **cultura general**, para lograr desenvolverse con **igualdad de oportunidades** para que se perfeccionen **aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social**, contribuyendo de manera beneficiosa a la ciudadanía. Más aun nos advierte que el **interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación** involucrando a los progenitores que tienen el compromiso de encaminar a sus hijos pero formándolos apropiadamente. Otro rasgo característico de dicha situación es que el niño **debe disfrutar**



*plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación;* quienes fomentaran el disfrute de este derecho son las autoridades públicas y la sociedad. Y con referencia al **principio VIII** señala que **el niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.** Por lo que en caso anteriormente y en muchos otros casos de sustracción de menores se vulneran estos derechos, aun así, se encuentran reconocidos en nuestra Constitución e incluso Tratados, Convenios en las que estamos vinculados.

El **Tribunal Constitucional** hace referencia e incluso se ha manifestado sobre el derecho de los niños el de tener una familia como se mencionó en la parte superior es consagrado como un **derecho constitucional** que a la vez contiene en base el **derecho de la dignidad de la persona humana y los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar** y ello se encuentra de manera expresa en los **artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución** el cual contempla tácitamente en el prefacio de la **Convención sobre los Derechos del Niño** el cual indica que **el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,** precisamente se encuentra en el **artículo 9 apéndice 9.1** que constituye que **los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos,** asimismo también este derecho se considera en el **artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes** indicando que **“el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.**

La **Convención de la Haya** también se pronuncia sobre el tema de los menores que han sido sustraídos; pues valora el interés superior del niño **para todas las cuestiones relativas a su custodia,** considerando conveniente **proteger al menor, en el plano internacional, de los**

**efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita,** para ello se ha resuelto crear el presente convenio.

Por ende a todo lo mencionado indica que no se debe vulnerar los derechos del menor, y de acuerdo a lo reconocido por nuestras legislaciones y convenios internacionales, se puede observar claramente en los casos mencionados, que si se vulnera el principio del interés superior del niño por causa de la sustracción que realizan sus progenitores quien no piensan daños definitivos que afectarían a su desarrollo y así como la futura persona que algún día contribuirá en la sociedad.

Por ultimo cabe señalar que el Código Penal en el ***Título III, Capítulo III, artículo 147º*** ***“El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”***; refiriéndonos que tiene que existir un vínculo, este puede ser padre, pariente o que se encuentre relacionado; asimismo continuando con el artículo en el segundo párrafo indica que ***“la misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad”***.

Asimismo se considera que la pena del articulado es insuficiente debido a que se ve involucrado la afectación a dos derechos la patria potestad y el interés superior del niño, por lo que la pena que se encuentra establecida en el ilícito penal no justifica que se está resguardando los derechos cabalmente a pesar que estos se encuentren amparados por nuestra Constitución.

A su vez cabe señalar que la edad del menor influenciaría bastante en su desarrollo pleno y la autorrealización como persona; pues no es lo mismo sustraer a un niño de tres años edad que un adolescente de 13 años o aun recién nacido; esto surge en relación al grado de afectación de cada sujeto pasivo; por ende a todo lo relatado se infiere, la seguridad y libertad personal del menor, ya que queda sin protección ni tutela por parte de sus padres o apoderados o quien ejerza la patria potestad, así también la vulneración al derecho del otro progenitor.

## **1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. Delimitación Social:**

La situación descrita anteriormente permite afirmar que la sustracción de menores genera preocupación en los padres que tienen la respectiva tenencia. Esta investigación pretende incorporar agravantes e incrementar la pena del mencionado artículo; beneficiando de esta manera a la sociedad porque la familia es que la da origen a una sociedad, consecuentemente es ella la que busca igualdad para todos en cuanto a la justicia.

### **1.2.2. Delimitación Espacial**

El área de estudio para la presente investigación es la ciudad de Arequipa.

### **1.2.3. Delimitación Temporal**

El tiempo estimado para desarrollar la investigación es el año 2016.

#### **1.2.4. Delimitación Conceptual**

Desde el punto de vista conceptual, se definirán las variables relacionadas a la **Sustracción Del Menor** contemplado en el artículo 147 del Código Penal, respecto a la pena insuficiente y carencia de agravantes al límite de edad y la vulneración al **Principio del Interés Superior del Niño**.

### **1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1. Problema Principal**

¿Por qué los casos aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, la pena es insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño, Arequipa-2016?

#### **1.3.2. Problemas Secundarios**

- a) ¿Por qué los casos de sustracción de menores la pena es insuficiente?
- b) ¿Por qué los casos de sustracción de menores carece de agravantes referentes al límite de edad, vulnerando el principio del interés superior del niño?
- c) ¿Por qué se vulnera el principio del interés superior del niño al carecer de agravantes?

### **1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.4.1. Objetivo General**

Analizar los casos aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, la pena es

insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño.

#### **1.4.2. Objetivo Específicos**

- a) Analizar la insuficiencia de la pena en los casos de sustracción de menores.
- b) Determinar en las agravantes al límite de edad la vulneración al principio del interés superior del niño.
- c) Analizar el principio del Interés Superior del Niño y su vulneración al carecer de agravantes.

#### **1.5. HIPOTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACION**

##### **1.5.1. Hipótesis General**

Es probable que, en los casos de sustracción del menor contemplado en el artículo 147° del Código Penal, el incremento de la pena e incorporación de agravantes al límite de edad evite la vulneración al principio del interés superior del niño.

##### **1.5.2. Hipótesis Específicas**

- **Es probable que** en los casos de sustracción de menores, la pena es insuficiente del Código Penal.
- **Es probable que** las agravantes al límite de edad evite vulneración al principio del interés superior del niño.
- **Es probable que** el principio del Interés Superior del Niño se evite la vulneración al carecer de agravantes.

### 1.5.3. Variables

#### 1.5.3.1. Operacionalización de las Variables

##### A. Variable Independiente

Variable	Dimensión	Indicador
<b>SUSTRACCIÓN DEL MENOR</b>	<b>Ejercicio de la Patria Potestad</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Separación del menor</li></ul>
	<b>Conflicto de Tenencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• El ocultamiento del menor</li><li>• La Intención de alejar de manera indefinida al menor</li><li>• La Huida del sustractor con el menor</li></ul>
	<b>Pena</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• No menor de 2 ni mayor de 3</li><li>• No menor de 3 ni mayor de 4</li><li>• No menor de 4 ni mayor de 5</li></ul>
	<b>Agravantes Penales</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• De 15 a 17 años de edad, no menor de 2 ni mayor de 3 años</li><li>• De 10 a 14 años de edad, no menor de 2 ni mayor de 4 años</li><li>• De 6 a 9 años de edad, no menor de 3 ni mayor de 5 años</li><li>• De 0 a 5 años de edad, no menor de 5 ni mayor de 7 años</li></ul> <ul style="list-style-type: none"><li>• De 15 a 17 años de edad, no menor de 3 ni mayor de 4 años</li><li>• De 10 a 14 años de edad, no menor de 3 ni mayor de 5 años</li></ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• De 6 a 9 años de edad, no menor de 4 ni mayor de 6 años</li> <li>• De 0 a 5 años de edad, no menor de 6 ni mayor de 8 años</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• De 15 a 17 años de edad, no menor de 4 ni mayor de 5 años</li> <li>• De 10 a 14 años de edad, no menor de 4 ni mayor de 6 años</li> <li>• De 6 a 9 años de edad, no menor de 5 ni mayor de 7 años</li> <li>• De 0 a 5 años de edad, no menor de 7 ni mayor de 9 años</li> </ul>
--	--	--

## B. Variable Dependiente

Variable	Dimensión	Indicador
<b>PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b>	<b>Bienestar Fundamental</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ciudadano</li> <li>• Derecho de voz</li> <li>• Mejor calidad de vida</li> </ul>
	<b>Principio Garantista</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Igualdad</li> <li>• Protección efectiva</li> <li>• Satisfacción de sus derechos</li> </ul>

## 1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.6.1. Tipo y Nivel de Investigación

- a) **Tipo de Investigación:** Este Trabajo de investigación por su naturaleza es básica, porque se desarrollaran los temas relacionados a las variables de nuestro problema de investigación, las cuales son la sustracción de los menores de edad y su afectación en cuanto al interés superior del niño; siendo ello una explicación real por la casuística que se tiene, el cual estará fundamentado por las teorías que han sido contrastadas permitiendo de esta forma acrecentar la pena e integrar agravantes referente al límite de edades de los menores que se encuentra en el Artículo 147º del Código Penal del Libro Segundo respecto al delito contra la familia.
- b) **Nivel de Investigación:** En el presente caso, el nivel de investigación corresponde al explicativo.

### 1.6.2. Método y Diseño de Investigación

- a) **Método de Investigación:** En la presente investigación el método utilizado es el científico y dentro de este se ha optado por el método explicativo porque se desarrollará el correspondiente análisis y críticas a las teorías referidas a nuestras dos variables de nuestro problema de investigación; asimismo se dará a conocer la relación de causalidad que existe entre ellas, a fin de comprobar nuestra hipótesis.
- b) **Diseño de Investigación:** En la presente Investigación se ha empleado el método No Experimental, porque no hemos aplicado o no se puso en práctica las variables de estudio; debido a que solo se observó el contexto real para luego analizarlo.



### 1.6.3. Población

a) **Población:** De acuerdo a nuestro problema de estudio que analizamos el cual es Artículo 147º del Código Penal respecto al delito contra la familia; se estimó como conveniente para nuestra población a los Abogados Especializados en la Materia de Familia; puesto que son conocedores del tema, por lo que se encuentran en la capacidad de emitir un juicio respecto a la sustracción de menores. En consecuencia se ha seleccionado 400 abogados especializados en la materia de Familia no obstante durante el proceso de aplicación del cuestionario se enfrentó ciertos obstáculos, por lo que no se pudo entrevistar, por consiguiente se logró encuestar 284.

### 1.6.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos

- A. **Técnica:** La técnica empleada en el trabajo de campo relacionado con nuestro tema fue la de la observación no participante, dentro de la cual se tiene la encuesta.
- B. **Instrumento:** En la presente investigación el instrumento que se utilizó es el cuestionario, la cual consta de 12 preguntas cerradas, el cual estuvo dirigido a los abogados especializados en la materia de familia de Arequipa.

### 1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la Investigación

a) **Justificación:** En cuanto al ámbito social, esta investigación es sumamente importante para la sociedad actual y futura, puesto que la misma es la fuente y núcleo primordial del estado como la familia. Mientras que en el ámbito académico, esta investigación contribuirá a la incorporación de nuevos contenidos teóricos y

mecanismos prácticos, como también a bases más estables en el campo del análisis y formación del derecho penal. Asimismo en el ámbito Jurídico, esta investigación permitirá y promoverá que la pena del artículo 147º del Código Penal sea la suficiente y adecuada para el o los sujetos activos, en consecuencia se incorporará agravantes referentes al límite de edad ya que se vulnera el principio del interés superior del niño, ayudando a preservar tanto como protegerlo, para que así la ley sea más fuerte y genere en la actividad del comisionante la incertidumbre de ejercitar el hecho; teniendo en cuenta la veracidad con la que se aplicará la sanción con carácter de severidad.

**b) Importancia:** Fortalecer en sentido estricto la sustracción de menores, debido a que se vulnera la responsabilidad que tiene uno de los padres hacia el hijo, afectándose al menor, puesto que acarrea diversas consecuencias las cuales pueden ser irreparables tanto para familia como para la sociedad; asimismo se busca instaurar mayor protección para el menor, incorporando una pena suficiente y ponderada de acuerdo a las circunstancias en que se dio el ilícito penal proporcionando mayor punibilidad para garantizar el interés superior del niño y salvaguardar los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra legislación así como también los derechos que tiene uno de los padres.

**c) Limitaciones:** Una de las principales limitaciones que se ha encontrado en el desarrollo de la presente investigación, es la de encontrar antecedentes de investigación relacionados directamente con el tema de investigación.

Asimismo en cuanto a la aplicación del cuestionario, se tomó en cuenta a 400 abogados especializados en la materia de familia, inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa, la mayoría

colaboro en completar el cuestionario, sin embargo 94 de los referidos abogados no colaboraron puesto que se encontraban indispuestos.

De igual modo hubo un desasosiego respecto a la estructura del trabajo de investigación, debido a que desde un inicio ya existía un esquema establecido, por lo que se empezó a desarrollar, pero el esquema fue cambiado de forma inesperada, razón por la se tuvo que modificar el trabajo.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

##### A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

**Morales. S, (2007).** Se manifiesta primeramente en los vínculos de *paterno filiales*; así se les denominaba las familias que surgían. Con el pasar del tiempo se reconoce a la *“familia como institución”*; ya que es considerada como la base de la sociedad por ser de carácter natural y el que dio comienzo al *“ordenamiento social que existe”*.

Esto permitirá de alguna forma conocer cómo ha ido evolucionando la patria potestad con el pasar de los años. Cabe connotar que el padre de familia era la máxima autoridad en el hogar, puesto que era respetado; asimismo las obligaciones y derechos han cambiado recónditamente.

En pueblos antiguos el origen del dominio era por parte del padre el *“papel es ejercido desde el punto de vista divino”* es decir que el principio o cómo surgió esta institución es prácticamente con el

respeto, sometimiento y veneración al padre ya que era visto como una divinidad.

En la antigüedad; no se trataba que el padre era el más robusto, forzado del hogar brindando seguridad a su hogar, por el contrario era valorado como el que tiene el poder supremo debiéndole de cierto modo respeto y el ser obediente ante él. El **pater familias** se mantenía como la pieza fundamental en la familia; a causa de sus sucesores era contemplado de esa forma. También se puede indicar que encarnaba el orientador místico, lo denominaban de esa manera porque ejercía cualquier tipo de ceremonia oculta; que transmitía de pléyade en pléyade. La religión es quien lo ha considerado una eminencia debido que desde nuestros antepasados hasta el día de hoy se ha formado socialmente como entes religiosos que velan por nuestra sociedad a través de su rezo se manifestaba Dios en sus acciones; generando prosperidad, dicha al hogar.

La atribución que se le dio al padre, la emancipación que tenía del hogar también era denominado **cabeza de la familia** pero no estaba ligada al vocablo pater debido a que la interpretación es autoridad y poder: esto representaba cuando una persona estaba al mando de otra; esta situación se observó cómo iba surgiendo en las familias por parte del padre; por lo que se permitió nombrar que él era cabeza de la familia siendo de un suceso de mucha importancia en nuestra sociedad.

Hay que tener referido que cuando hablamos del soporte que se concedió por parte de la religión no solo era atribuirle poder al padre por ser el encargado de la familia, prácticamente la familia estaba sometida a él, no obstante la religión impuso que le correspondería ciertas obligaciones como la autoridad máxima del hogar. Por el contrario **el Pueblo Judío** en su creencia monoteísta; le atribuyo como se mencionó en el párrafo anterior obligaciones, entre ellas tenemos

separadamente la de protección a la familia, es amarlos sobre todas las cosas.

En el Derecho Romano ya se hablaba de la *familia*; que se entendía como una agrupación de personas que tenían un vínculo en este caso hablamos de una autoridad encargada de velar por su hogar, pero no solo ello sino también que se encontraban sometidos; la libertad de las mujeres que pasaban a formar parte de una familia, asimismo los hijos que se otorgaban a la venta; todos ellos **“representaban la familia a un organismo jurídico-político”**; ya no es considerada una conglomeración normal.

En el derecho romano primitivo el progenitor tenía la decisión tanto de la existencia de su hijo o simplemente quitarle la vida, por añadidura enajenar, subastar, arrendarlos y decidir por la pertenencias que tenía el menor; la autoridad que imponía el padre era de suma relevancia ya que también podría sentenciarlo y castigarlo de manera privada. Y el padre imponía su ley hasta el día de su muerte; con el transcurso del tiempo se fue disminuyendo el poderío único que tenía este, a casusa de la participación por las autoridades que impartían justicia que detuvieron cualquier tipo de maltratos, no obstante surgieron leyes que sancionaban la muerte y la exhibición de los bebes, también restringieron la enajenación de los menores.

Hay que hacer notar que el poder que tenía el padre frente al hogar podría desvanecerse es decir que las familias que surgieran después de esta situación tendrían como cabeza de familia a los descendientes varones; siempre que este tenga un vínculo de consanguinidad y pertenezca a la familia; pero en el caso de que el padre estuviera imponiendo su autoridad esta prevalecería. Este tipo de situaciones identifica a un honesto hogar romano prevaleciendo la **“unidad política pues el jefe de la familia era designado por su predecesor”**. En definitiva en el derecho romano tanto el derecho que

hemos ido resaltando es el de familia que va asociado con el de la patria potestad.

En la edad media, la población del **Oriente Medio** inclusive en **Grecia** la autoridad que tenía era dictatorial y tota, teniendo sus fundamentos en la religión y la política.

a) En su fundamento religioso.- Se basa conforme al **derecho antiguo**; como lo mencionamos anteriormente el progenitor considerado la máxima autoridad de la familia era el que velaba a través de sus rezos, siendo de esta manera como llamamos actualmente un papa teniendo como fin que prevalezca los rituales para ello se adopta lo siguiente:

- Cuando se realice una boda matrimonio debe ser realizado acorde con lo rituales que indique el progenitor; si es que hubiere un hijo fuera del matrimonio no tiene abogacía d vivir en el hogar ni formar parte de los rituales. Asimismo en caso que uno naciera dentro de la unión de hecho no se encuentra dentro de la patria potestad, y el que era concebido por adulterio era estimado como foráneo.
- La permanencia del ritual domestico se comprobaba a través del primer hijo, apreciándose de esta forma un deber más que si lo es por amor, es a partir de aquí cuando se crean normas para los que nacen primeros.
- Además se tendría que afiliar a varias personas a los rituales, cultos para que de esta manera participen; es por ello que el progenitor tiene la facultad de elegir en el **matrimonio del hijo**.

b) En su fundamento político.- Siendo esta situación no había designado un estado como el que hoy en día tenemos; asimismo

que cada autoridad encargada de velar por su hogar poseyendo ciertas características de las surgen los siguientes efectos:

- La **patria potestad** está compuesta por algunas obligaciones y determinados derechos, para que lo ejerza sin restricción alguna.
- Quien ejercía la autoridad solo era el progenitor más no la matriarca del hogar; puesto que tampoco podría ser compartida dicha autoridad.
- No obstante la patria potestad solo se ejerce en vida ya que el poder ejercido es incesante por el padre y subordinado; se podrá disolver por muerte o a menos que el progenitor lo indique.
- El jefe de estado tiene la facultad de elegir sobre los bienes de sus descendientes.

Como se puede observar en esta etapa no hay progreso ante lo que es la patria potestad y el derecho de familia pues como se ha examinado aún se mantiene el abuso por parte de los jefes de familia, sobre excediendo su autoridad. Pero una de las particularidades que presenta la edad media y como lo suscribe el **señor feudal** es que el progenitor tenía un **poder absoluto de su familia y de las familias de sus siervos que vivían en sus propiedades.**

En el transcurso del tiempo el poder total que ejercía el jefe de familia se atenúa; considerándose la variación de la organización en cuanto a la sociedad que ha predominado para que la **patria potestad** vele por la seguridad de los hijos menores hasta que obtuvieran la mayoría de edad; e incluso se crearon **tribunales de familia.**



Tras la evolución las alternancias que pueden demostrarse de la **patria potestad** es que se ejerza de manera determinante y finalice cuando fallezca el jefe de familia; teniendo como propósito que el hijo puede ser independiente y valerse por sí mismo, cuando obtenga su emancipación así mismo se puede obtener lo mencionado cuando se contraiga matrimonio.

En el caso de que el progenitor incumpla con sus deberes encomendados o el menor se encuentre en peligro; interviene el estado para despojar al hijo del padre que está encargado de llevar la potestad. Aquí ya podríamos hablar de la intervención por parte de la madre en este tipo de situaciones ya que si el padre incumpliera, ella ejercería la patria potestad; brindando una educación, participando en su hogar en todo lo que concierna.

En la **actualidad** ambos progenitores son los encargados de velar por la seguridad de sus hijos; pues con el transcurso del tiempo no solo el padre tiene autoridad sobre el hogar, si no la madre también validándose **textos constituciones y leyes modernas sobre el derecho civil**

En la **legislación contemporánea** fortalece la posición que antecede respecto de los aspectos; lo que destaca es el principio más frecuente es la patria potestad pero esta debe regir según el estado en los progenitores de sus descendientes, teniendo como objeto la seguridad y protección de los semejantes.

En conclusión la patria potestad no se ha renovado, actualizado en cuanto no se encuentra el poder a beneficio del mismo, ni se practica una autoridad total más bien solo actúa al cargo que tiene; ya no está la violación a los derechos y las aptitudes de elegir todo en cuanto al hijo, puesto que ahora tiene obligaciones en cuanto al menor que se encuentra a su cargo; y no tiene aquella posición de decidir sobre la vida o dar

muerte al menor, ni los maltratos; si no velar por la estabilidad del menor en un lugar con protección y asistencia a él.

Además se puede liberar de lo mencionado que origina como resultado la fulminación de la **potestad correctiva**, es decir que no exista aquella atribución por los jefes de familia de sancionar lo que para ellos no les pareciera adecuado; limitando a la enseñanza que se exige.

Por último **el estado** tiene como propósito la asistencia, supervisión, velar y la custodia que realiza el padre de familia frente a sus hijos; y si este se propasa será debidamente castigado; por el contrario entre determinadas leyes se ha constituido instrumentos singulares para que haya una mejor y adecuada supervisión; para que de esta manera no se vulnere ninguna norma. Siempre y cuando se vele por los menores que se encuentren bajo la potestad de uno de sus progenitores.

## **B. ANTECEDENTES CIENTÍFICOS**

Según **Castillo, A. (2013)**. En su tesis de Republica Dominicana el planteamiento del problema radica en el “**traslado y la retención ilícita que son fenómenos latentes**”, debido al efecto que ocasiono la globalización convirtiéndose en una “**amenaza al bienestar de los menores**”.

Luego de un análisis exhaustivo, se puede matizar que la acción de desplazar a un menor de edad o detenerlo ilícitamente ya podríamos referirnos a un abuso de derecho, es decir la violación de un derecho fundamental del ser humano; que se encuentra regulado tanto por legislación nacional como internacional, incluso se encuentran diversas jurisprudencias acerca del tema en mención.

De igual modo se ve afectado tanto el desarrollo del menor como limitación a su persona; debido a que siendo reconocido como tal está

sujeto a ser titular de deberes y derechos; que si bien son reconocidos por nuestras leyes.

Por otro lado describiendo la situación el simple hecho de separar a un menor de uno de sus padres significa que no posibilitara una adecuada formación integral al menor ocasionándole más bien un daño transcendental. Ya que al menor de edad envuelto en este tipo de circunstancia se ve alejado de un lugar que ve él por seguro. En consecuencia al realizar el procedimiento de restituirlo al menor a su hogar y de la misma forma de resarcir ese menoscabo, son las autoridades judiciales; velando siempre y cuando del interés del menor.

La autora da a conocer que la mayoría de personas desconoce del procedimiento que se encuentra designado en la Convención de la Haya, es por ello que las autoridades encargadas de administrar justicia, no continúan la vía adecuada para la restitución del menor, realizando todo, menos salvaguardando el interés superior del niño.

Cabe ser redundante en el tema, puesto que los menores indeterminadamente de su madurez o la edad en la que se encuentren se les afectan emocionalmente, y como anteriormente se mencionó no siendo lo más adecuado en su desarrollo integral. Acorde con la expositora de la presente tesis es que:

***“El mismo Convenio de la Haya de 1980 obvia o no deja claro ciertos escenarios, como cuando los menores de edad se encuentran en estado de enajenación o condiciones especiales y ya cumplen con el límite de edad establecido por el convenio (16 años), o cuando simplemente, aun teniendo la edad que dispone el mismo tope para interceder por ellos, no tienen la capacidad o la posibilidad para hacer notar su frustración o descontento con esta situación”***

Por ultimo dio a conocer que la colaboración estatal ha trabajado cuantiosamente, puesto que se está rigiendo de acuerdo a las disposiciones del Convenio de la Haya; muestra de ello es como han organizado el Consejo Nacional de para Niñez y la Adolescencia debido a que está desempeñando de manera cabal sus funciones delegadas.

Acorde con **Zubía, V. (2010)**. En su tesis de Chile explica que hay problemas que presenta la Convención de la Haya pero esto se da al aplicarse; realizando un análisis integro.

Primeramente tenemos **“el traslado o retención ilícita como consecuencia de escape de violencia doméstica”** este punto se refiere cual es el motivo por lo que el padre secuestrador lo retiene o se lo lleva al menor de manera ilegal. Pero prácticamente el fin del convenio es que se dé el retorno del menor sin introducirse más allá de la materia en cuestión.

Se afirma de otra manera que la convención brinda apoyo a una de los padres afectados cuando sustraen al menor, sea este por uno de sus progenitores; reteniéndolo, o teniendo la intención de trasladarlo a otro estado; no obstante cabe destacar que la protección va dirigida al niño, niña o adolescente.

Por consiguiente la convención da a conocer sus objetivos los cuales son factibles de entender debido a que son exactos y claros; en cierto modo; esa misma claridad deja algunos límites muy vacíos; por lo que le hace falta una mayor explicación; dado que puede haber una mayor flexibilidad en la interpretación de quien lo realice.

Finalmente se concluyó que la **“flexibilidad del Convenio”** permite que otras jurisdicciones lo interpreten de alguna forma que dé solución a su problema; aunque de alguna forma hace falta que unos márgenes se

encuentren más claros; para que haya una mejor actuación por parte de las autoridades que imparten justicia.

Según **Madiedo, M. (2012)**. Nos describe en su tesis de España a la introducción de un ***“nuevo Código penal por la Ley Orgánica 10/1995, de noviembre los delitos de sustracción de menores y raptos desaparecen de nuestro panorama legislativo.***

La dimensión de la presente tesis ha originado la ovación por la ***doctrina española***; puesto que se considera un tema de gran relevancia, asimismo nos da a conocer la sustracción de menores, son ocultados sea por alguno de sus progenitores o por otro sujeto.

Se intenta a través de la presente investigación indicar que los fundamentos concedidos eran por los ***“principios liberal constitucional de nuestro Estado de Derecho y el sometimiento del Derecho penal a rigurosos principios formales y materiales”***, cabe entendido que esta investigación en el país de España se someten a sus determinados principios; también ***las nuevas medidas legislativas de agravación de la detención ilegal, del secuestro de menores***, se podría indicar de alguna forma que no basta con las medidas legislativas que se impusieron porque aun así no llegaron a regular los vacíos legales que presentaba la ***supresión del tipo básico de la sustracción ha originado.***

Por cierto en el análisis se inicia con el ***estudio histórico***, no obstante en ese entonces siendo actualmente ha cambiado en una herramienta coercitiva ante al fenómeno conocido como sustracción parental. Al recaudar la información necesaria del referente tema e indagar los antecedentes de cómo surgió el delito ya mencionado y que figuras se están dando; particularmente se llega que los menores son sustraídos por uno de sus padres.

En resumen la presente tesis realiza un estudio **dogmático - penal exhaustivo** de aquellas figuras existentes debido al entorno social en la que nos vemos envueltos; un análisis tanto a la sustracción del porque el padre retiene indebidamente a su hijo, cuando no tiene la custodia; al no querer que retorne a su hogar; la inducción al abandono, también se analizaran las atenuantes a esta figura.

Según **Azcárraga, C. (2015)**. En su tesis de España da a conocer que **la sustracción internacional de menores** es un tema terrible teniendo dos posturas el social y el más engorroso el jurídico.

Se realizó un análisis exhaustivo de las **vías de actuación reguladas** de acuerdo a la reglamentación española, teniendo como bases nacionales e internacionales, que permitirán complementar la investigación; para obtener mayor información de las figuras que se dan en el país como en otros.

Entre los objetivos que se ven en la tesis es **la restitución del menor** que el menor regrese a su hogar pero de manera inmediata, **la obtención de la custodia** a quien se le otorgan, por lo general uno de los progenitores y uno de ellos al no estar conforme con dicha situación es que recurre llevárselo, no importándole lo que haya dictaminado la ley, es por ello que también se verá que responsabilidad tiene el autor sea esta civil o penal.

El propósito en sí de la presente tesis es buscar una solución satisfactoria para todas las partes involucradas, pero para ello se necesitara de un asesoramiento pleno para que oriente al perjudicado por la vía más adecuadas para que puedan resolver su situación.

Acorde a la tesis aislada de **Castillo, L. (s/f)** se refiere a la **Sustracción internacional de menores, el interés superior del niño está inmerso en la convención internacional.**

Para ello hubo un estudio de la convención de ciertas figuras civiles del delito de sustracción de menores; se sugiere que para solucionar el

origen de reintegrar al menor o en el caso de rechazarla, el juez encargado del caso valorara de acuerdo a las conjeturas constituidas en la convención.

Cabe señalar que se estimó en cuanto a todo lo señalado que el principio del interés superior del niño ya se encuentra en la normativa; puesto que evidencia la protección que se le está brindando al menor, respetando sus derechos fundamentales que se encuentran resguardados por la convención. Teniendo como fin prevenir que las sustracciones y retenciones ilegales e internacionales de los menores no sé de; asimismo el menor está expuesto a cualquier tipo de daño tanto físico, como psicológico también no encontrándose en su hogar que lo considera seguro es que se ve que el retorno del menor a su hogar sea de inmediato.

Ante la posibilidad de que se dé la negativa del retorno inmediato a su hogar el principio del interés superior del niño considero dicha situación; **que como son de excepción deben interpretarse restrictivamente**; ya que se alude a la ausencia del derecho que se busca preservar; impedir el riesgo del menor ante la restitución; **la integración del menor al nuevo ambiente**; la acreditación de la migración del menor a otro estado ilícitamente.

Se concluye que en el tema de sustracción y el retorno del menor a su hogar; es respetando y no vulnerando el **interés del superior** del menor; por ello se tiene que dar el proceso ante el retorno del menor, se dé inmediatamente, siempre teniendo en cuenta los supuestos que concierne y sean admitidos.

### C. ANTECEDENTES EMPÍRICOS

De acuerdo a la Dra. **Huaccoto, L. (2016)**. El presente trabajo de investigación es un tema viable e interesante. Puesto que en nuestra realidad y últimamente se han presentado casos de sustracción de menores de edad debido a que no hay una suficiente regulación que considera un mínimo legal, por lo que padres no se ven intimidados por la pena que se les atribuiría, por lo que debería de haber una pena rigurosa y de acuerdo a la edad del menor sustraído.

Concorde la Dra. **Malca, J. (2016)**. Ella encuentra el presente tema de investigación es interesante y trasciende pues tiene conocimiento que en otros países la pena impuesta al sujeto activo es más elevada a la que se encuentra establecida en nuestro tipo penal; pues a la vez si estima que se vulnera el interés superior del niño ya que se caracteriza por su fragilidad e inmadurez afectando su desarrollo al no resguardar los derechos que se estime conveniente para su desarrollo.

Según el Dr. **Pinto, J. (2016)**. Considera que el presente trabajo de investigación referente al interés superior del niño es muy importante, pero hay que tener en cuenta la proporcionalidad de la pena, puesto que es un principio que inspira el código penal, por lo tanto, si el interés superior del niño es reconocido supra constitucionalmente, la sanción al que vulnera esta principio debe ser proporcional a la magnitud del daño causado al bien jurídico, por ende, al tratarse de intereses de menores de edad, esta pena debe estar acorde con ello, considerando que debe aumentarse la pena. Más aun, que este hecho conllevaría a que los menores puedan ser objeto diversas situaciones no acorde con su edad entre otros, que repercute seriamente en su desarrollo, social y psíquico.



## 2.2. FILIACIÓN

### 2.2.1. El Derecho de Familia en la Filiación

**Puga, M. (2015).** En este entorno la filiación es considerada una institución; donde debe resguardarse los derechos de las personas implicadas brindando seguridad, apoyo e igualdad a sus hijos; siempre teniendo una atención principal, preferencial al niño o adolescente.; en la doctrina se considera una atención íntegra; dado que deja que los menores ***dejen de ser objetos de derecho para que sean sujetos plenos de derechos.***

**Castillo, A. (2013).** Asimismo los niños por la condición que tienen es que necesitan un mayor cuidado y defensa especial; para que de esta manera permita un adecuado crecimiento psicológico, físico y espiritual, Puesto que el menor es una de las personas consideradas por la vulnerabilidad, ya que se encuentra expuesto a una diversidad de situaciones que permitan un desarrollo inadecuado.

Para ello se han designado sistemas que resguardaran y protegerán a los menores ante cualquier circunstancia que se encuentren, teniendo como propósito que los sistemas de prevenir las contingencias generadas por el actuar de los progenitores y la sociedad no perjudiquen a los niños, niñas y adolescentes; y si fuera en la situación que por un caso se llegue a producir estos riesgos es accionar inmediatamente a favor del mejor interés de los menores.

### 2.2.2. La Institución de la Filiación en el Estado Peruano

Para **Marisol Fernández**, citada por **Puga, M. (2015)**. Indica que según nuestro Código Civil la filiación está dirigida para los individuos, que tengan un vínculo materno y paterno filial debe de encontrarse

debidamente fijado para que origine una progresión de resultados jurídicos.

Por ende la filiación es un **vínculo jurídico** que se genera por el vínculo que existe entre el padre y sus hijos acarreando los deberes y derechos que se genere; por otra parte esto no solo se genera si hay el grado de consanguinidad sino también si existe de por medio un acto jurídico así como la relación del adoptado y adoptante. Asimismo **Marisol Fernández**, citada por **Puga, M. (2015)**. Nos Señala lo siguiente:

***“Si bien es esperable que la condición de padre o madre recaiga en los progenitores, no siempre es así debido a diversos factores, que pueden ir desde el abandono hasta la utilización de una técnica de reproducción asistida con material genético donado anónimamente”***

A saber cómo se mencionó anteriormente la filiación no se genera por la vinculación de consanguinidad; pues vale hacer una diferencia entre el rol que tienen los padres y en el hecho biológico. La primera como es la relación de cariño y amor recíproco, la educación y el apoyo al menor; esta se concreta cuando el padre tiene la tenencia, posesión del menor porque la **situación fáctica en la que una persona disfruta es del status de hijo en relación a otra**; visto esto para especificar esta tenencia o posesión se tiene en cuenta tres componentes:

- ❖ **Nombre.-** Los padres deben asentar al menor con sus respectivos apellidos.
- ❖ **Trato.-** El comportamiento que tienen los padres frente a sus hijos debe ser el adecuado; puesto que deben velar por su protección
- ❖ **Fama.-** La relación tanto de padre como de hijo debe ser reconocida públicamente así como por los vecinos, familiares entre otros.

La segunda es indistintamente que el padre encargado del hogar sea el progenitor ***independientemente que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica***. La importancia de que uno admita su paternidad o maternidad no tiene ninguna gracia con ser el que procreo al menor; si no que tipo de protección le brindas a tu familia, fuera de qué procedencia tenga. Acorde con la ***Declaración de los Derechos Humanos*** en el ***artículo 25º el segundo párrafo*** nos hace referencia que:

***“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”***

Se considera que en este tipo de situaciones respecto a la filiación debe de garantizarse y respaldarse la seguridad, apoyo al menor no importando al condición que tenga ya que hay una igualdad de derechos; velando por el desarrollo íntegro del menor tanto en los aspectos psicológico, físico, mental y espiritualmente para que de esta manera se desenvuelva adecuadamente en nuestra sociedad; lo importante, asimismo cabe resaltar es resguardar los derechos que por ley se encuentran reconocidos sea en la situación en que se encuentren; siempre y cuando se justifique la decisión que se tome al respecto, pero siempre concibiendo; a pesar de todo se debe ante todo sobreponiendo las necesidades e intereses de los niñas, niñas y adolescentes para que contribuyan en un futuro pero caracterizándose de ser buenos ciudadanos sin guardar algún tipo de altercado con la sociedad.

Citando el ***artículo 6º de la Constitución política*** de nuestro país se refiere al ***principio de unidad de la filiación*** es decir que todos los hijos procreados tienen igualdad de derechos y deberes separadamente del estado en que se encuentren es decir separados, divorciados, en concubinato o sean cónyuges; puesto que tiene velar por su protección

integra del menor; pero en la actualidad no se ve ello; ya que en nuestro estado hay tres formas de determinar la filiación se encuentran fundamentadas en las filiaciones extramatrimoniales y matrimoniales., entre ellas tenemos:

- ❖ **Legal.-** Esta se demuestra ante la presunción “*pater is*” la filiación dentro del matrimonio.
- ❖ **Voluntaria.-** El padre biológico reconoce el vínculo que tiene con el menor a pasear de haberlo contraídos fuera del matrimonio.
- ❖ **Judicial.-** Esta se reconoce la filiación mediante resolución judicial.

Lo que da a conocer nuestra constitución sobre el derecho de familia debe ser respetada, custodiada por las autoridades encargadas de impartir justicia, legisladores y jueces para que permitan que se realice lo que indique nuestra Carta Magna, respaldando los derechos que se encuentran en ella. En síntesis busca analizar de manera exhaustiva la importancia que tienen los derechos del niño que incurren en el tema de filiación y como se encuentra resguardada constitucionalmente en el derecho de familia.

### **2.2.3. El Derecho del Niño a conocer a sus Padres y ser Cuidado por ellos**

**Pinella, V. (2014).** Es incuestionable que para realizarse el cumplimiento tanto de los deberes como los derechos que le pertenecen a los hijos, es que ellos deben de saber quiénes son sus progenitores.

Esto es cuando ya está designada la filiación, nos referimos a la maternidad y paternidad, esta se manifiesta ipso facto concediendo a los progenitores los derechos y deberes que le corresponden, encontrándose a su vez identificados en función del interés de los menores; siendo en síntesis la atención o custodia del menor. La **Convención sobre los**

**Derechos del Niño en el artículo 7º en el inciso 1**, el subrayado es nuestro; expresa lo siguiente:

***“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.”***

Así como lo da conocer de manera expresa el artículo, para que se pueda reconocer, atribuir, ejecutar los derechos y obligaciones por parte de los padres, debemos de conocerlos antes; identificar quienes son, es así que se puede hablar de que la filiación se encuentra fijada a la maternidad y paternidad es ahí que se fundan a los padres al cumulo de deberes y derechos.

***“El derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad”***

Entonces comentando el texto; se puede indicar que cada individuo mostrara la filiación que le pertenece por esencia, no obstante no afectara si sus padres se encuentran separados o unidos para que se ejerza la filiación; nos referimos si tienen o no un vínculo matrimonial o unión de hecho. Ya que cada individuo reconocerá al que considere a su hijo; ejerciendo de esta manera las acciones correspondientes a la filiación: como conocer a sus padres, siendo este derecho de naturaleza inquebrantable e irrevocable, así para que se dé la actuación del derecho se pide dejar el sistema de aquellas causales que no permitan un adecuado ejercicio.

Como se mencionó anteriormente el derecho al cual nos referimos se encuentra incluido como una característica de la personalidad de todo individuo, en vínculos familiares; ello se concentra en la **determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana** a todo esto, es cuando ya está dispuesta la maternidad y paternidad.

Es así que se llevara a cabo las actividades de la filiación, siendo el propósito la del **emplazamiento filial**, que es considerado un derecho importante y fundamental; nos referimos al reconocimiento por ambos progenitores, que tienen como finalidad el **desplazamiento**, son las que buscan las actuaciones de **reclamación y de impugnación de la filiación**, esto es el caso en cuanto a los progenitores no se encuentran conforme con la paternidad.

Es por ello que **Berbere, J. (2015)**.en el programa de intrusos que se emitía en ese entonces en América televisión, Nos indica que la **paternidad es el acto más sublime de confianza**; pronunciándose respecto al caso de Ariel Diwan a su ex pareja quien es una bailarina que le mintió e en cuanto a hijo.

## **2.3. LA PATRIA POTESTAD**

### **2.3.1. Definiciones de la Patria Potestad**

**Aguilar, A. (s/f)**. Da a conocer en su blog que la patria potestad es el derecho y la acción que implica ello; en la primera situación nos referimos a la autenticidad, lo que está reglamentado; referente a lo segundo es como se ejerce este derecho; en cierto modo nos referimos cuando al padre los suspenden temporalmente por una de las causales que se establecen en el Código de Niños y adolescentes pero no pierde el poder de ejercer mencionado derecho.

**Jara, J. (2015).** Lo define como una *institución del derecho de familia* que contiene un conjunto de *derechos y deberes entre padres e hijos* destinado a obtener el adecuado *desarrollo integral y la realización* plena de los niños. Ello se refiere a que dicha institución se divide en dos dimensiones nos referimos a los padres que ellos se encargan de los hijos; a través de sus acciones se dará el desarrollo de sus niños, y la otra dimensión es de los hijos, que percibirán *apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida* propiciando el crecimiento pleno e integrarlo a la sociedad en un estado perfecto para que contribuya en la misma.

**Julián Bomecassi** nombrado por **Suarez, L. (2010)**. Nos señala en su Libro Tratado Elemental de Derecho que la Patria Potestad es el cumulo de *derechos y facultades que la ley* que se otorga a los progenitores tanto sobre las pertenencias como sobre sus hijos para que de esta manera se ejerzan debidamente las *obligaciones* que les pertenecen.

Asimismo **Juan Larrea Holguin** citado por **Suarez, L. (2010)** la determina como la aglomeración de *derechos y deberes* del padre y la madre, pero los hijos no se encuentran *emancipados*, asimismo ciertos deberes y derechos son de naturaleza especialmente económicos e intransferibles.

### **2.3.2. Características de la Patria Potestad**

**Jara, J. (2015).** Nos indica que la patria potestad es una engorrosa y perdurable agrupación de deberes y derechos siempre teniendo en cuenta a la familia, al padre e hijo; para ello guarda las siguientes características:

- a) Solo se adapta como sistema de protección para los hijos menores no independientes.

- b) Es de carácter obligatorio porque a los padres se le otorga la patria potestad de los hijos.
- c) Es intransferible e individual debido a que los padres la ejercen a menos de que la ley los exceptúe.
- d) Resguarda a los menores no independientes puesto que les dedica ciertas garantías.
- e) Es de interés social por que se encuentra reglamentada por normas de orden público.
- f) Hay una **relación de autoridad por** los padres debido a que existe obediencia por parte de los hijos a los padres.
- g) Tiene como propósito tuitivo porque está dirigida al amparo y seguridad de los menores hijos así como también de los bienes de estos.
- h) Es inalienable, ya que es necesario que los padres lo ejerzan y no encomienden sus deberes a otros sujetos.
- i) **Es imprescriptible, irrenunciable e indisponible.**
- j) Como según la ley la patria potestad se puede limitar, suspender y caduca, es por ello que es temporal. Asimismo Suarez Franco señala que la patria potestad se sujeta hasta que el hijo cumpla la mayoría de edad.

### 2.3.3. Derechos y Garantías de la Patria Potestad

**Jara, J. (2015).** Los padres que son la autoridad de la familia son los que asumen la potestad por ello se comprometen y responsabilizan de la **educación del hijo, guarda y vigilancia, derecho de corrección del hijo, mantenimiento del hijo, administración de los bienes**, desarrollando cada una de ellas, de la siguiente manera:

#### a. Educación del Hijo

Es coordinada y guiada por el padre para que el aprendizaje del menor encamine a una buena moral en la vida de cada uno de ellos.



### **b. Guarda y vigilancia del menor**

El padre es quien se hace responsable de menor hasta que cumpla la mayoría de edad, por lo que el hijo debe habitar con él en el hogar y por un caso se niega el padre puede ejercer la  **fuerza pública**  para que retorne con él; asimismo el menor hijo debe ser obediente con el padre ello se relaciona con la patria potestad, es correlativo al atributo paterno de dirigir y educar a sus hijos, ya que son personas adultas y son idóneas para guiar al menor.

### **c. Derecho de corrección del hijo**

Quien puede realizarlo son los padres pero con la debida medida; además este atributo lo tiene la figura paterna actuando con juicio evitando sobrepasarse pues puede ocasionar lesiones tanto físicas como psicológica por las represalias o por tratamientos inadecuados.

### **d. Mantenimiento del hijo**

La responsabilidad de ser padres acarrea diversas obligaciones y las más latosa es la de la obligación económica y si es que la familia es más numerosa es más la carga a la que se ve obligado el padre de familia; no obstante la obligación de los padres comprende todo tipo de gastos hacia el hijo para su nutrición, vestimenta, hogar y dispendios por si tiene sufre algún malestar.

### **e. Administración de los bienes**

Otra de las responsabilidades que tienen los padres es velar y vigilar el patrimonio que tiene el menor es una facultad personal e intransferible.

**Aguilar, A. (s/f).** Así tenemos el artículo 23º del Código de Niños y Adolescentes del Título Preliminar Derecho y Libertades, Capitulo III que nos establece cuales son los deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad.

**Jara, J. (2015).** No obstante la patria potestad como se dio a conocer es un grupo de deberes y derechos que pueden ser provisionales, así mismo está dispuesto a ser limitado y la ley lo ha fijado de esa manera, todo porque han tenido un comportamiento inadecuado sin embargo ello no significa que no cumplirán con sus deberes de padres que le corresponden, pues todo lo contrario, tienen que hacerse de las obligaciones que les pertenece.

**Aguilar, A. (s/f).** Por consiguiente las personas que tienen una conducta inadecuada se les atribuirán las causales que lo determina el artículo 75º del Código Niños y Adolescentes en el título Tercero y Capítulo I. la Suspensión de la Patria Potestad.

**Jara, J. (2015).** También se contempla en el Código de Niños y Adolescentes, artículo 77º en el título Tercero y Capítulo I, La pérdida de patria potestad, esto se da porque el proceder de uno de los padres ha sido muy grave en cuanto ha incumplido o hay un incorrecto agrado en cuanto a los deberes que surgen de la patria potestad, ocasionando que se exponga el propósito de dicha institución.

**Jara, J. (2015).** Pero a todo ello, en el caso que dicho estado regrese a la normalidad, ósea antes que se la limitación de la patria potestad, ya que se constituye por la ausencia de aquellos fundamentos que delimitaron el desarrollo libre de ejercer la patria potestad. Teniendo una gran significación pues se encuentra garantizada por el estado dado que busca que la familia esta fortalecida y así también que los componentes cumplan con sus obligaciones asignadas, asimismo dicha restitución **se realiza en sede judicial**; pero en el caso de que se diera la extinción de la patria potestad no se hará dicha restitución.

## 2.4. TEORÍAS DE LA PATRIA POTESTAD

### A. Teoría Del Poder

**Hernández, J. (1998).** Con el transcurso del tiempo ha ido evolucionando nuestra conceptualización en el derecho romano la Patria Potestad; primero considerada Pater Familias sobre sus descendientes, que va conectado con la palabra Manus teniendo como significado autoridad de un hombre libre sobre la mujer casada, segundo el mancipium que nos denota que es aquella figura donde la autoridad de un hombre libre sobre otro hombre libre, así mismo tenemos la **“dominica potestas”** que enfatiza la autoridad del amo sobre su esclavo; los mencionados cuatro tipos de potestad es la que en ese entonces una persona **“sui juris”** puede tener, refiriéndose a una persona libre de toda autoridad sobre una persona **“Alieni juris”** siendo la persona que se halla con alguno de los mencionados poderes precedentemente.

Así mismo la mencionada relación es un poder absoluto debido a que la persona se encuentra constreñida o bajo las órdenes de la que se encuentra a su cargo esto es la patria potestad, una situación de sometimiento, obediencia y acatamiento frente a quien lo está ejerciendo ***a tal grado de tener el derecho el titular de este poder, a vender, abandonar e inclusive a dar muerte al que se encontraba bajo su autoridad.***

La patria potestad como se va ejerciendo, compete es únicamente a ***Pater Familias***. Siendo el poder indefinido es así que los individuos estarán bajo el dominio del sujeto que tenga la referida Patria Potestad; a pesar de que se mayor de edad, o haya contraído matrimonio o no de igual modo si estos tuvieran algún hijo estos estarán sujeto al que practica la patria potestad. Dicho brevemente con esta figura se busca beneficiar únicamente al que se encuentre bajo la subordinación del que la ejerce.

Con respecto al surgimiento del cristianismo permitió moderar las consecuencias de la institución de Patria Potestad, de esta manera con el lapso de tiempo que transcurrió y llegando al día de hoy más que el poder que se tiene de la persona, es la seguridad, protección que acarrea al que se encuentra a cargo. La protección que se busca del menor que se encuentra a cargo del que tenga la patria potestad, sea padre o madre; no debiéndose ver envuelta la integridad del menor.

### **B. Teoría Del Derecho - Deber**

**Hernández, J. (1998).** José María Vázquez da a conocer su punto de vista frente a la Patria Potestad y la considera como la relación **derecho - deber**, considerándose **“Que existen dos fases frene a terceros”**. De manera puntual se refiere a un derecho autentico teniendo como consecuencia interna la manifestación del deber. Lo dicho hasta aquí supone el deber del padre que tienen con sus hijos.

A todo esto el por qué se adoptó el termino de deber y no de una obligación; esto se va a localizar en las características muy particulares que existe en la Patria Potestad, se refiere por ejemplo a la influencia moral, religiosa y el hecho que no abarque un sentido económico que coexiste en esta relación. Es lo que da a conocer el mencionado autor referente a la Patria Potestad.

### **C. Teoría Del Derecho - Obligación**

**Hernández, J. (1998).** Lo clasifica de la siguiente manera, por: **“exigibilidad concreta y especifica ante los tribunales”**. Explorando un poco la idea refiriéndose a la patria potestad es reclamar los derechos que le pertenecen a los menores de edad, aquella relación que existe entre los padres para con sus hijos; si no la efectúa acarrearía como consecuencia hacerla ejercer por fuerza mayor frente a los tribunales; ya que se ve envuelta la vulnerabilidad de los derechos del menor.

De igual modo se percibe que esta posición considera la patria potestad como derecho por el contrario a la teoría del derecho - deber que lo connota como un aspecto externo. Es decir que lo expresa a un punto de vista interno, como se mencionó anteriormente y siendo redundantes en ello, es la relación que existe entre el menor y el que se encuentra a su cargo, hallándose de esta manera la obligación.

Se habla de ello debido a que se define de la siguiente manera: **“Un vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer alguna cosa”**. Admitamos que por el momento describimos la obligación que existe de los padres frente a sus hijos; ya que se encuentra reglamentada por el Código Civil estableciendo determinados preceptos normativos; siendo vinculantes; puesto que se tienen que cumplir cabalmente, no siendo facultativos de ninguna forma.

## **2.5. LA TENENCIA**

### **2.5.1. Conceptualización**

**Ling, F. (2011).** Cita al **Dr. Fermín Chunga Lamonja** quien define una alusión conceptual sobre el término jurídico de tenencia, como la situación real de vida de un menor bajo la potestad y cuidado de sus padres o guardadores, siendo un derecho conexo e inmerso en el derecho de la patria potestad, que a la vez es inherente a los progenitores de tener a sus hijos en su compañía, o en caso contrario a quien tenga legítimo interés y a la vez posea a su favor resolución judicial expresa. A la vez deslinda dos conceptos semejantes los cuales son:

- a. La manipulación física de los progenitores sobre sus hijos menores de edad
- b. La **patria potestad** como el cumulo de obligaciones y derechos que corresponden a los padres sobre cada hijo.

Por otro lado, hace la distinción de que no se debe considerar la tenencia como un derecho patrimonial, a pesar de que sea un derecho del cual cualquiera de los progenitores pueda ceder a favor del otro en los casos establecidos por ley.

También aclara el Dr. Fermín, que la tenencia es una institución familiar que se crea cuando los padres realizan el acto de separación de hecho o de derecho y posteriormente por este acto se debe definir la tenencia, y dentro de esta establecer los rangos del régimen de visitas para el progenitor que no obtuvo a su favor la tenencia.

### **2.5.2. Presupuestos facticos para solicitar la tenencia**

- a) Debe acontecer la separación de hecho entre los progenitores
- b) No debe encontrarse el convenio o pacto entre progenitores sobre la disposición de con quién deben permanecer los hijos menores.
- c) En caso de existir convenio, este último sea lesivo para el menor.
- d) Que le magistrado interprete y tenga en consideración la opinión del niño o adolescente.

### **2.5.3. Tipos De Tenencia**

**Ling, F. (2011).** Según la doctrina ha determinado la existencia de tres tipos de tenencia, las cuales son las siguientes::

#### **a. La tenencia Unipersonal**

Es la adjudicación total a uno de los progenitores para que ejerza de hecho el cuidado completo del menor.

#### **b. La Tenencia Compartida**

Este tipo de tenencia concierne para ambos progenitores, ya que la ley constituye que los progenitores pueden pactar y armonizar la tenencia

de sus hijos, siempre y cuando no vayan en contra de lo establecido por la misma ley como el hecho de los menores de tres años deben continuar bajo el cuidado de su madre.

### **c. La Tenencia Negativa**

En cuanto a esta tenencia se establece al tener ambos progenitores y ninguno de ellos desea tener la custodia ni hacerse cargo del menor, esto se comprende de la siguiente forma como aquel padre que teniendo legalmente la tenencia no la ejerce dejando al menor al cuidado de un tercero, o de otro modo el menor que si teniendo ambos padres ninguno se hace cargo del menor, y de igual forma dejándolo al cuidado de un tercero.

## **2.5.4. Otros Tipos de Clasificación de Tenencia**

### **1) Tenencia por Acuerdo Mutuo**

Esto se define cuando ambos padres han acordado y definido por mutuo consentimiento la tenencia y no es ya necesaria la intervención de un tercero.

### **2) Tenencia de Facto**

Sin la necesidad de recurrir a un órgano judicial para determinar la tenencia del menor, este derecho es acordado de forma unilateral, siendo manifestada la decisión de forma tácita o expresa, es decir, de forma expresa cuando uno de los progenitores opina la negación de no querer poseer ni cuidar del menor, y de forma tácita cuando los actos del otro progenitor reflejan que no desea tener al menor.

### **3) Tenencia Definitiva**

Con precisión, es la tenencia ejercida mediante un mecanismo judicial producida mediante un proceso en materia de familia, o por medio

de un procedimiento extrajudicial que ejecute el derecho de tenencia como cosa juzgada, o por ultimo sea definida la tenencia mediante acta de conciliación con autoridad de cosa juzgada otorgada por la defensoría del niño y adolescente de las municipalidades. Y para concluir cabe resaltar que si un progenitor estuviera favorecido por resolución de carácter judicial con la tenencia, solo otra resolución judicial puede despojarle de tal derecho. De igual forma si se tratara de de caso similar sobre acta de cosa juzgada otorgada por centro de conciliación y el progenitor que no obtuvo la tenencia en caso que después quisiera rectificarla o reformarla, este deberá de igual forma recurrir a un juzgado especializado a fin de solicitar la modificación según sea el caso.

#### **4) Tenencia Provisional**

Es la capacidad del progenitor que no posee la custodia de pedir al juez especializado provisionalmente la tenencia provisional por motivación de que se encuentre en peligro la integridad física del menor, cuya tenencia debe ser probada en caso de riesgo a la integridad física, o también puede realizarse la tenencia provisional por mutuo acuerdo, en caso de uno de los progenitores deba ausentarse por motivos personales, familiares o laborales.

También se explica que quien no posea la custodia por derecho puede pedirla al juez, quien deberá otorgarla dentro del plazo de 24 horas. En caso se tenga sospecha de que el menor corre riesgo grave al estar con el otro progenitor, y existiendo emisión de resolución judicial, este deberá devolverlo inmediatamente por orden judicial.

A la vez quien posee la custodia del menor evidentemente no puede solicitar la tenencia provisional ya que este mismo ya la tiene de hecho sin la necesidad de resolución judicial expresa. Se comenta también que la capacidad de solicitar la tenencia provisional viola el derecho de



igualdad ante la ley, ya que deben ser ambos progenitores los que puedan acceder a solicitar una tenencia provisional.

Para el **Dr. Fermín Chunga Lamonja**, observa que el artículo 87 del Código del niño y Adolescentes carece de coherencia debido a que debería proteger a todos los niños de todas las edades en vez de solo a los menores de tres años de edad, y de igual forma proteger de modo inmediato la integridad del niño y no a las 24 horas ya que esto provoca aumentar el riesgo en la integridad del menor citando por ejemplo ***el caso de un padre desquiciado que mató y descuartizó a sus hijos a pesar de la denuncia oportuna de los vecinos ante los juzgados de menores.***

### **5) Tenencia en Caso de Divorcio**

**Ling, F. (2011).** En cuanto este tipo de tenencia citamos a ello el artículo 340º del Código Civil el cual establece siempre una opción de tutela para los menores dependiendo las alternativas que se tengan y los riesgos que se presenten como amenaza ante la integridad del menor o los menores, disponiendo de tal forma que en caso que ninguno de los progenitores pueda ser capaz de acarrear tal responsabilidad disponer la tutela a terceros familiares como tíos o abuelos quienes también están facultados a solicitar las disposiciones que consideren beneficiosas para los menores.

### **6) La Tenencia por Sentencia Judicial**

**Ling, F. (2011).** El medio de obtención de la tenencia por sentencia judicial en el proceso judicial de separación convencional y divorcio ulterior, es adjuntar a la demanda un convenio con las propuestas en las que deben señalar los regímenes de patria potestad, esta propuesta le es útil al juez para fijar en lo referente a la instrucción de la patria potestad, por lo que recurriendo a la ley, se refiere a que uno de los progenitores

poseerá el derecho de la patria potestad y con ella sus derechos conexos e inmersos como el derecho a la tenencia, pero eso no quiere decir que la otra parte pierde este derecho, de otro modo, solo se ve afectado de forma limitada o recortada pero a la vez aún continúa manteniendo la patria potestad pero bajo un régimen de visitas, este tipo de proceso se tramita en la vía sumaria conforme al código procesal civil.

### **7) La Tenencia en una Sentencia por Nulidad o Anulabilidad de Matrimonio**

**Ling, F. (2011).** Al desarrollar y presentar una demanda por nulidad o anulabilidad de matrimonio acto seguido con el proceso se resuelva la tenencia de los menores en caso que los progenitores no logre culminar en un acuerdo sobre lo mismo.

### **8) Tenencia y el Acta de Audiencia de Conciliación**

**Ling, F. (2011).** En el acontecimiento de una conciliación, el acta de la audiencia conciliatoria queda y sirve para acatar los acuerdos pactados, y en el caso que la otra parte incumpla con el pacto acordado la otra parte puede solicitar la modificación y variación de la tenencia como del régimen de visitas plasmadas en el acta.

### **9) Perdida de la Tenencia por otra Resolución Judicial**

**Ling, F. (2011).** Una vez ya adquirida la tenencia por resolución judicial a futuro pueden acontecer diversos eventos, que siendo requeridos y verificados en su debido momento le puede permitir al otro progenitor gestionar la tenencia, en este caso la legislación fija dos casos los cuales son los siguientes:

### **a. La Variación de la Tenencia**

**Ling, F. (2011).** Este derecho es atribución de un solo progenitor, y el derecho a gestionar la variación de la tenencia le corresponde al progenitor despojado de esta. Así mismo el progenitor poseedor de dicho derecho es el responsable del total del cuidado del menor, si en caso contrario dichos cuidados no sean idóneos o carecieran de existencia la legislación constituye la facultad para que el progenitor no poseedor gestione la reforma de la tenencia.

Por otro punto, la ley fija que la variación de la tenencia se realiza bajo la instrucción de un equipo multidisciplinario con el objetivo de que el cambio no genere daño o trastorno en el menor en los casos cuando el padre poseedor del derecho ha tenido durante un tiempo considerable al menor bajo su cuidado y por este motivo se haya fortalecido el grado de amor, dependencia y compatibilidad del menor con el poseedor del derecho, provocando un desequilibrio para la otra parte con interés legal, y por último se procederá de forma inmediata con el cumplimiento del fallo en el caso que exista amenaza o peligro en la integridad del menor.

A modo de conclusión, un requisito indispensable es que exista la tenencia por mutuo acuerdo, divorcio o por resolución judicial que establezca la separación convencional, y para poder generar la variación de la tenencia sobre el otro progenitor este debe considerar que debe poseer el derecho a la tenencia también, para tal efecto deberá gestionar nuevo proceso de tenencia y solo con otra resolución judicial podrá efectuar la variación con carácter de cosa juzgada.

## **b. Variación de la Tenencia por Incumplimiento del Régimen de Visitas**

**Ling, F. (2011).** En el presente caso citamos a ello el Código del niño y adolescentes Capítulo III Régimen de Visitas, Artículo 91° el cual nos da a conocer lo siguiente: ***“El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia.”***

Para la segunda parte de este artículo es imprescindible resaltar que en el caso de resistencia, o de alguna otra forma se imposibilite al otro progenitor poder visitar a sus hijos y consecuentemente provocando que incumpla indebidamente la resolución judicial, este último tiene derecho de gestionar o solicitar la variación de la tenencia, por tal motivo el anterior progenitor poseedor de la tenencia perderá tal derecho por no efectuar o cumplir debidamente ***el Acta de Conciliación Judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del Proceso de Divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso.***

## **2.6. LA FAMILIA**

**Castillo, A. (2013)** Nos indica dos frases que explican el concepto de familia, las cuales son: ***“Base o piedra angular de la sociedad”.*** ***“La familia es la célula primaria y vital de la sociedad porque constituye su fundamento y alimento continuó mediante su función al servicio a la vida”.***

### **2.6.1. Conceptualizaciones de la Familia**

**Ramírez. L. (2007).** Las diversas nociones de **“familia”** han generado discusión y de alguna forma volver a definir que es, pero todo

depende de las peculiaridades que socialmente han intervenido en ello, puesto que día a día ha habido variaciones culturales, sociales.

Según **Gough (1971)** citado por **Ramírez, L. (2007)**. La define de la siguiente manera: ***"una pareja u otro grupo de parientes adultos que cooperan en la vida económica y en la crianza y educación de los hijos, la mayor parte de los cuales o todos ellos utilizan una morada común"***; por lo que compromete diversos puntos, los cuales son:

- 1º La restricción de contraer matrimonio con algún pariente próximo.
- 2º La colaboración en el hogar será tanto del varón como la mujer, pero dividida de acuerdo por como sea conveniente según su género.
- 3º Al contraer el matrimonio este debe ser perdurable comprobada por la sociedad; es a través de ella que también generara el vínculo de paternidad, como conexión con su mujer y sus hijos procreados por ambos.

**Ramírez, L. (2007)**. Así mismo **Levi-Strauss (1949)**, asigna que la familia como un conjunto social, guarda tres particularidades que son las siguientes:

- a) Se inicia al contraer matrimonio
- b) Se encuentra constituida por el varón, la mujer y los descendientes que han surgido del matrimonio; pero también cabe la posibilidad que puedan convivir en este grupo otro pariente.
- c) Al constituirse esta figura se generan obligaciones, derechos, que deben de ser respetados y no vulnerados.

Nos da a conocer **Olvarrieta (1976)** mencionado por **Ramírez, L. (2007)**. Que los cargos que tiene la familia son fundamentales y

absolutos, poseyéndolo cada integrante de ella, esto procede del campo biológico dispersándose en los niveles sociales y culturales; buscando satisfacer cada quien las necesidades que requiera pero para ello permanecer unidos para de esta manera en si buscar la supervivencia, protección y la pedagogía de los hijos procreados por ambos padres.

Acorde a **Goode, W. (1964)** citado por **Ramírez, L. (2007)**. Incorpora algunas peculiaridades a la institución familiar las cuales son las siguientes:

- a) Dentro de las instituciones sociales que se han desarrollado tenemos tanto la religiosa, como la familia.
- b) Al autorizar la representación de algunas funciones familiares solo se dará a terceras personas, puesto que en otros papeles sociales no se da.
- c) En el caso de incumplimiento de los deberes que se generan en esta institución no generara alguna represión, puesto que en otras si se da, asimismo cabe connotar que no se ve expuestos a algún tipo de castigo ya que la mayoría de obligaciones sé si cumplen.
- d) Al designarse los roles para cada participante de la familia es conforme a su capacidad de actuar para que lo realice.
- e) En el caso de las funciones sociables son retraibles, pero en este caso hablando de organización familiar puede que no se vea de esa forma.

Una de las particularidades que se ve en la institución familiar es la complicada relación y reciprocidad que hay entre los elementos tanto en los culturales como biológicos; no es muy relevante pero ha generado diversos comentarios puesto que la familia se ha desviado de una dirección a otra, siempre y cuando según sea la expectativa del indagador.

A pesar de las contribuciones de los autores ante la conceptualización se puede enfatizar que la **parcialidad determinista** se ve afectada por los elementos biológicos, pues nos referimos a la adaptación que sufre la familia por la evolución. Otro punto que da conocer es la influencia de circunstancias culturales; puesto que considera que el ser humano nace inmaduro y desprotegido a comparación de otros animales, por lo que no tiene dispositivos automáticos de adecuación.

**Olivia, E. y otro (2013).** Conforme a las investigaciones por los científicos indican que el vocablo familia, proviene del latín **familiae** que denota **“grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens”**. Para otros proviene del el vocablo **famulus** que se refiere **“siervo, esclavo”** también indica que proviene del latín **fames** que es aquel **“Conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un pater familias tiene la obligación de alimentar”**, por esta concepto podemos indicar que los hijos procreados por la cónyuge del pater familias forma parte de la pertenencia del mencionado, asumiendo todo tipo de responsabilidad de los mencionados.

Teniendo en cuenta la conceptualización y de acuerdo con **Rousseau: “La sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia; y aún en esta sociedad los hijos solo perseveran unidos a su padre todo el tiempo que le necesitan para su conversación. Desde el momento en que cesa esta necesidad, el vínculo natural se disuelve.”**

Los descendientes deben tener la libertad de obedecer a los padres; dispensado de las atenciones que tenían los padres hacia sus hijos es que de alguna forma recupera su individualización; en vista de que mantengan juntos ya no es obligación sino por voluntad y mutuo acuerdo para que la familia permanezca unida.

Lo que se puede observar con la familia es el tipo de prototipo de las sociedades políticas el jefe es la representación del padre, y el pueblo es la representación de los hijos; y al nacer todos con igualdad y libertad ante todos, solo transfieren su libertad por su beneficio.

**Enciclopedia Británica (2009).** Nos señala que la familia acorde con la **Declaración Universal de los Derecho Humanos** es el fundamento inherente de la sociedad; teniendo que resguardar tanto el estado y la sociedad; asimismo en la mayoría de países occidentales la noción de familia ha variado ampliamente a causa de la evolución histórica los derechos humanos.

#### **2.6.2. Tratadistas que se Pronuncian Sobre Familia**

**Wikipedia (2016).** Nos hace referencia a **Bachofén**, quien habla a través de su investigación de acuerdo a las concepciones religiosas más antiguas fundamentadas en divinidades femeninas; planteando en la obra que realizo en **1861** titulada ***El derecho materno***, que consistía que la maternidad era la base fundamental prácticamente de todo lo que fuese referencia a las bases culturales, sociales y religiosas.

**Wikipedia (2016).** Nos da a conocer la postura de **MacLennan** respecto a la familia, hablándonos de la endogamia y exogamia **1865**, en la primera consiste en contraer matrimonio entre personas que pertenezcan a una mismo grupo, raza. Y la segunda es la que prohíbe la primera, puesto que no permite contraer matrimonio con los del mismo grupo; pero ellos eligen al cónyuge con el que uno se casara.

En **Wikipedia (2016).** Nos describe que **Morgan** realizo estudios respecto a los lazos que reúne a un grupo que formaran parte de ser “La



**Sociedad Primitiva”, “la familia es un elemento activo, que evoluciona a la medida que lo hace la sociedad”**

### **2.6.3. TIPOS DE FAMILIA**

**Hernández, S. (2013).** La familia moderna por la transformación de las estructuras ha obligado a que se creen otros vínculos familiares, los cuales son las siguientes:

#### **1) Familia Matrimonial**

Este tipo de familia es cuando contrae matrimonio una determinada pareja pero que tendrán una relación tanto religiosa como legal teniendo siempre la protección integral de los hijos procreados en el matrimonio frente a los efectos patrimoniales y personales que genere esta.

#### **2) Familia Extramatrimonial**

Esta circunstancia se da cuando no se contrae matrimonio, es una circunstancia de hecho, pues aquí no hay una relación religiosa o legal; puesto que son vínculos duraderos, eventuales, pasajeros o efímeros. En el Perú se encuentran reguladas como unión de hecho e incluso en el transcurso de dos años se puede inscribir, para que de esta manera surta los efectos igual que un matrimonio.

#### **3) Familia Monoparental**

La familia es consignada por una sola persona sea este el padre o la y esto se manifiesta como resultado de:

- a.** Por abandono de una de las parejas; ejerciendo la paternidad y maternidad individualmente
- b.** Con la que parejas que contrajiste matrimonio esposa (o) fallezca te encontrarías en un estado de viudez.

- c. En caso de divorcio, separación o la posible nulidad del matrimonio; producto de dicha relación conciben a un hijo, entonces la paternidad o maternidad sea adoptiva o biológica la ejercerían independientemente.

Esto tipo de situaciones casi siempre quien toma el mando de la familia es la mujer. Además obtiene un interés en la dinámica de la familia; puesto que otros familiares, como los tíos y abuelos forman parte de ella. Es de gran envergadura las situaciones que se generan de este tipo de familias teniendo como ejemplo:

***“el diseño de políticas sociales y planes de apoyo a la monoparentalidad más desprotegida, este diseño debe de incluir el género de la persona responsable, su edad, sus recursos económicos o sus circunstancias personales, y así promover su protección integral, ya que los miembros de estas familias en muchas ocasiones los más vulnerables, como los niños y madres solteras”.***

#### **4) Familia Ensamblada**

Esta familia surge por dos situaciones: al contraer matrimonio o cuando se da la unión de hecho; pero para ello una de las parejas o los dos tienen sus descendientes provenientes de un matrimonio anterior o de una relación anterior que tuvo.

Considerando la realización de una familia constituida por un nuevo núcleo; ya que se ha establecido una estructura de subsistema familiar; construyendo un vínculo que se origina de la relación de los hijos con la madre y padre que se surgió de diferentes hogares, sumándose cada uno de los participantes. Conforme a lo que se mencionó se clasifican de la siguiente manera:

- a. **Familia biológica.-** Es cuando tienen una relación o vinculo por el grado de consanguinidad. Por ejemplo si la descendencia se da de un tronco común o descienden de uno de otros; tenemos los hermanos, abuelos, padres e hijos, primos, tíos entre otros.
- b. **Familia sustituta.-** Este tipo de familia se da por personas que solo tienen una relación legal; por ejemplo: cuando se torga la tutela o el menor se encuentra en un hogar auxiliar, por otro lado cuando el menor no tiene un hogar puesto ignora de su familia o no puede permanecer en ella, brindándole una institución su acogida.
- c. **Familia nuclear.-** En esta situación el papa, la mama y los hijos se encuentran vinculados por una relación legal o consanguinidad.
- d. **Familia extendida o ampliada.-** Esta familia se encuentra constituida por lo familiares que tiene un grado de consanguinidad, afinidad o vinculo legal; por ejemplo los cuñados, tíos, abuelos sobrinos, suegros. La familia mencionada es la que surge sobre todo en América Latina.

## 2.7. EL MATRIMONIO

### 2.7.1. Etimología

Ruiz, R. (2014). El vocablo matrimonio deriva de “*matris*” traduciéndose a madre y “*munium*” teniendo como concepto **carga o gravamen**, infiriéndose que es la ocupación de la mamá. El contraer matrimonio en Roma era la primordial institución al nivel social dado que tenían como propósito que los hijos que se procrearan tenga derecho a la herencia, pero siempre que se acate los requisitos requeridos.

Siendo actualmente hay situaciones que han cambiado pero aun así se conservar algunos mitos entre ellos tenemos: la pedida de mano

ante el asentamiento de los padres, el beso que se da la pareja luego del que padre los declare marido y mujer.

## **2.7.2. Conceptualizaciones del Matrimonio**

### **a. Punto De Vista Sociológico**

**Ruiz, R. (2014).** Es aquel vínculo que tiene por origen *la unión intersexual* que se encuentra contemplada en la ley; reconocida como una institución. Visto esto se considera que el origen de la familia es el matrimonio; ya que tanto el hombre y como la mujer se unen para cumplir ciertas obligaciones y derechos, que se encuentra reconocida por la ley.

### **b. Punto de Vista Jurídico**

**Ruiz López, R. (2014).** Se reconoce el matrimonio como aquella unión de un varón y una mujer, produce una sociedad conyugal donde se deben de cumplir los derechos y obligaciones que se genere entre los cónyuges.

Se entiende que hay que seguir ciertas formalidades legales para que no se vea envuelta esta figura en nulidad, de esta manera se realice una completa sociedad de supervivencia. En el artículo 234º del Código Civil nos señala que el matrimonio debe realizarse entre el varón y mujer, teniendo como características la voluntad con el fin de hacer una vida en común.

**Azabache, C. (2010).** Realizando un análisis acerca del matrimonio según lo que establece nuestro Código Civil, podemos resaltar lo siguiente:

- a. Acto voluntario.-** Nadie puede obligar a contraer matrimonio con la pareja que no desees; si hay la negativa de casarse, así se haya

comprometido anteriormente, sin su consentimiento no se realizara ese acto.

- b. Dos personas de distinto sexo varón y mujer.-** Las personas que contraerán matrimonio siempre y cuando se trate de una mujer o varón; no obstante en otras legislaciones si se permite el matrimonio del mismo sexo.
- c. Acto formal.-** El matrimonio tiene que celebrarse con los requisitos que establece según nuestra legislación.
- d. Vida común.-** El propósito de nuestra ley es que la pareja que quiere contraer matrimonio es por simple hecho de querer convivir el resto de su vida con la persona que ellos consideren la adecuada; así sea entre jóvenes o adultos esa es la figura.

### 2.7.3. Finalidad del Matrimonio

**Ruiz, R. (2014).** Al realizar la investigación correspondiente se puede llegar que se encuentra dos componentes, que cuales son los siguientes:

#### 1) El Sociológico

- a.** Según **Kant** citado por **Ruiz, R. (2014)**. Por la satisfacción sexual ya que considera que todos tienen instinto sexual; así se ve en las relaciones eventuales se llega al mismo fin.
- b.** Acorde **Montaigne y Schopenhauer** citado por **Ruiz, R. (2014)**. Indica que uno contrae matrimonio por la tranquilidad, comodidad de su descendencia; pero niega que lo conviertan en una herramienta al servicio de la otra.
- c.** Según **Aristóteles y Santo Tomás** citado por **Ruiz, R. (2014)**. Establece que el matrimonio en sí tiene dos finalidades: el instinto de procrear y criarlos, educarlos a sus semejanza; y la segunda es buscar el apoyo de los cónyuges para poder

sobresalir, llegar más allá de lo que personalmente uno no puede.

## 2) El Jurídico

- a. Lo que señala **Pianol y Ripert**, citado por **Ruiz, R. (2014)**. Considera que el propósito del matrimonio es tener prole, descendencia; no obstante señalan que más allá de eso es que reconozcan la unión sexual que tiene un varón y mujer.
- b. Según **Ennescerus**, citado por **Ruiz, R. (2014)**. Confirma que el propósito se encuentra en halla en constituir una completa sociedad de vida.
- c. Concluyendo **Cornejo Chávez**, citado por **Ruiz, R. (2014)**. Señala la misma posición de **Aristóteles y santo tomas** líneas arriba.

### 2.7.4. Formas Matrimoniales

**Ruiz, R. (2014)**. Encontramos diversas formas de contraer matrimonio las cuales son las siguientes:

- A. El Matrimonio Civil Obligatorio.-** Este tipo de matrimonio es la que surtirá efectos legales y ya es facultativo si desean contraer el matrimonio religioso.
- B. Matrimonio Civil y Religioso.-** Este tipo de matrimonio es potestativo de acuerdo a la pareja; pero hay legislaciones que les imponen que se realicen el matrimonio civil por los efectos que puede surtir ello; hay otras legislaciones que permiten que se realice el matrimonio religioso de acuerdo al derecho canónico.
- C. El Matrimonio Religioso Obligatorio para todos Católicos y Civil Para los no Católicos.-** Este tipo de matrimonio debe ser

realizado entre los católicos como se encuentra establecida en el derecho canónico; para los que no profesan la religión, es complementario contraerlo por religioso; se considera en otras legislaciones que ambas tienen similares efectos; puesto que el casamiento religioso se inscribe en el registro civil.

**D. Matrimonio Consensual.-** Se encuentra fundamentado en “*common law marriage*” solo con el asentamiento de los que contraerán el matrimonio perfecciona que se de esta figura.

**E. Matrimonio por Equiparación.-** Este tipo de matrimonio se instalan en las legislaciones que proveen el vínculo duradero y particular entre la mujer y varón pero para estas situaciones se dan determinadas formalidades. Las legislaciones mencionadas se deben a la realidad sociocultural en donde se proliferan las convivencias y las uniones de hecho, es por ello que la igualdad prevenida incorpora los resultados al matrimonio concretado. Para que se compruebe estas situaciones tienen que solicitarse en el registro civil si se dan.

## 2.8. DIVORCIO

### 2.8.1. Etimología del Divorcio

Ruiz, R. (2014). El vocablo deriva de *divortium* que procede del verbo *divertere* que denota separarse o encaminarse uno por su lado. Otros autores como Peralta Andria manifiestan que proviene de *divortio* o *divertís* que corresponde a emanciparse, independizarse.

En la antigua roma el acontecimiento más significativo de la disolución del matrimonio era el divorcio, esto incluía la disolución del matrimonio; es decir “*affectio maritalis*” finalizaba, en efecto es cuando

se diluía la relación que tenían el marido y mujer pues ya no quieren conservar ese lazo.

Con el pasar de los años se fue desvirtuando la institución familiar y a la vez la organización social de la patria potestad se desgasto, perdiendo las costumbres habituales debido a dos razones el adulterio producido por uno de los cónyuges y el incremento de divorcios.

### **2.8.2. Definiciones del Divorcio**

**Ruiz, R. (2014).** Podemos definirla como el alejamiento pleno y decisivo de la relación matrimonial; por cualquiera de las causales señaladas expresamente en nuestro ordenamiento, asimismo el divorcio tiene que ser manifestado por el órgano competente teniendo como precedente que el proceso haya sido iniciado por uno de los contrayentes.

Según **Taramona** citado por **Ruiz, R. (2014)**. Indica que el divorcio **es la ruptura del vínculo matrimonial**, por las causales que se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico; poniendo fin a los vínculos tanto de orden personal y patrimonial.

Acorde con **Cornejo Chávez (1990)** mencionado por **Ruiz, R. (2014)**. Nos da a conocer que la tramitación de divorcio es muy extenso y engorroso pero al obtenerlo se concluye dicho lazo que ha sido generado entre ambos contrayentes; por lo se puede contraer otro matrimonio con otra persona.

### **2.8.3. Causales del Divorcio**

En el análisis **Azabache, C. (2009)**. Nos indica que al momento de contraer matrimonio hay determinadas causales teniendo ello como



impedimento a una vida en común, no prosiguiendo y conllevando al divorcio; las cuales se encuentran establecidas por nuestro Código Civil en el artículo 333º del inciso 1 al 12.

A ello se realizara un análisis, expresando los siguientes motivos: Una vida sexual con persona distinta con quien se contrajo matrimonio; el comportamiento inadecuado hacia la pareja, maltrato verbal o físico que genera lesiones; no prefiriendo estar expuestos a ello es que deciden realizar el divorcio así mismo también el simple hecho de agredir a la pareja para que tenga como resultado la muerte; es poner tu vida en peligro; afectar la dignidad de la persona haciendo que su pareja no pueda vivir en un ambiente armonioso; como lo mencionamos al contraer el matrimonio es para hacer una vida juntos; pero uno de las parejas decide alejarse de su familia realizando un abandono no justificado es motivo de terminar la relación; el uso continuo y reiterado de las drogas hace que pierda el control por solo satisfacer sus vicios y no las del hogar; cuando uno de las parejas obtiene una enfermedad sexual, así también la causal de homosexualidad y el ser parte autor de un delito doloso generará el alejamiento de la pareja y no cumplirá con sus deberes en el hogar después de haberse contraído el matrimonio.

#### **2.8.4. Efectos del Divorcio**

Según **Ruiz, R. (2014)**. Nos da a conocer un análisis desde su criterio; ya que al darse el divorcio tendrá como resultado los aspectos tanto patrimoniales como personales, el cual se encuentra en nuestro Código Civil en el Título IV, Capítulo II del artículo 350º; las cuales son los siguientes:

##### **1) Ruptura Del Vínculo Matrimonial**

Al resolver el divorcio ya cada quien continua con su vida porque puede contraer matrimonio nuevamente; pero en el caso de la mujer ella

tiene que aguardar 300 días después del divorcio debido a que pueda quedar embarazada de su ex esposo; si llega a suceder ello tendrá que realizarse un inventario de los bienes para el hijo y quien es que se encargara de la administración.

## **2) Alimentos**

En esta situación los ex cónyuges se deben una pensión alimenticia a causa si la otra persona sufre de escases de patrimonio propio, puesto que también se dio el divorcio por una de los contrayentes; pero esta pensión no debe superar la tercera parte. En el caso de que contraiga nuevo matrimonio culmina automáticamente la pensión alimenticia sin la necesidad de una sentencia judicial, asimismo ***“El cónyuge indigente deberá ser socorrido por su ex-conyugue aunque hubiese dado motivos para el divorcio”*** pero al ya no haber el estado de necesidad se demanda la exoneración de alimentos.

## **3) Indemnización**

Esto se da cuando hay un daño moral de por medio puesto que como consecuencia del divorcio ha afectado el legítimo interés personal de uno de los contrayentes, dado que este daño moral procede por la violencia verbal, psicológica, física entre otras; pero a todo ello el juez encargado analizara las condiciones pertinentes que llevaron a conceder este hecho y otorgara la indemnización pertinente.

## **4) Gananciales**

Los gananciales son el patrimonio que ha surgido al momento de contraer el matrimonio; pero en esta situación uno de los cónyuges es el responsable del divorcio por lo que perdería los bienes que forman parte de su ex cónyuge; pero en el caso de los frutos se obtiene el patrimonio social, estos se adquieren por el trabajo que realiza el cónyuge, también

los frutos y productos de aquellos bienes propios tanto de la sociedad conyugal y las rentas de derechos de autor. Cabe dar a conocer que el cónyuge responsable del rompimiento de matrimonio no debería de recibir nada puesto que por su causa las obligaciones que se contrajeron al realizar el matrimonio no se efectuaron como debió de ser. Ahora si la causal fuera el **abandono injustificado del hogar**; como se mencionó pierde las gananciales de acuerdo a la perdurabilidad de la separación.

En el caso de del patrimonio social son por la producción del empeño de ambos cónyuges por ello no sería equitativo que entretanto uno este acrecentando el patrimonio social y el desleal se favorezca. Ello además de ser inaceptable sería deshonesto.

## 5) Herencia

En esta situación cuando se da el divorcio no le pertenecerá los derechos hereditarios a la pareja que fue desleal, debido a que se vuelve prácticamente en un desconocido, por la actitud del responsable de la desunión

## 6) Apellidos

Este punto nos da a conocer que ya realizado el matrimonio en algunos casos, puesto que la mayoría no llevan adherido el apellido de su esposo, pero en el que si lo fuese ya obtenido el divorcio **prohíbe a la mujer continuar usando el apellido del marido**; para ello no es necesario la sentencia de divorcio de manera expresa, ni realizarse algún procedimiento complementario.

## 7) Los Hijos

Cuando se da el divorcio los que sufren son los hijos debido a que ellos consideran que su hogar se ha desunido, la protección que tenían

por sus padres y la vida en común se ha fragmentado. No obstante esto tendría como resultado los traumas y problemas que le pueden ocasionar; uno de ellos es la rebeldía del menor ante su familia. Por el contrario en el caso de la filiación no se ven perjudicados los hijos ante la separación de los padres.

En la caso que el divorcio sea consensado por ambas partes; el juez considerara lo acordado por los contrayentes; en el caso que el motivo del divorcio se haya dado por una causal resultando que ambos son culpables, el juez decidirá de acuerdo a las circunstancias; pero en el caso que uno de ellos fuera solo el responsable de la desunión el cuidado de los hijos se le concederá al que no fue responsable.

En la realidad hay una mayor transigencia cuando se ven involucrados los hijos puesto que prima la tranquilidad de ellos; es así que los encargados de administrar justicia tienen que decidir apreciando todas las circunstancias; y fundamentalmente basándose en el interés superior del niño.

Por otra parte el juez encargado del caso tiene que confiar la asistencia del menor a uno de los cónyuges, a ello se le denomina el ejercicio de la patria potestad sobre los hijo; suprimiendo el ejercicio al otro cónyuge; en cuanto a ***la suspensión comprende a ambos si el Juez confía en el cuidado de los hijos a terceras personas.***

No obstante cabe realzar que no se le priva de preservar algún tipo de relación de padre e hijo, es de lo que se encargara el juez, de velar por el bienestar del hijo por ello se debe de ver que ninguno de los cónyuges quede impedido de comunicarse con sus hijos.

Por último se señala que los padres que tengan la culpa o no del divorcio deben de aportar para la alimentación, educación pero siempre de acuerdo a las posibilidades económicas que tengan cada uno de ellos,

en el caso de que el encargado de la custodia falleciera o por cualquier circunstancia no pueda ejercer la patria potestad quien pedirá para que el juez se pronuncie sobre este tipo de situación dictando medidas o prevenciones convenientes para el menor, son los padres los hermano mayores de edad o el consejo de familia.

## **2.9. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**

### **2.9.1. El Principio del Interés Superior del Niño**

Según **Pinella, V. (2014)**. El principio del interés superior del niño no se encuentra dentro de los principios del derecho de familia. Ya que se puede encontrar en el **artículo 3° de la Convención sobre sus derechos** para verificar ello. De igual manera no se encuentra citado para que se observe y se garantice solo por la institución de familia y los sujetos que la conforman; puesto que las medidas de protección se derivan de las autoridades encargadas en las diferentes ramas y distintas entidades, estas son las que se encargaran de afrontar el problema de niño en nuestra sociedad.

En cuanto a quien corresponden los derechos que se encontraran respaldados por el interés superior del niño y siendo redundantes abarcara al niño, niña y adolescente así se encuentren en estado de abandono o carezcan de padre o madre; siempre cabe duda de ello, porque se tiene en cuenta que esto traerá ciertos efectos de la seguridad que se le ofrece al menor así también el fomento y protección de los derechos del mismo. Con respecto de la instrucción que nos darán los órganos interamericanos ante que no se vulneren los derechos humanos, se tendrán como obligados los siguientes:

- a) Los progenitores del menor, es decir la familia del niño.
- b) Tenemos el estado, comprendiendo sus tres poderes. **“En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas**

**efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación de este principio”;** el poder legislativo debe de estar dirigida de acuerdo al interés superior de los niños, niñas y adolescente y obviamente el poder judicial; las determinaciones de los que administran justicia en los casos de niñas, niñas y adolescentes deben ser motivadas, encaminadas y definidas por el principio del **interés superior del niño.**

- c) Por ultimo tenemos a la comunidad, pero se preguntaran como forma parte de los obligados; se ve forzada puesto que influenciara en los pauta que forman parte del interés del niño. Así tenemos como **la convención sobre los Derechos del Niño introdujo el principio de la consideración primordial del interés superior del niño.**

La gama de derechos que constituyen la catalogación, es lo mínimo que se puede exigir al estado, ya que se estimula para incorporar más derechos en la carta magna de esta manera extienda el contenido y significado solo de uno de los derechos de la catalogación o también para que desarrolle el goce de los derechos que existen y las probabilidades de ejercerlo.

Podemos indicar que el estado tiene como responsabilidad intentar que la actuación de los derechos del niño, niña y adolescente que no sea un deber fijo más bien todo lo contrario sea parte del funcionamiento del ordenamiento jurídico avanzándose de acuerdo a las fuerzas que lo empujan, desarrollándose ininterrumpidamente; ya que accederá a la mejora de los supuestos que son obligatorios para el goce total de los derechos que le corresponden. Se considera que el estado contrae dos obligaciones básicas las siguientes:

- a. Que los derechos de los menores sean acatados cabalmente.
- b. Que la actuación de los derechos sean respaldados.

A todo esto el interés superior del niño denota que el menor poseerá una “**protección especial**” tendrá a la mano servicios y oportunidades siendo otorgado por la ley para que de esta manera tenga un actuar adecuado en lo espiritual, moral, mental, físico y comunitariamente de modo saludable y satisfactorio, también en las situaciones que se ve involucrada su dignidad como persona y su libertad.

La alusión que se tiene del interés superior del niño no es que aplica desde que se encontraba explícitamente expresa; ya que se viene actuando antes de que se promulgara la Convención sobre los Derechos del niño; no obstante se decretan leyes con el propósito de que la deferencia primordial sea contemplar el interés superior del niño.

Refiriéndonos a la palabra “**superior**” hace referencia a completo y bueno; **el interés superior del niño/niña se encuentra protegido por diferentes derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio;** en efecto lo que se manifiesta con el principio del interés superior del niño es que **el interés** debe de prevalecer ante cualquier instante, darle la solución en determinadas controversias que en las que se ve perjudicado. Teniendo para ello las siguientes funciones:

- a. Programático.-** Será coordinado por los funcionarios administrativos y legisladores que tengan facultades de reglamentar; de esta manera propagara diversas normas e instituciones.
- b. Efectivo.-** Surtirá efectos de manera inmediata en las posteriores inclinaciones:
  - b.1** Como modelo de explicación del derecho que se encuentra expreso puede llegar a contradecir la ley.
  - b.2** Permita completar aquellos vacíos legales
  - b.3** Permitirá aspirar y propulsar decisiones determinadas de acción afirmativa.

En definitiva el principio ya antes mencionado es aquel fundamento benevolente y donde se interviene diversos factores; para que de esta manera comprenda diversos principios que protejan la autorrealización y el crecimiento total del niño, en el medio que se desenvuelve, así también resguardarlo.

Ya que el interés superior del niño es el cumulo de bienes que son imprescindibles para que su desarrollo tanto moral, físico, mental, espiritual: sea íntegro y a la vez se vele por la seguridad del niño, niña y adolescente; no vulnerando ninguno de los derechos que se encuentren o no reconocidos, para avalar que el bienestar sea mayor.

### **2.9.2. Características del Interés Superior del Niño**

**Zermatten, J. (2003).** El interés superior del niño se basa en las siguientes características:

- 1) Es un **principio** que debe de aplicarse referente a los niños, respaldándose si es que se ve envuelto en alguna controversia analizando su situación conforme al principio.
- 2) **Obligación** forzada a los Estados para que de esta manera se acapare ante todo el interés superior.
- 3) **Sujeto de Derecho**, el niño debe ser escuchado al momento de dar a conocer su punto de vista y no debe ser víctima de discriminación.
- 4) El interés del menor es un **concepto jurídico indeterminado** considerando que debe ponerse en práctica de acuerdo a las preceptos establecidos ello definirá el interés superior del niño; buscando soluciones a través de los diversos casos que se presentan teniendo en cuenta **quien debe decidir, el tiempo y el concepto de criterio de discernimiento.**
- 5) **Tiempo y espacio**, puesto que se generara a través del tiempo los **conocimientos científicos** en torno a la niñez y el predominio de una **teoría** que se designa en una situación específica en cuanto a



al espacio se refiere los preceptos que se encuentran permitidas en el estado.

- 6) **Largo plazo;** alude que la noción del interés superior del niño al momento de aplicarse no es la circunstancia hic et nunc, sino más bien nos referimos en cuanto al futuro del menor, ya que se desarrolla con el transcurso del tiempo así que tiene disociarse de la legislación del todo enseguida puesto que busca asegurar un futuro panorama conforme a lo anteriormente mencionado de que el menor debe ser escuchado.
- 7) **Evolutiva,** los fundamentos del niño se desarrollan y el perfeccionamiento de los conocimientos siguen adelante, en cooperación de la jurisprudencia ya la doctrina.
- 8) **Subjetividad colectiva;** la que la sociedad da a conocer una percepción del interés del menor en un determinado momento, ósea como evolucionando la historia.
- 9) **Subjetividad personal,** el interés superior del niño se acentuara en tres niveles las cuales son las siguientes:
  - a) **Subjetividad de los padres.-** La mayoría de los padres buscan proceder en torno al interés del menor aun si se es impulsado por fundamentos egocentristas.
  - b) **Subjetividad del niño.-** Esto hace referencia cuando el niño tiene voz y el derecho a hacer escuchado; no aminorándose solo con la concepción del padre, por lo que tampoco puede ser con la precepción que tiene el menor de sí mismo.
  - c) **Subjetividad en fin del Juez.-** Esto se debe a que el Juez da a conocer su decisión de acuerdo al contexto del menor.

Todos los caracteres del interés superior del menor nos demuestran que hay una ductilidad y la abundancia de este principio y que también afronta las debilidades que tiene. Además no hay una noción específica, siendo condicional al tiempo y espacio; perjudicando de

alguna forma al menor, puesto que se busca proteger los intereses de la familia o el estado en menoscabo del niño; acondicionándose tanto por las diversas concepciones que se generan por los niveles socioeconómicos, costumbres y diversas culturas.

### 2.9.3. Significado al Calificativo “Superior”

**Pinella, V. (2014).** En este punto aclararemos como se conceptualiza el interés superior del niño; a ello surge una pregunta **“¿se está queriendo decir que los derechos del niño son jerárquicamente superiores a los de los adultos y, por consiguiente, que priman sobre estos?”** Según nos indica la autora puede que la respuesta fuese de manera afirmativa, pero el adjetivo superior no tiene esta significación **ya que fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales.** Esto de alguna forma representa que tan importante es el menor en la sociedad y en la familia puesto que debe ser respetado y considerado, así pues que se compromete velar por el amparo y la seguridad de su interés social.

En definitiva, en la disciplina filial a la sociedad le importa que se indague acerca de la veracidad biológica garantizando el compromiso en cuanto a la procreación y el derecho que tiene todo niño el de adquirir el reconocimiento por parte de sus padres. Además esta decisión intenta y procura poner una barrera a las reclamaciones de los individuos mayores cuando desafían los intereses que son propios del menor. O sea se incita de alguna forma que ante cualquier controversia en la que se encuentre involucrado las necesidades del menor prime él ante todo, puesto que tiene un valor jerárquico mayor, facultando la formación integra respecto a los derechos del menor.

Así también señala **Herrera, M. (2015)**. Que es ***una acción judicial que tiene por finalidad desplazar a una persona del vínculo filial que tiene sobre un hijo***; esto quiere decir que al realizarse la acción de desplazamiento en caso de los padres se desvinculara de los derechos y obligaciones que tiene con el menor.

Por consiguiente **Pinella, V. (2014)**. Nos indica que el derecho del niño al ser protegido por sus progenitores es a través de la patria potestad pero esta es compartida tanto por la madre como el padre, ello por lo general constituye que sea admitida por ambas partes, es decir tener certeza de la veracidad biológica, reconocer que soy padre del menor y aceptar las obligaciones que me corresponden según lo determina la ley; teniendo como fuente la filiación consagrada en nuestro ordenamiento jurídico.

Se puede obtener de acuerdo a lo establecido por el artículo de la convención sobre los derechos del niño, que después de nacido el menor es prácticamente asentado por sus padres de manera rápida, es a partir que al ser reconocido, tiene una identidad que adquiere ciertos derechos, siendo uno de los más importantes, velándose por la integridad del menor por sus padres.

Por ende el derecho al cual aludimos es primordial, ya que ello consagra que se dé un desarrollo conveniente al menor, tanto físicamente como psíquico para que así se desenvuelva en un ambiente adecuado, permitiendo que la perfección de la personalidad del menor se construye viviendo en el cobijo de su familia pero que a la vez este conformado por diversos valores siendo el más primordial el amor, asimismo la familia pueda expresar la felicidad y el entendimiento, ya que es un derecho natural del hombre que se encuentra ligado inmediatamente al menor.

#### 2.9.4. El Interés Superior del Niño y Las Relaciones Parentales

**Cillero, M. (s/f).** Si bien se sabe que uno de los fundamentos más destacados de la Convención Internacional sobre los derechos del niño es la reglamentación del vínculo que existe entre la familia y el niño, puesto que es muy importante rescatar que de ahí proviene la relación característica de ambos, pero hay una variedad de preceptos que regulan este principio; en suma a ello tenemos los siguientes apartados, el artículo 5º y 18º ambos articulados aluden al: ***“Derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades”***

Asimismo las contribuciones por la Convención han sido explayar la eficacia del ***principio garantista del interés superior del niño***; que ***no solo se limita al entorno*** legislativo o judicial, esto hace referencia a las legislaciones en relación a la disciplina de familia, buscando que todas las instituciones privadas, las autoridades, así también como los padres protejan dicho interés; de este modo el ***artículo 18º*** admite la responsabilidad y derechos de los progenitores tienen en cuanto a la educación del hijo, el cuidado y la instrucción del hijo; a ellos se suma que es la obligación del estado con el menor de protegerlo, auxiliarlo y respaldarlo ante cualquier situación en la que se ve perjudicado, no obstante se señala que los padres ejercen ciertas facultades que van dirigidas primordialmente al interés superior del niño.

En consonancia con ello debe de explicarse en grupo con el ***artículo 5º***, que nos aclara el propósito para designar atribuciones que instruyan y direccionen a los padres, de la misma manera ***“el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*** todo ello conforme al progreso de las facultades.

Al buscar una ***interpretación sistemática*** es evidente que se tiene como fin que las obligaciones y derechos de los progenitores, se

encuentran vinculados en guiar y direccionar a los hijos; de esta forma se tiene como propósito el desarrollo íntegro del menor, como también **la autonomía del niño** conforme a los derechos y que las facultades de los padres se encuentren restringidas por la misma atribución y/o propósito. Ósea que haya una igualdad entre el interés superior y los derechos que tenga el menor.

Se considera que el estado debe contribuir pero apoyando los roles de los padres cumpliéndose completamente, sin embargo a ello tiene que resguardarse que: los menores tendrán una educación y crianza adecuada que permita ambas condiciones el desarrollo pleno del niño y así no se vulnere los intereses del menor, ni los derechos; procediendo para que se dé la autonomía del menor. Estos roles que son atribuidos a los padres no son obligaciones y derechos, en conclusión son aquellos derechos que se hallan restringidos por los derechos de los menores; este papel parental va a regirse de conforme al interés superior del niño.

**Fernández, A. (2012).** Nos señala que el rol parental se concede a ambas partes, que tendrán que desempeñar lo siguiente: **cuidado, protección, alimentación, cobijo, cariño, respeto, seguridad;** están se encuentran adheridas a la actuación parental.

#### **2.9.5. Debilidades y Fortalezas del Principio del Interés Superior del Niño**

**Pinella, V. (2014).** La idea que se tiene del interés superior del niño, ha alcanzado una importancia institucional que ha sobrepasado las fronteras, sin embargo a la vez está unido con la aprobación de las naciones, elevándose voces en el aspecto doctrinario que dan a conocer de cierta manera las debilidades e incluso las fortalezas del principio del interés superior del niño.

Por esta razón tiene como aplicación, que se pondrá la decisión a manos de los **sociopolíticos dominantes** formando parte de ello el pueblo, ciudadanía, la sociedad y el estado; puesto que la apreciación subjetiva permitirá la iniquidad por parte del encargado de administrar justicia.

Es así que la **Defensoría del Pueblo (2003)**. Indica que las personas adultas son las que al final dominan ante la situación, decidiendo ellos lo que concierne ante los menores de edad, ya que ellos no se expresan, considerarlos como aquellas personas que hablan. Teniendo como ejemplo los casos de los hijos extramatrimoniales, los adultos deciden ante esta situación; estimando que la conducta es hueca, ya que solo se satisface con impresiones, captaciones y convencionalismos de las personas mayores.

Asimismo **Pinella, V. (2014)**. Destaca que en la praxis judicial se advierte que hay algunos criterios que faltan, destacando los siguientes:

- Primero; es el caso del juez, ya que se le permite refutar la alianza de lo que han pactado ambas partes, sin tener en cuenta que de alguna forma puede perjudicarse el bienestar del menor, puesto que los magistrados admiten los acuerdos sin explorar más allá, es decir si favorece o no al hijo; esto sucede debido a que se fían del parecer de los padres.
- Segundo; hace referencia al momento de tomar la decisión frente al interés superior del niño, que debe de considerarse diferentes percepciones que son retribuyentes para el menor.
- Tercero; se estima que el gran interés del menor es que se alcance una unión firme mediante lazos emocionales permitiendo un apropiado desarrollo, puesto que para un futuro sea una persona de bien, contribuyendo en la sociedad, donde el hombre es fructífero en la adultez; hay que tener en cuenta que el menor

se forjara con el cumulo de valores que le inculca la familia, estimando que son muy significativos en su formación.

Todas las carencias que se aparecen en la praxis judicial; deben de complementarse, siendo obligatorio distinguir los fundamentos puesto que simboliza la deferencia del niño como aquel ser autónomo; también la comprobación de las necesidades que son propias de él y recibir los derechos que no se acatan y cumplan debidamente ya que no puede actuarlos por sí mismo.

Por ultimo podemos indicar que el interés superior del niño surge como producto de una organización familiar que tiene como propósito respetar las particularidades que lo constituyen. Se origina también cuando el infante es entendido como una categoría que tiene autonomía, con sus respectivas inclinaciones y derechos.

#### **2.9.6. Interés Superior del Niño y la Seguridad Jurídica Procesal**

**Pinella, V. (2014).** Nos dará a conocer las pautas que conllevan el principio del interés superior del niño que protegen el ***pleno desarrollo y la total autorrealización*** del menor en el ambiente donde se desenvuelva y a la vez respalde un futuro para el menor, cooperando, aportando ante la sociedad, considerando también que colaborara al derecho en vista de que forma parte de una estimación peculiar y extraordinaria según lo consagra los derechos fundamentales del niño, de igual modo poseen un vigor normativo extraordinario no solo al realizar las normas, sino en aquellas circunstancias en donde cabe la interpretación.

A su vez el interés superior del niño como sujeto de derecho debe comprender tanto niño, niña y adolescente, para hacer el disfrute de todos los derechos que les correspondan, simultáneamente tendrá como función ayudar en la directriz y valorando ello, estimándose en la ley y prácticas que no se hallen explícitamente en la legislación.

De hecho, permitirá que las lagunas o vacíos legales se regulen para de esta forma decretarse nuevas legislaciones que orienten a tomar decisiones en los sucesos donde no haya algún precepto expreso. De modo similar, la autora nos indica que debería de incrementarse la **seguridad jurídica procesal** todo en cuanto al **debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva**.

**Pinella, V. (2014)**. La explicación de un proceso judicial en cuanto al interés superior del niño se obtiene con vigor en la formación normativa, teniendo el termino de **interés**, el cual se sustenta a lo largo de la historia demostrándose a través de proyecciones normativas complementando las lagunas y vacíos legales. La norma se renueva siendo una activa herramienta que sostiene la evolución de la ley. El interés superior del niño se ve valorada según la situación que se encuentra, es partir de ahí donde se originan doctrinas genéricas favoreciendo a los infantes.

En esta situación se puede distinguir dos puntos fijos de los fundamentos, ello se debe a una implicación social, individual y especial. Con el transcurso del tiempo tanto las culturas y las épocas determinan cual es lo mejor para los menores siempre y cuando se vea definido por la estructura de valores y delegaciones sociales.

Actualmente se niega que se violen los derechos fundamentales del niño, pero aun **así todavía opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indispensable y beneficia al niño/niña ejercer la violencia como un instrumento educativo**. Por esta razón al momento de decidir es inevitable enlazarlos con los dos puntos fijos; así que deben de tenerlo en cuenta los jueces, considerando tanto las costumbres de la sociedad que influyen bastante en el medio cultural y social en la que uno se desenvuelve asiduamente. Es así que la sociedad como estado tiene como obligación el respeto ante la diversidad cultural y como se identifica cada uno; cabe indicar que la actitud que tengan aquellas personas tienen cierta inclinación por su propia cultura, deben



aceptar las desigualdades, ya que ello es una barrera no permite no permitiendo una adecuada interpretación; más aun viéndose envuelta la dignidad de los niños, y adolescentes puesto que forman parte de la nuestra comunidad como seres humanos que son y no debe de transgredirse los derechos que se encuentran en nuestra carta magna.

Es así que podemos indicar, debe de existir una prioridad en el interés del niño, por ello quien debe ocuparse de la no vulneración de lo referido es el que imparte justicia; porque siempre debe de prevalecer antes que los intereses de los padres o de terceras personas que se vean perjudicados por una controversia

Quien tiene una mayor consideración y respaldo en los derechos es el menor, atendiéndolos ante cualquier relación judicial en la que intervenga, así cuando este envuelta en una controversia de intereses de equivalente importancia; puede que este interés sea moral o material tiene, así lo sea de haber una revaloración sobre cualquier otra situación que suceda; he aquí que al momento de tomar una decisión debe infundirse en la protección del menor, siendo lo más adecuado y conveniente para él.

### **2.9.7. La Defensa del Interés Superior del Niño**

**Pinella, V. (2014).** En cuanto a la protección del interés superior del niño, se puede apreciar que al momento de originarse una controversia de intereses y este se dirige a manos de personas adultas encargadas de aplicar la justicia o a entidades estatales que tiene como fin la seguridad del niño, debe de haber una figura fundamental que respalde los derechos del menor facilitando que el niño asista individualmente a la justicia, cuando se ve afectado o vulneran sus intereses.

En nuestro ordenamiento jurídico, al surgir un enfrentamiento de los intereses entre los padres e hijos, lo más adecuado es que denomine un tutor pero sin menoscabar la participación del Ministerio Público. En contraste la solución que se mencionó no amparara de manera basta el interés superior del niño; puesto que los tutores especiales a los que se designe no tienen todas las atribuciones, ya que ciertos atributos se encuentran limitados.

Particularmente otra de los cargos importantes que tiene el Ministerio Público es vigilar, decidir o recomendar, puesto que no tiene el equipamiento necesario para cooperar en la pesquisa del caso, y representar las necesidades e interés de los niños. Es por esto que la seguridad del interés del menor requiere una adecuada representación, por ello se da la posibilidad que sea personalmente para que de este modo el defienda sus propios intereses, siendo ello un componente básico en el debido proceso.

**Puga, M. (2015).** Nos señala que la ***Declaración de los Derechos del Niño de 1959*** anteriormente a la ***Convención sobre los Derechos del Niño de 1989***; ya establecía en el principio dos, el tema respecto al interés superior del niño sin embargo en esta herramienta no profundiza mucho en relación a los alcances; ya que se señala en ***el principio dos*** de la declaración lo siguiente:

***“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”***

Con lo que establece la Declaración se incorpora el interés superior del menor, en la Convención sobre los Derechos del niño la respectiva concepción explica y se conforma como un ***principio rector de este instrumento internacional***, ya que se deberá de interpretar de modo ordenado con los derechos que correspondan y los principios que se encuentran reconocidos en la misma.

De igual modo la ***Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada el 20 de noviembre de 1989***, alude a una lista de derechos y principios determinados tanto de los niños y niñas, ahí se localiza el principio del interés superior del niño, siendo uno de los fundamentos más destacados del tratado mencionado. En efecto se encuentra en un apartado de manera expresa, es así en el ***artículo 3, inciso 1***, indica lo siguiente:

***“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.”***

Es mediante este principio que nos pone a conocimiento de manera clara y expresa que por parte de los organismos, entidades públicas o privadas y de la misma comunidad tienen como responsabilidad vigilar ante cualquier decisión que se admita con relación al niño o adolescente, debe estimarse lo más conveniente para el menor; o sea se proteja de manera culminante los derechos de este.

En este caso se puede observar que no solamente el estado es el único que esta forzado a cuidar por el acatamiento del interés superior, ya que también se encuentran obligados los que pertenecen en el ámbito privado donde el niño se desenvuelve y de alguna forma involucra su

formación plena; en ello tenemos la familia y los centros educativos, es por ello que la convención hace referencia al entorno para que de esta forma se aplique de manera adecuada el interés superior del niño, siendo destacado en la ***Declaración de los Derechos del Niño de 1959***, que solo condicionaba a indicar aquello como atención básica de solo contemplar todo lo que indicaba el legislador.

Mientras tanto teniendo una ***Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002***, la ***Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)***, dentro de todo distinguió que el principio del interés superior del niño lo siguiente:

***“se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.”***

De acuerdo a lo señalado se puede indicar, que es conveniente considerar que no solo puede realizar las peticiones de las medidas especiales, ya que también debe observarse las peculiaridades en las que se encuentra el menor, patrocinando ello para que tenga un crecimiento pertinente y asegure un futuro próspero.

Abarcando más allá del interés superior del niño nos referimos a un menor que va a formar parte de una sociedad cooperando, ayudando y contribuyendo en la misma por ello la ***Declaración Universal de Derechos Humanos*** indica en su artículo 7º que:

***“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta***

***Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”***

Es decir que se debe hacer prevalecer los derechos que se encuentran reconocidos y de alguna forma evitar la vulneración de los mismos a pesar de que estos sean niños, niñas y adolescentes; puesto que no debe haber ninguna distinción, restricción, preferencia, exclusión de ninguna persona; en si el artículo señalado tiene como fin la igualdad ante todo tipo de situación; se refiere que debe de garantizarse la igualdad ante cualquier proceso que se lleve a cabo, en el caso si un menor de edad estuviera en un conflicto de interés no debe menoscabarse por ello. A veces algunas personas creen porque sea un niño quien se ve envuelto en un proceso se debe de perjudicarlo, pues tal vez deducen que los intereses de las personas adultas puede prevalecer en una controversia antes que las necesidades del menor; pues se equivocan los intereses del niño prevalecen ante cualquier interés, sin embargo debe de haber una razón suficiente que acredite dicha situación.

De igual modo en la ***Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño*** destaca que el propósito de la conceptualización del Interés Superior del menor es confirmar que habrá una satisfacción completa y segura de los derechos que forman parte y que se encuentran establecidos por la Convención y la formación integral del niño.

El comité indica ***que a juicio de un adulto es el interés superior del niño; no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención;*** ya que si bien se sabe es que en la convención no hay rangos de los derechos, puesto que todos los derechos que se encuentran dispuestos objetan al interés superior del niño.

Y acorde a la ***Convención Interamericana de la Restitución del menor sustraído ilegalmente,*** otorga derechos al niño con el propósito

de que se asegure y respalde la integridad psíquica, mental, física, religiosa y afectiva del niño, niña o adolescente; pero todo ello va dirigida a la persona que se encuentra a cargo de la **guarda y custodia del menor, haciéndose responsable del menor**; en el caso de que el padre sustractor se lo lleve al menor el tendrá que responsabilizarse del menor hasta que le entregue al otro padre.

**Cillero, M. (s/f)**. Nos señala al respecto que **“el principio del interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”** siendo aquella agrupación de fases y hechos que están inclinadas a respaldar que el crecimiento del menor sea el más adecuado e íntegro y tenga una **vida digna**; nos referimos a este punto que posea de forma ponderada tanto las condiciones de carácter afectivo como los materiales, ósea tengan a su alcance las comodidades tangibles, así como las intangibles para que los menores vivan absolutamente y logren obtener el bienestar factible.

Así mismo Cillero nos da a conocer que en el caso de los menores detenidos, retenidos sustraídos de forma ilegal, se considera que tienen el derecho de voz, nos referimos a la posición que puedan tener los niños, es el caso de que ellos quieren retornar con el progenitor que está tratando de localizar el paradero del mismo o retornar al hogar habitual que consideraba antes que fuera sustraído. Es por ello que cuando la autoridad encargada de llevar tal conflicto se verá en la necesidad de respetar el derecho de voz que tiene el menor antes de restituir al menor a su residencia habitual.

Se considera en parte que este tipo de situaciones se da porque el padre al momento de retener y ocultar al menor, rehusando a entregarlo en el lapso de tiempo que se da, que inclusive puede ser meses o años, se toma la atribución de realizar un lavado de cerebro al menor, engañando al menor e incluso mintiendo acerca de la condición del otro padre; para que de esta forma el deje de pensar en el progenitor que se

encuentra en su búsqueda; puesto que al darse el reencuentro el menor desconoce de todo ello, y es difícil decidir con quién de los progenitores se quedara; una decisión muy difícil debido que el menor tendría que aprender amar y depositar confianza en el progenitor inocente.

Según **O' Donnell, D.** citado por **Puga, M. (2015)**. Señala que el interés superior del niño se encuentra comprendido en el **artículo 350 del Código de Familia de el Salvador** el cual indica:

***“se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”***

Es así que también Cillero apunta que el interés superior del niño es el disfrute de todos los derechos que pertenezcan al niño. Así mismo la Convención toma en cuenta de manera expresa una lista desarrollada de los derechos que están determinados para los menores, los derechos que dependen y se distribuye un grupo común de principios, para que de esta manera se avale la realización y defensa, destacando el interés superior del niño. El fondo del principio es el interés superior del menor por ende los derechos son reconocibles. Cillero nos señala que la convención expresa este principio como un respaldo a la eficacia **de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos**, ósea el principio al cual nos referimos tiene ciertas dimensiones en la cuales se hallan los sujetos de derecho pero cabe connotar que las autoridades encargadas de velar por este principio se encuentran restringidas por los mismos derechos que se encuentran establecidos.

También se debe agregar que el principio según el magistrado o la autoridad encargada de administrar justicia al momento de solucionar los conflictos de intereses donde se ve perjudicado las necesidades del niño,

no se dará así de la nada, sino más bien bajo una ligación constreñida, por lo que la decisión tomada se concederá no solo por el formato sino también por lo que contiene; siendo sancionados cuando se vulnera los derechos del menor.

Mientras tanto el **Comité de los Derechos del Niño** referente al interés superior del menor advierte que se concibe tres concepciones; comprendiéndose tanto como un **derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento** desarrollando e interpretando cada una de ellas.

Primero se desarrollara referente al **derecho sustantivo**; nos referimos al derecho en sí, teniendo como carácter una apreciación fundamental, determinándose las decisiones de acuerdo con los diversos intereses y necesidades sobre la disputa, a ello se suma el resguardo de ejercerlo en un futuro siempre y cuando se vulneran los intereses de un niño, o una agrupación de niños sea este determinado o de manera generalizada.

Segundo concerniente al **principio jurídico interpretativo fundamental** este se aplica en el caso que exista diversas interpretaciones sobre una disposición, por lo cual se escogerá solo una pero la más conveniente, propicia para al menor, demostrada en el principio.

Y en último lugar tenemos la **norma de procedimiento** esta describe que los estados se encargan de dar a conocer como se ha llevado a cabo el proceso respecto al derecho e incluso si ha sido debidamente atendido el interés del menor; asimismo se analizara si los criterios que llevaron a tomar la decisión son los correctos, y como se ha medido en cuanto a los interés que se encuentran en discordia, esto se dará en cuanto en sucesos concretos y aspectos normativos.



En eficacia del principio ya mencionado es explicativo, no obstante hay que tener en cuenta que no todos los principios se encuentran señalados en la Convención, efectuándose precisamente con dicha finalidad. Es por ello que el principio en cuanto a la realización completa y conveniente de los derechos del menor no solo se dirige al criterio superior del ordenamiento; es así que también cómo se mencionó anteriormente tiene como destino la técnica de interpretación es a partir de esto que se puede solucionar los conflictos que se pugnan respecto donde se ve involucrados los niños; señalándose en el **artículo 9º de la Convención:**

***“que los niños tienen derecho a no ser separados de sus padres, salvo en casos en que ello sea contrario a su interés superior.”***

Según **Cillero la función interpretativa** tiene ciertas características las cuales son:

- ❖ Accede a analizar los derechos que están plasmados en la Convención de forma metódica ya que tienen una dependencia recíproca, permitiendo complacer el progreso total de niños y niñas.
- ❖ Faculta el resultado ante los conflictos entre los derechos plasmados en la convención, también es un principio que permite sopesar en diversas situaciones que están implicados los menores.
- ❖ Es una herramienta que complementa en caso de vacíos o lagunas legales.

Se puede llegar inferir que el principio permitirá resguardar la ejecución de los derechos cabalmente tanto por la familia, sociedad y las autoridades encargadas de llevar a solucionar las colisiones siempre y cuando se vea envuelto los derechos del niño. Ya definido el interés

superior del niño por la Convención Internacional tenemos también que el **Comité de los Derechos del Niño** lo define de manera complicada y de cómo se puede aplicar o interpretar, esto de acuerdo al caso en donde se emplea.

Asimismo la autoridad encargada de administrar justicia sea esta social, educativa y administrativa, la definen de acuerdo a la situación que se encuentren puesto que se adecuan, es flexible y se deduce acorde al contexto y las necesidades e intereses que son propias del menor. En el caso que las determinaciones por entes privadas se valorarán y definirá el interés conforme a la coyuntura donde se encuentra el niño.

En consecuencia la **Corte Interamericana de derechos Humanos** lo interpreta según el suceso **de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana** siendo concerniente examinarla pues se encuentra en este caso la vulneración del interés superior del niño ya que considera que los menores son perjudicadas por la trasgresión a sus derechos, por ello la Corte señalo lo siguiente:

***“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.***

Entendiendo que el estado debe de considerar ante todo los derechos y menesteres de los supuestos perjudicados habiendo deferencia respecto a los niños ya que corresponden a un conjunto más indefenso; manifestando que el estado debe resguardar ante todo los intereses de los menores e interpretarlos en beneficio a ellos.

## 2.9.8. El Interés Superior del Niño en un Estado Constitucional

**Puga, M. (2015).** Como se ha visto el principio del interés superior del niño se encuentra conducido por nuestro ordenamiento aquí tenemos la **Nueva Ley N° 30466** que es referente de niños, niñas y adolescentes teniendo como fin salvaguardar el interés Superior del niño. Es así que esta **ley establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño** para que haya una atención fundamental se debe tener en cuenta las posteriores medidas:

***“El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.***

***El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.***

***La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.***

***El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.***

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

Asimismo también se encuentra destacado por la Convención sobre los Derechos del Niño, este tratado ha sido corroborado por el Perú, constituyendo parte de nuestro un derecho nacional, formando a la vez parte de un principio esencial, contribuyendo para una mejor apreciación constitucional de los derechos primordiales. Por Consiguiente el Estado Constitucional prevalece en los poderes, sociedad y la administración pública que la Carta Magna con sus principios y derechos hallados en ella debe primar el Interés Superior del Niño, puesto que efectúa un papel

importante, ya que es un criterio primordial pues debe evaluarse ante todo que las personas involucradas sean los menores, niños.

Sin embargo a ello se debe mencionar que el interés del menor refiriéndose al término superior, corresponde tener mucho cuidado con el superlativo, debido a que en un estado constitucional no hay **valores absolutos que primen sobre otros**; pero hay que tener en cuenta que todo depende de la situación, valorando y sopesando los derechos que se resguardan y quienes están involucrados ante tal suceso. Como se dio a conocer anteriormente los niños son más factibles de verse perjudicados ya que se encuentran indefensos es por ello que necesitan tener **cuidados especiales**, pero esto no es un impedimento para que se sobreponga el principio del interés superior del niño de manera arbitraria en desmedro de los derechos de los individuos que se ven involucrados en un conflicto de intereses. A esto Placido nos indica lo siguiente:

***“El interés superior significa que en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés; de esta manera, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón.”***

En último lugar podemos concluir y a la vez acentuar que el principio del cual hemos hablado se encuentra sustentado por los pronunciamientos Internacionales y nacionales, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puesto que se averiguo, considero, examino las singularidades del tema mencionado evaluando y sopesando los intereses de las personas involucradas acorde al contexto que se encuentra; pero en este tipo de sucesos hay que ver si se está tomando o no en cuenta las necesidades de los niños, si se cumple cabalmente el interés superior del niño siempre viendo el bienestar del menor puesto

que también debe haber una **justificación razonable** del porque se está dando esa debida ponderación, así como también que asegure que va tener un desarrollo pleno y satisfactorio.

Es a partir que **“solo así se podrá superar las críticas de quienes señalan que por la vaguedad del principio del interés superior del niño en la normativa, se genera un ejercicio discrecional arbitrario por parte de las autoridades”**; puesto que justificara la decisión que tome el magistrado encargado de llevar tal conflicto de intereses, los motivos que llevaron a tomar tal fallo. debe satisfacer a la sociedad para que la misma no critique las determinaciones del juez, habiendo una justificación razonable; considerando que se dará cuando exista un conflicto de intereses siendo uno de los dañados el niño, niña o adolescente; para ello siempre debe predominar el menor puesto que es un individuo indefenso y vulnerable; así como lo resguarda nuestra constitución, así también la legislación nacional e internacional; ya que se busca un adecuado desarrollo sea este psíquico, físico, moral e incluso religioso, es decir un bienestar pleno e íntegro; en conclusión salvaguardar el interés superior del niño.

#### **2.9.9. El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia**

**Pinella, V. (2014)**. Nos da a conocer ciertos casos donde se ve expuesto el interés superior del niño. Primero tenemos que **en el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el expediente N° 756-2005-PUNO**, en el tercer considerando expuesto, hace referencia al **interés superior del niño** dando a conocer las normas sustantivas que predominan sobre las normas procesales. Aquí tenemos **el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes** que establece que aquellos preceptos que atañen al niño y adolescente deben ser admitidas por el estado y sus poderes e incluso instituciones públicas como las fiscalías entre otras; así también los gobiernos regionales y locales todo ello en actuación a la sociedad deben de estimar el principio

del **interés superior del niño** y respetando los derechos que los involucran. Así mismo en el caso de la sustracción del menor por alguno de sus progenitores es imposible señalar que los menores sufren un daño psicológico y lo que connota la Sala Superior puesto que ha intervenido es establecer medidas que aseguren, amparen, atiendan la protección al menor.

No obstante el **Tribunal** asienta que en este caso el principio del interés superior del niño constituye un principio constitucional; que resguardará el interés superior del menor; es así que también se encuentra regulado en la constitución tácitamente en el artículo **4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que la comunidad y el Estado** protegen especialmente al niño, este argumento se encuentra incluido o lo reconoce **la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989**, que fue admitida **por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989**.

Por otro lado el principio ya mencionado forma parte de un valor único y sobresaliente conforme a los derechos elementales del niño, niña y adolescente y posteriormente quedando la dignidad del niño, no solo se apreciara al momento de elaborar normas puesto que también al momento de analizarlo, explicarlo e interpretarlo; es así que se establece un principio obligatorio para la familia formando parte de ella el padre y madre o quien en esta situación sea responsable de vigilar que los derechos no se vulneren así también el estado y la sociedad.

Por otra parte la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en eficacia con la **Convención Americana de Derechos Humanos** en el caso designado **Villagrán Morales** donde se vulnero **el artículo 19 Derechos del Niño de la Convención Americana** con el fin que no se vulneren los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, también en la presente no se establecieron las dimensiones pertinentes para de esta manera eviten cualquier tipo de agresión a los niños.

Así se tiene otros casos, resaltando como aspectos importantes el principio del interés superior del niño; se tiene primero el incidente de ***Bulacio vs Argentina (2003)*** en el suceso se causaron diversas violaciones a los derechos de los menores; aquí ya nos referimos generalmente a cualquier tipo de sucesos donde se vulnere los derechos del niño resaltando en ello, porque es carácter especial, primordial y superior el interés superior del niño, en este caso se violó el derecho a la vida e integridad de los menores.

Igualmente en esta situación por parte del estado infringió el ***derecho a la protección judicial e incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno*** no avalando los derechos que son básicos para los niños que son plasmados en la ***Convención Americana de Derechos Humanos***.

La Corte con respecto a la definición de ***“niño”*** dio a conocer su parecer en cuanto a la ***Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño***; es decir según la legislación internacional y en si el juicio de la corte entre otros acontecimientos deduce que el niño es aquella persona que no ha cumplido los 18 años de edad considerado la mayoría de edad, en todos los sucesos que se ha dado a conocer se halla un semejante argumento de la Corte, debido que se estima en forma total el ***corpus iuris Gentium*** de los derechos del menor, incorporando la interacción activa y la dependencia reciproca que existe entre la Convención sobre los Derechos del Niño y Convención Americana sobre Derechos Humanos, así también otras legislaciones normativas.

La Corte Interamericana de Derechos humanos en todas las declaraciones ha dado a conocer una clara identificación del niño y niña como aquel que tiene una calidad única, singular, peculiar de seguridad por la sociedad, la familia y sobre todo el estado; además de aquellos derechos a las cuales se encuentran sometidos totalmente y

fundamentalmente los que se encuentran reconocidos por los derechos humanos.

En las jurisprudencias que ya se han dado a conocer anteriormente, se puede deducir que cuando se refiere al interés superior del niño no se considera lo mejor para el niño o según el criterio de lo que el Juez conviene; más bien se indica que el interés superior del niño es lo esencial; es decir que se determinara de acuerdo a los derechos humanos de los niños como ya se vio reconocido por legislaciones, convenios internacionales.

Asimismo el interés superior del niño debe ser interpretado como aquella terminación de correspondencia o de trato; es así que prevalecerá cuando se de una controversia de intereses; hay igualdad de rangos en los derechos por lo que prevalecerá el derecho del interés superior del niño anteponiéndose cualquier situación donde se ve envuelta el perjuicio de los derechos del menor; pues de esta manera no primara ante cualquier vínculo el interés del estado, de la sociedad ni el de los padres.

Este principio siendo materia de estudio en la presente investigación es aquel mecanismo que procura garantizar y avalar la tranquilidad, comodidad del niño tanto en su ambiente social, así como en su estado físico y psicológico. Para ello se establece como un deber para las organizaciones e instancias públicas y privadas a reconocer el criterio que se va tomar antes de tomar una decisión acorde con respecto al menor, asimismo velar para su protección y que garantice a la vez los intereses tomando en cuenta se asegure el principio del interés superior del niño a un largo plazo.

Indiscutiblemente este instrumento ayudara como una dimensión cuando haya diversos intereses concentrados sumando a ello que el precepto procesal que prevalecerá será del interés del niño; este raciocinio tiene su respectiva aclaración es debido a su **estado de**



**vulnerabilidad y de indefensión en que se encuentra la persona cuando es niño** estimando además que exclusivamente uno de los propósitos de la sociedad y del estado es que se dé un apropiado desarrollo de la identidad del infante, así también la honra a la libertad de ejercicio para que se pueda ejercer los derechos primordiales; definido por su propio requisito de ser sujeto de derecho; ya que de esta manera acreditara ofrecerle al niño una **protección especial** y distinguida ante cualquier agrupación social ya que ineludiblemente deben ser respetadas por las autoridades que están encargadas de velar por la protección del menor.

## **2.10. TEORÍAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **A. Teoría de Protección Especial Del Niño**

**Cillero, M. (s/f).** El niño por su carácter de vulnerabilidad es estimado como sujeto de derecho de un cuidado peculiar, para ello tiene que haber amparo, cuidados apropiados, especiales e ineludibles para el bienestar y el crecimiento del menor desde su nacimiento, ello debido a que es incapaz de poder satisfacer por sí mismo las necesidades que requiere por la debilidad e inmadurez tanto física como psicológica; obligándose a la familia, la sociedad y el Estado la responsabilidad de resguardar su desarrollo pleno tanto físico, intelectual y psíquico para que se integre a la sociedad con sus derechos y aptitudes integrales; con el fin de desenvolverse en un hogar saludable y normal; poseyendo oportunidades y servicios satisfactorios para él.

### **B. Teoría de la Satisfacción de los Derechos del Niño**

**Cillero, M. (s/f).** El menor tiene una aglomeración de derechos que tienen como fin garantizar el paradigma de la protección integral; asimismo el deber estatal debe acoger medidas administrativas, legislativas y las que sean pertinentes para dar efectividad a los derechos

que se encuentran reconocidos, estimándose además los principios de autonomía progresiva del menor, el principio del interés superior del niño hace referencia a la total satisfacción de los derechos; teniendo conocimiento de la dimensión de los mismos, encontrándose de esta manera las autoridades restringidas en sus decisiones debido a que la normatividad jurídica le reconoce al menor con el fin que no se le afecte, asimismo las soluciones deben ser orientadas a la protección de aquellos derechos conminados y vulnerados por los conflictos que surjan.

## **2.11. BIENESTAR DEL NIÑO**

### **2.11.1. Conceptualización del Bienestar del Niño**

**UNICEF (2012).** En cuanto al Bienestar subjetivo es una conglomeración de apreciaciones, valoraciones y propósitos de los pequeños respecto de sus vidas. Esta definición se puede vincular como el ***bienestar personal, la prosperidad, la satisfacción vital y la calidad de vida.***

En cualquiera de los casos donde se converse acerca ***de bienestar subjetivo y calidad de vida*** comprende lo siguiente:

- a. Reconocer que las dimensiones subjetivas se encuentran establecidas por la misma sociedad y que a la vez son beneficiosas para determinar las decisiones pertinentes.
- b. Los aspectos materiales deben ser medidos con los aspectos no materiales, ya que de un lado aspectos materiales generan felicidad y satisfacción en el menor como los aspectos no materiales de la vida, que son esencialmente la felicidad y la satisfacción.
- c. El análisis sobre bienestar del niño y de su mejora en el bienestar infantil en el presente es considerado y asumido como de poco valor, puesto que cuando se piensa y considera en algún bienestar para el niño como ciudadano sujeto de derechos, no lo hacen por

su valor en el presente sino por el valor que va a ser en un futuro como adulto y el bienestar que va a conseguir en el futuro como adulto, cosa que provoca que la infancia no sea muy valiosa en el presente, en el ahora.

### **2.11.2. Importancia del Bienestar del Niño**

***La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*** determina un cambio en la concepción que se tiene de los niños, el cual ya no debe ser considerado como objeto pasivo de derecho, siendo dependiente de los adultos y a las veces visto como un ciudadano incapaz sin voz ni voto, asimismo aclara que los niños deben ser considerados como ***sujeto activo de derechos***, el cual debe ser escuchado, respetado y sobretodo debe poder manifestar su libertad de expresión y opinión, la cual debe ser tomada en cuenta al igual que la expresión y opinión de un adulto. ***Artículo 12º Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)***

***“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”***

Ser escuchado es un derecho universal de cada niño y depende de nosotros como una obligación gestionar el cumplimiento de este derecho universal. Es básico para tomar decisiones basadas en evidencias, a la vez debe elaborarse políticas efectivas y con coherencia, para esto es necesario que se conozca los objetivos y evaluaciones de los menores, hasta adolescentes, en el cual los adultos no deben suponer sobre condiciones de vida de los más jóvenes.

El bienestar subjetivo del menor aporta una visión positiva en lo que se refiere a comportamientos, relaciones y situaciones que influyen en el bienestar infantil, como también resaltan los aspectos negativos del menor como viene a ser la pobreza y privación material que genera efectos psicológicos negativos o en otro sentido por motivo de las crisis económicas sociales se ve afectado el bienestar subjetivo del niño y su forma de percibir el mundo de forma óptima y positiva con respecto a su existencia. La influencia en el bienestar es debido a diversos factores, estos provocan que varíe considerablemente el bienestar en situación personal del niño.

### **2.11.3. Categorías de Factores que Influyen en el Bienestar**

**UNICEF (2012).** Las categorías que influyen en el bienestar

#### **1) Condiciones del contexto y uso del tiempo.**

Este punto engloba todos los factores materiales y de dependencia del menor hasta su mayoría de edad, que vienen a ser el nivel de estudios de los progenitores, posesiones materiales, y el hecho de que los progenitores posean un trabajo remunerado.

#### **2) Características de la población**

- a. La edad
- b. Lugar de nacimiento
- c. Tipo de hogar
- d. El tipo de colegio al que asisten.

#### **3) Percepciones y preocupaciones**

Que la manifestación de un niño sea respecto a las cosas que tiene y otros elementos de su vida dentro del hogar como fuera. Según un estudio de encuestas identifica dos perfiles:

- a. Los niños más felices, generan mayores niveles de bienestar.
- b. Los niños que quedan al margen de un alto nivel de bienestar, o que sencillamente quedan excluidos.

## 2.12. TEORÍAS DEL DESARROLLO DEL MENOR

**Quinn, T. (s/f).** Las presentes teorías surgen a comienzos del siglo XX, realizando un análisis y estudio a los niños, pues el desarrollo del menor se da principalmente en la infancia y la colisión del bienestar absoluto se da acuerdo al entorno donde se desenvuelve; a pesar que los menores eran estimados como recipientes vacíos no siendo respetados pero hoy en día se encuentra resguardado por diversas normatividades tanto nacionales como internacionales; y como las siguientes teorías:

### A. La Teoría Psicoanalítica según Sigmund Freud

**Quinn, T. (s/f).** La etapa de la infancia es terminante para el crecimiento de los individuos, sumando a ello toda la experiencia que se ha vivido, en un futuro de acuerdo a lo que haya vivido tendrá consecuencias en el caso que las vivencias vividas sean de carácter negativo creciendo con los traumas que ha vivido de por medio, ocasionando dalo irreversibles puesto que ello le perjudicara para toda la vida.

### B. La Teoría del Desarrollo Psicosocial de Erik Erikson

**Quinn, T. (s/f).** Su teoría fue contribuida por **Freud** en su obra que hace referencia a la **teoría de la conducta de la primera infancia**. Sostiene que los niños se desarrollan en un orden precedido; debido a que ellos tienen una visión del entorno y su identidad se conformara de acuerdo a las experiencias que observen y vivan a diario, estableciendo etapas de acuerdo a la edad que se encuentren las cuales son las siguientes:

**“Confianza vs desconfianza (desde el nacimiento hasta los 18 meses), autonomía vs vergüenza y duda (18 meses a 3 años), iniciativa vs culpa (3 a 5 años), afán vs inferioridad (5 a 12 años) y posteriores desarrollos cognitivos.”**

Podemos señalar, los menores se encuentran inducidos de manera efectiva por cualquier tipo de sucesos que evidencien en las fases tempranas; influyendo y determinando su desarrollo íntegro y autorrealización pleno, así también forjando al posible ciudadano que formara parte de nuestra sociedad.

### **C. La Teoría del Vínculo**

**Sánchez, D. (2016).** Los niños son influenciados por diversas situaciones sean acciones o comportamientos; la presente teoría nos hace referencia a los vínculos de afectividad que tiene el menor con su padres, esto hace referencia **“que une una persona a otra específica, claramente diferenciada y preferida, vivida como más fuerte o protectora, y que las mantiene unidas a lo largo del tiempo”**; considerándose de suma importancia que el niño mantenga un nexo afectuoso e intrínseco con ambos padres teniendo como resultado de ello una satisfacción plena y favoreciendo a **la humanización del niño.**

Asimismo la relación de los padres e hijos comienza a partir del dialogo entre ambos y es a través de las respuestas adecuadas del progenitor para que el menor tenga una relación definitiva y de preferencia, perturbándose si esta persona no se encuentra con él; alguno autores indicaron que este vínculo de apego se origina inmediatamente desde el nacimiento del hijo pero otros estudios indican que se inicia desde antes; de acuerdo a los descrito referente a las relaciones de apego se pueden clasificar en las siguientes:

- 1) **Seguras.-** Al mantener los niños un vínculo positivo con uno de los progenitores, fortalecerá el menor para examinar su entorno siempre y cuando se sienta seguro, si se ve expuesto a lo desconocido y extraño suspenderá su exploración. Es así que cuando no se encuentra con la persona segura no dudará en llorar porque esa persona está con ella.
- 2) **Inseguras.-** Esto surge cuando los menores no se sienten identificados con sus padres, no viendo como soporte a los padres para poder examinar su entorno, mostrando acongoramiento por la separación con sus padres, caracterizándose por la ambigüedad que tienen.
- 3) **Desordenadas.-** Los pequeños exhiben comportamientos discordantes, prejuicio y un desosiego al ver a sus progenitores.

La importancia de los vínculos de afecto generará la seguridad y protección hacia los niños, influyendo tanto la crianza y el cuidado que se le brinda contribuyendo para su desarrollo y un futuro afable tanto para ellos como para la sociedad integrándose con los derechos y obligaciones correspondientes para tener amplias oportunidades como ciudadano.

### 2.13. SUSTRACCIÓN DEL MENOR

**Arias, M. (2013).** Referente a la sustracción de menores se considera un ***fenómeno social a nivel mundial***, debido a que aproximadamente un millar de niños pueden haber sido sustraídos de sus propias moradas realizado por uno de los padres, debido a las controversias que existe entre ellos. Para ello tenemos la ***Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de menores***, debiendo adaptarse en concordancia con los ***principios de derecho internacional***, posibilitando a la vez las diligencias para la entrega del menor, porque tiene un carácter de ***fuerza ejecutiva***, es decir que se hará

todo lo posible para que se dé cumplimiento a lo que advierta este convenio pero solo afectara a los miembros del convenio.

En el supuesto caso que el padre sustractor exija que tiene derecho sobre el menor; las autoridades encargadas confirmaran si tiene la patria potestad del menor o si encuentra detenido o sustraído ilegalmente el menor.

Asimismo como se mencionó las autoridades encargadas sobre la ubicación del menor; se encuentran obligadas a asegurar el interés superior del niño en todas sus actividades, motivo por el cual debe de realizarse **los trámites de restitución del menor** de manera rápida y dentro de lo posible, actuando con prontitud ante la situación, de esta manera no se menoscaba el derecho que tiene el otro progenitor en cuanto a su derecho de patria potestad; en consecuencia la **Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de menor** considera ante todo, el derecho que tiene el menor de voz y voto, solo esta circunstancia se dará cuando el hijo no quiera regresar a su hogar habitual y con el padre o tutor encargado. En cuanto al procedimiento para la restitución del niño se resguardara los intereses y derechos de ambas partes que se encuentran afectados; pero cabe destacar que cuando se trata de los intereses de los menores debería de prevalecer ante cualquier acto, ya que se ve el envuelto su desarrollo pleno.

#### **2.14. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR**

**Rentería, M. (2010).** Todo efecto tiene una consecuencia, sea buena o mala eso no cambia que va a suceder tarde o temprano, del mismo modo una mala crianza, irresponsable, con poca atención y mucho menos con poca voluntad por parte de los padres, no podrá afianzar un futuro dable al menor del cual se desprenderá el mismo circulo vicioso de comportamientos y acciones con su entorno.



Es así que se podría indicar que deja un signo en la psicológica del menor; reflejado por las experiencias, debido a la falta de responsabilidad de los padres al no ofrecer un entorno seguro de desenvolvimiento y aprendizaje del menor para su estabilidad emocional.

Aparte por el lado de los padres que decaen en este tipo penal tienen una concepción equivocada sobre si es delito o no, a la vez creen que por ser los padres tienen como derecho de tener a sus hijos a su lado, sin considerar que al niño se le genera un severo daño tanto en su persona, mente y derechos.

Teniendo a ello que ***“el daño psicológico y emocional es completamente indeterminado, a simple vista en algunos casos puede percibirse a un niño sano emocionalmente como los demás, entonces nos hacemos la siguiente pregunta ¿pero quienes somos nosotros para determinar el nivel de confusión, miedo, desconfianza al que ha sido sometido por sus propios progenitores?.*** Es por este motivo que se vuelve una necesidad la implementación de agravantes para este tipo de casos de sustracción de menores no considerado en el ***artículo 147º del Código Penal peruano.***

**Díaz, J. (2010).** Nos dice que el bien jurídico tutelado que ha sido vulnerado es el de seguridad y libertad personal del menor, que queda sin protección ni tutela por parte de sus padres o apoderados o quien ejerza la patria potestad.

Para el profesor **Alonso Peña Cabrera Freyre**, citado por **Díaz, J. (2010)**. Considera que el bien jurídico tutelado transgredido sería el ambiente o espacio de custodia y/o cuidado, la que desempeñan aquellos que legalmente son reconocidos al poseer la patria potestad sobre un menor, como a la vez ser responsables de su seguridad y desarrollo en

libertad del menor, derechos que son contravenidos por medio de la consumación del ilícito penal.

El bien jurídico protegido que va ser resguardado por las conductas sancionables descritas es la patria potestad, comprendida como los deberes y obligaciones que tienen los progenitores con el cuidado de sus hijos menores de edad. Y que la producción de cualquier conducta dentro del tipo penal pone en peligro o lesión a la **“patria potestad”**, algo de suma significación en el área del derecho de familia.

El artículo señalado y el cual nos encontramos analizando busca cuidar y resguardar el correcto ejercicio de la patria potestad como bien jurídico protegido, la misma que no debe quedar afectada por conductas de terceros, más aún debe mantenerse una relación parental con el menor agraviado. Por lo tanto se concluye que lo que se protege es el libre ejercicio de la patria potestad y sus atributos, por los asignados legalmente con tales condiciones.

**Guerrero, S. (2014).** Como lo explica el artículo 147º del Código Penal nos indica que para que se configure el delito puede ser cualquier familiar del menor, pero lo más habitual o usual es que lo realice uno de los progenitores cuando estos se encuentran con la intención de divorciarse o ya lo realizaron; siendo una de las circunstancias por la que surge el alejamiento de los menores de su hogar habitual. Según a todo lo mencionado es por lo que esta figura no debe ser considerada secuestro ya que la sustracción se da exclusivamente cuando uno de los padres despoja al otro padre de la presencia de su hijo.

Por ejemplo en el caso que uno de los progenitores autorice al menor para que el otro padre se lo lleve a otro lugar o fuera del país, debe respetar el lapso de tiempo que le cedieron, pues si no lo cumple estaríamos hablando del delito de sustracción de menor. **Según**

**Guerrero, S. (2014).** Una de las causas por las que realiza el padre la sustracción se debe a lo siguiente:

### **1) Cuando su pareja le pide el divorcio**

En el caso que los progenitores por “x” motivos deciden divorciarse, lo realizan; pero ello puede originar temor a que les arrebaten a sus menores hijos, creyendo que lo más conveniente es sustraerlo antes de que el otro progenitor puede realizar cualquier acción; otra de las situaciones más frecuentes es que trate de intimidar al otro progenitor indicando que se llevara lejos a su hijo, si iniciar los trámites de divorcio, con el fin de que la otra parte desista de esa situación.

Como se dio a conocer esos son unos de los argumentos porque la mayoría de padres viven día a día con esa desconfianza de realizar cualquier trámite concerniente al divorcio, pues el otro padre puede cumplir con llevarse a sus hijos, pero la ley puede amparar dicha circunstancia para que se lleve el divorcio sin ningún problema en futuro, otorgando el juez competente la custodia del menor a quien crea conveniente; para ello ante un juez civil se solicita una medida conocida como custodia de menores, solicitándose antes de iniciar o mientras se está dando el divorcio, para que de esta forma el padre no conozca de la demanda establecida y no pueda accionar o realizar un hecho que perjudique a la otra parte ni a sus menores hijos.

### **2) Cuando una vez terminado el divorcio no se le ha dado la custodia a esta persona**

La siguiente situación se da cuando ya dado el divorcio uno de los progenitores tiene la tenencia del menor, es decir se encuentra fijada la custodia del menor por lo que el padre no favorecido en la tenencia tiene el miedo que sea aislado de sus hijos; percibiendo que ya no forma parte del hogar esto conllevara a que sustraiga al menor pues estima él como persona indicada para cuidarlo. Este tipo de sucesos no se puede deducir cuando lo realizara, pero hay ciertas formas de evitarlas, las cuales son:

- a. La cordialidad de por medio entre el padre y la madre para precaver este tipo de circunstancias.
- b. Debe de existir mayor relación de comunicación entre el padre y la madre, más aun cuando se tenga que tomar decisiones con respecto a los hijos, de esta manera percibirá que es muy significativa su participación para sus hijos.
- c. Observar, inspeccionar lo que realiza el padre que no tuvo la tenencia del menor, pero no hostigar e importunar.
- d. Establecer muy buena comunicación con los hijos para que ellos se encuentren al tanto de lo que sucede a su alrededor así ellos también le informaran lo q observan.
- e. No influenciar a los hijos contra el padre, por ejemplo dar a entender que uno de los padres es responsable del divorcio, asimismo decir cuánto aman a sus hijos y qué hacer cuando se encuentren distanciados del padre que tiene la tenencia.
- f. Indague de manera ingeniosa a través de las conversaciones de lo que está ocurriendo con su ex pareja, pero si la otra no le quiere informar, no lo obligue, más bien busque una relación de amistad para que de esta manera confié en usted.
- g. En el caso de un recién nacido fotografiarlo de manera usual por lo general cada seis meses.

Ahora no hay que confiarnos en estas medidas, son oportunas tenerlas en cuenta cuando se dé el caso de divorcio; por tanto no hay que pensar que no se realizara el acto de sustracción; pero en el caso de que se suscitará hay que recurrir a las autoridades pertinentes para que actúen de manera rápida y efectiva para tener a nuestro menor de vuelta.

### **3) Cuando uno de los progenitores no está conforme con la obligación que se le impuso mediante vía legal**

En este caso se refiere cuando uno de los progenitores al no obtener la custodia del menor, por el simple hecho de no efectuar al mes con la pensión determinada para satisfacer las necesidades de sus hijos no quiere realizarla, todo debido a un raciocinio cerrado, pues considera que no beneficiara al menor si no a al otro progenitor, es por lo que deciden sustraer al menor con el fin de objetar al otro padre

Asimismo hay ciertos casos que nuestra legislación ampara a la madre esto es en cuanto el hijo es menor de cuatro años, otorgándole la custodia a ella porque es la persona indicada para que le menor se desarrolle en un ambiente adecuado. Ya pasada esa edad el hijo tiene la facultad de elegir con quien quiere convivir. Pero el padre al ver que la madre no está llevando de manera adecuada la tenencia del menor pues observa dejadez o abusos es que decide sustraerlo cometiendo el ilícito penal; no teniendo en cuenta que puede asistir a las autoridades correspondiente para que le otorgan la custodia.

#### **2.14.1. Tipicidad Objetiva**

##### **A. Sujeto Activo**

**Rentería, M. (2010).** Ello es conforme a la especificación del delito el sujeto activo es aquel que demuestra o mantiene una relación parental tanto con el menor como con el otro progenitor. Con la creación de la Ley N° 28760, tienen la relación parental tanto el padre como madre u otro pariente ascendiente que ejerza legalmente el derecho de patria potestad, siendo este mismo derecho recortado posteriormente mediante mandato judicial también conocido como la tenencia por ciertas circunstancias que conlleven a ello.

Al incorporarse la Ley N° 28760 se procura lograr un control y organizar el régimen de visitas del progenitor que ha sido limitado en frecuentar al menor ya que puede generarse el exceso de tal derecho y

caer en la pretensión de cometer el delito de sustracción del menor, y obviando por completo lo estipulado en un mandato judicial que ordena la disminución y limitación de tal derecho sin tener que llegar a la omisión del mismo.

**Wikipedia (2016).** Nos indica el perfil del sustractor; ello se ordenara conforme a la conducta y personalidad que advertirán el sujeto activo. Existen diagnósticos para poder identificar la personalidad y la tendencia que pueda tener una persona para volverse un progenitor abductor, como por ejemplo:

- Padres que hacen una amenaza con sustraer o que tengan antecedentes de ya haber cometido el ilícito con anterioridad.
- Comportamientos de progenitores con tendencias sociópatas.
- Padres con fuertes vínculos extranjeros.
- Progenitores que sientan que no fue neutral el sistema legal.
- Padres con características paranoides.

Y existe un punto de quiebre donde la tendencia va a aumentar a grado; es en el caso de la tenencia de hijos muy pequeños, en la edad justa y perfecta donde no es muy complejo transportarlos u ocultarlos y por su reciente desarrollo psicológico son fácilmente influenciables, manipulables y sobre todo se atemorizan ante cualquier situación en la que un adulto y con mayor razón si fuese su padre confiarán inocentemente. Los padres secuestradores ya en varios casos se ha demostrado que reciben apoyo económico y moral tanto de familiares que los apoyan como también de amigos o grupos culturales.

**Metapedia (2010).** Las personalidades entre sustractores contienen rasgos y perfiles similares entre sí, por lo ya analizado en casos anteriores tienen tendencia a negar y amenorar el valor del otro progenitor. Poseen un grado de convencimiento tan alto de saber que es lo más óptimo para sus hijos, por lo que no tienen un concepto del porqué deberían compartir la paternidad y tenencia con el otro progenitor. Por lo

general los padres van a sentirse con la omnipotencia y total derecho sobre sus hijos porque no creen que la sustracción del menor sea un acto de ilegalidad o inmoralidad.

Volviendo a la casuística de progenitores inmersos en estado psicológico de psicopatía, la sencilla obstrucción de alcance a sus hijos les resulta un acto amenazante digno de intolerancia y por consecuencia de reproche, por lo que ya en varios casos se ha visto como culminación del acto el asesinato del ex conyugue, como por ejemplo en el caso de ***“Miguel Angel Salgado Pimentel en España, quien fue Asesinado por Encargo de su ex esposa Maria Dolores Martin Pozo”*** o en peores casos el mismo homicidio de sus propios hijos, como en el caso de X quien perdió la tenencia y la patria potestad por orden judicial provocando como consecuencia el asesinato y descuartizamiento de su menor hijo y posteriormente su propio suicidio.

## **B. Sujeto Pasivo**

**Rentería, M. (2010).** Considerándose que para que tal ilícito se debe de configurar necesariamente un sujeto pasivo menor de edad tal como está estipulado en el código del niño y del adolescente, y un parentesco con el sujeto activo del delito para que se pueda completar el tipo penal.

### **2.14.2. Tipicidad Subjetiva**

**Rentería, M. (2010).** Para el delito en estudio, las conductas tanto de sustracción como de negación de entrega resultan castigables a título doloso, ósea que se tenga de forma intrínseca la intención y voluntad de ejecución de la tipicidad delictiva, de otra forma, se comprende como el conocimiento de las acciones de sustracción o negación a devolver al menor de quien en realidad se ostenta legalmente el derecho de patria potestad.

### 2.14.3. Pena del delito de Sustracción

El delito estipulado en el artículo 147º del Código Penal en análisis define como pena requerida para este delito que sea no mayor de dos años de pena privativa de libertad.

### 2.14.4. Análisis de la Figura Delictiva

**Rentería, M. (2010).** Para poder lograr una configuración sólida del ilícito penal en cuestión el autor debe tener un parentesco familiar tanto con los padres como con el niño, violentando de esta manera el conjunto de derechos y obligaciones que configuran la patria potestad, o de los que por ley o mandato la practican, así mismo por este motivo el legislador ha optado por proteger a la familia en la descripción típica del tipo penal.

En la creación de los actuados el autor debe manifestar el dolo, la exteriorización de la intención de apoderamiento del menor y a la vez demostrar la premeditación de la sustracción del mismo haciendo aprovechamiento del grado parental que se tenga en la relación con el niño y los padres, provocando posteriormente temores e inseguridades en el niño. El negarse a devolver consiste en el acto de mantener de forma ilegal al menor, rechazando la idea de devolverlo a uno de sus padres.

Para ello tenemos la *jurisprudencia peruana*, en el fallo remitido en *el expediente N° 3808-1998 Corte Superior de Justicia de Lima*, señalando lo siguiente:

***“la conducta de la encausada, consistente en la negativa a entregar al menor que fuera dejado por la madre en su vivienda, constituye acto típicamente relevante del delito contra la patria potestad, sustracción de menor.”***



Se entiende entonces, la sustracción debe ser realizada por un sujeto activo con parentesco familiar sobre el sujeto pasivo, realizando la comisión del delito sin argumento legal y del mismo modo sin el respaldo de alguna disposición judicial para la tenencia del niño, trasladando al menor del lugar donde goza del cuidado bajo la patria potestad de sus padres, a otro destino distinto.

Comprendiendo el termino sustracción como: toda acción destinada a ***apartar o separar a un menor de quien ejerce la patria potestad***; efectuada bajo la modalidad de transportar al menor a un lugar diferente a aquel en el que se desenvolvía bajo el amparo y cuidado de los que ejercían la patria potestad sobre el menor, demostrando desinterés ante la existencia o no del consentimiento del menor, y sin prestar importancia al tiempo de duración de la sustracción, sea periodo corto o de largo plazo, lo primordial es ***verificar si se apartó al sujeto pasivo de aquellas personas que ejercen la patria potestad***.

Se debe visualizar que la sustracción de menor solo está estructurada al ser este último desplazado de un lugar a otro sin el consentimiento ni conocimiento de quien ostente la patria potestad. A causa de este último se da la interrogante sobre si los dos progenitores tienen legítimo derecho de patria potestad y a la vez uno de ambos comete el ilícito penal, esto es una incoherencia al plantear que un progenitor sustraiga al menor del otro progenitor que a la vez posee el derecho de patria potestad, por tal sencilla razón que el delito tipificado exige que la sustracción se efectúe de quien ejerza la patria potestad.

Fortaleciendo el tema que está siendo analizado tenemos a ello nuestra ***jurisprudencia nacional*** la cual señala lo siguiente:

***“ el que comete delito de atentado contra la patria potestad, el inculpado que desconociendo la sentencia que***

***asigna la patria potestad de su hijo a su ex cónyuge, sustrae al menor y lo lleva donde el reside”.***

Por último se debe entender y resaltar que la consumación del delito se produce de dos maneras: primero, al momento de configurar el acto de sustracción del menor, segundo, al momento de originar la negativa o rechazo de restituir a su origen al menor, acorde con la entrega a los poseedores de la patria potestad del menor.

**Rentería, M. (2010).** Nos da a conocer con un poco de casuística, señalando que con frecuencia en el ministerio público se presentan diversas denuncias formuladas por sustracción de menor, y señalando como sujeto activo al otro progenitor; indica también que si dos conyugues determinan separarse quedando de forma verbal o si también se da sin acuerdo; que la madre posea la custodia del menor; nos referimos que es unión de hecho y que el padre goce visitar al menos los fines de semana para pasar momentos de recreación, sobreviniendo que al progresar el tiempo y llegar a una avanzada hora de la noche no pudo retornarlo en su momento.

Consecutivamente el padre decide que su menor hijo descansa y aloje en su domicilio, estado que se amplía por tres días, a causa de esto la madre resuelve pronunciar su denuncia por sustracción de menor, indicando al padre como el autor o sujeto activo del crimen.

Aconseja que si bien ambos progenitores se hallan separados de hecho; esta posición no ocasiona la pérdida del derecho de patria potestad para ambos progenitores, al menos que se manifieste una disposición judicial resolviendo y aclarando la patria potestad exclusivamente para uno de ellos.

Del mismo modo se comprende que solo es competente en caso de desacuerdos entre los conyugues, el organismo jurisdiccional encargado de resolver a quien compete o pertenezca la patria potestad, no obstante si solo los padres se encuentran exclusivamente separados de hecho cuando no hubiere proceso concluido y sentenciado que se le conceda la potestad a uno de los dos únicamente, esto quiere decir que ambos la poseen, por lo tanto no se le puede culpar o imputar la comisión del delito de sustracción de menor, ya que como se ha mencionado anteriormente, no se le ha otorgado la patria potestad a uno de los progenitores exclusivamente y menos aún se le ha prohibido, excluido o suspendido a los mismos.

Por lo tanto, no conforma delito que un padre pase un tiempo con su hijo lejos del domicilio acostumbrado para el menor, cuando por lo normal y general habita con su madre. Es decir, el esclarecimiento sobre desacuerdos debe ser ventilado por un juzgado de familia adecuado, para disponer a quien le compete y concierne poseer la patria potestad. Acerca de lo aclarado anteriormente y terminando el análisis la jurisprudencia nacional señala lo siguiente:

***“no se dan los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva del delito, por cuanto la acción fue ejecutada por el inculpado cuando aún no existía resolución judicial que determine quién debía ejercer la tenencia provisional del menor”***

Así mismo en lo que se viene analizando se estima que es lo apropiado referirse a realizar un conciso ***análisis de la modificatoria introducida por la Ley N° 28760***. Indicando a primera vista que el artículo 147° del Código Penal, hace mención a quien no posee la patria potestad, o no siendo excluido, disminuido o suprimido de su derecho, aun así sustrae al menor y se rehúsa o niega a entregar a quien

jurídicamente posee y ejerce el derecho de patria potestad, debe existir una relación parental entre el sujeto activo y sujeto pasivo.

Asimismo la comisión de este ilícito solo se completa al realizarse la sustracción o el rechazo de devolución del menor, en este sentido se requiere la relación parental entre ambos sujetos; quien uno es el que acciona la sustracción y el otro sujeto es quien la padece, valorando si el sujeto agente de la comisión del ilícito tenía o no restringido su derecho para con el menor, aclaración que ya ha sido considerada en el segundo párrafo introducido por la Ley N° 28760 del 14 de junio del 2006, exigiendo la relación parental entre el sujeto activo y pasivo, y que la acción típica se plasme al sustraer o rechazar la entrega a quien legalmente posee la patria potestad.

En el segundo supuesto el sujeto activo para la realización del tipo penal en análisis, debe de estar excluido de la patria potestad o con el derecho limitado para así poder tener en efecto la comisión del delito de sustracción de menor, ya que si no fuese el caso, no estaría dentro de la regulación que lo determina. Sin embargo si no se excluye o limita la figura de la suspensión de patria potestad como se encuentra señalado en artículo 462º del Código Civil, se aplicaría el supuesto ilegal, asimismo debe rememorarse que el tipo de suspensión de patria potestad no funciona de hecho, sino que debe intervenir una disposición judicial donde se sentencie que se encuentra excluido de la patria potestad y el otorgamiento al otro progenitor.

**Rentería, M. (2010).** Considera que para que se efectúe el segundo supuesto debe primero existir la exclusión o la limitación de la patria potestad, todo esto expresado en una resolución judicial privando y suspendiendo a uno de los progenitores A pesar de que se indique en la Constitución, y por el Código Civil donde señala que incumbe a ambos conyugues la práctica de la patria potestad; es ahí cuando además se

alega la presencia de otros institutos jurídicos ligados como es la pérdida, privación, suspensión y extinción de la misma. De igual modo si cualquiera de los dos progenitores no ha sido excluido o limitado en su derecho, no inmerso en la comisión de tal ilícito pues su conducta no está definida dentro de la tipicidad del artículo.

Ya que al tener constreñido el derecho de patria potestad no impide que un progenitor pierda sus derechos accesorios como visitas, alimentos, no olvidar que para que se efectué con firmeza la exclusión, suspensión o limitación debe existir previa resolución judicial que así lo exprese, si no por el contrario mantiene la patria potestad y a la vez esta acción no encajaría en el ilícito penal analizado.

**Pérez, J. (2016).** Analizando la figura delictiva los padres tienen el derecho sobre sus hijos, y la misma constitución lo resguarda, puesto que indica que ***no podrían ser autores ni partícipes del secuestro de sus propios hijos.*** Así también nuestra carta magna realza en el ***segundo párrafo del artículo 6°*** que señala lo siguiente: ***“Reconoce como deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.”***

Por añadidura las legislaciones de nuestro país se basan en nuestra carta magna por lo que se considera tanto los deberes como derechos, así mismo el ***Código Civil en su artículo 235° primer párrafo*** la cual muestra la siguiente: ***“Indica que los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.”*** Así también tenemos ***artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes*** que nos indica a los derechos y las obligaciones que tienen los padres con importante determinación.

Por ende ***todo menor de 18 años de edad es sujeto de derecho de protección especial,*** asimismo ampara las atenciones apropiadas,

obligatorias y particulares para que de esta manera tenga un crecimiento de lo más normal y con una tranquilidad total, en merecimiento a la circunstancia en que se encuentra el menor , debido que tiene un carácter de debilidad que presenta al no poder llevar una ***vida totalmente independiente***, asimismo por lo inexperto, frágil e inmaduro que se encuentran frente a las personas adultas en efecto ellos tienen que cuidarlos y protegerlos, teniendo deberes frente a ellos para que asegure el ***desarrollo normal y sano***; fomentando y defendiendo a la vez los derechos que le corresponden a los niños, con la actuación total y que asegure el cumplimiento de ellos.

El alemán **Günther Jakobs** citado por **Pérez, J. (2016)**; un jurista especializado en la materia penal nos resalta lo siguiente:

***“La relación de padres e hijo descansa en la base social: en todos los ordenamientos en los que la crianza de los hijos incumbe de modo primario a los padres, o al menos se les encomienda, los hijos se confían a los padres mientras sean menores de edad.”***

Refiriéndose de manera muy indiscutible que los padres tienen obligaciones frente a los hijos puesto que es una relación natural que se origina; estas obligaciones son tacitas como a manera de ilustración el padre debe educación al menor, alimentarlos, asistirlos ante futuros padecimientos y peligros que pueden provenir de otras personas o del mismo padre, a ello se suma también administrar el patrimonio del menor. Las obligaciones de los padres sobre los menores se van desvaneciendo cuando el hijo se vuelve más responsable de sus actos y culmina cuando el hijo se hace mayor de edad ya no encontrándose forzado a acatar lo que indican los padres.

En extracto, el padre no puede estimarse como ***autor o partícipe del delito de secuestro***, por la simple razón de que tiene que custodiar a

sus hijos con el fin que se cumplan cabalmente las obligaciones y derechos que se encuentran establecidas en nuestra carta magna y las legislaciones implantadas, esto se da cuando ya se le ha atribuido a uno de los padres la **custodia legal del menor**.

Entonces el delito que incurrirían los padres concernientes a sus hijos, sería la sustracción de menores contemplado en el artículo 147º del Código Penal. Por ende en cuanto a una explicación **jurídica de los tipo penales**, en la figura de secuestro que indica la doctrina esto se origina de acuerdo a como conviven las personas en una misma sociedad.

Puesto que al interpretar la norma penal debe discernirse de acuerdo a los intereses de las personas, para poder entender se debe de convivir con otras personas y de esta forma poder satisfacer aquellos intereses personales y permita una **autorrealización personal**. En el caso de la sustracción de menor, los padres tienen la obligación y el derecho de resguardar el interés superior de sus propios hijos, asimismo se debe considerar que cuando se sustrae a un menor se lastima en cuanto no tiene la libertad de poder estar con uno de sus progenitores y la asistencia que le pueden brindar.

En consecuencia cuando se establece cierta normatividad se establece un actuar determinado; pero por otro lado hay otras normatividades que lo sancionan; para ello debe de predominar uno de los mandatos, permitiendo que la dicha incoherencia se resuelva en beneficio al comportamiento, conducta que es considerada de lo más cabal y adecuada.

#### **2.14.5. Indicadores del Delito de Sustracción de Menores**

Según la **Oficina de Programas de Justicia (2010)**. Considera que el delito de sustracción del menor de edad tiene ciertas particularidades que no deja de lado el mito que se tiene al referido delito:

- El delito de sustracción de menor es considerada como una clase secuestro
- La patria potestad no suma como parte del problema.
- El bienestar infantil es lo que se ve perjudicado
- Tiene como posible resultado consecuencias psíquicas y sociales debido a que lo han sustraído.
- Como consecuencia generara por producto de la sustracción impactos traumáticos, al padre que lo busca, al menor sustraído, a los familiares y allegados a la familia

#### **2.14.6. Características frecuentes en la Sustracción de menores**

##### **a) El ocultamiento del menor**

**Oficina de Programas de Justicia (2010)**. Nos indica que este tipo de situación se da cuando uno de los padres o la pariente que no tiene la patria potestad encubre la sustracción o la dirección de donde se encuentra el menor.

Asimismo **Jorge R. Videla y Emilio E. Massera (1999)**. Citado por **Corigliano, M. (s/f)**. Mantienen que cuando se habla de la ocultación de menor debe darse cuando el menor no cumpla los diez años; estimando que la figura delictiva cesa obligatoriamente en ese tipo de situación.

También la Jurisprudencia no se encuentra conforme con dicho concepto, pues que de alguna forma estaría incitando a que los familiares que recurran a la sustracción del menor no tengan a que se realice la ocultación del menor sin remedio alguno; puesto que el comportamiento



de determinada persona se encuentre impune, exento de toda responsabilidad.

Es así que el **artículo 3º** de **La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas** constituye que al darse la **“desaparición forzada de personas debe ser tipificada como delito y que éste debe ser considerado como permanente hasta tanto no se establezca el destino o paradero de la víctima”**, es decir se da el delito de Sustracción del menor, cuando no se encuentre el paradero del niño, niña o adolescente, ya a la vez este será examinando como estable hasta que no se encuentre la dirección del menor.

**Rentería, M. (2010)**. Asimismo la Convención que habla sobre la sustracción de menores no es la única que respalda dicha suceso por ende se tiene varios Estados que han ratificado diversas legislaciones nacionales e internacionales que se superponen territorialmente por ejemplo tenemos en el caso de Europa aparte de adherirse al **Convenio de la Haya XXVIII** que se refiere a **“los aspectos civiles de la sustracción internacionales de menores”** así también a parte de la mencionada tenemos **la Convención del Consejo de Europa** que nos da a conocer en relación al **“reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de la custodia”** nos referimos en este punto cuando el menor es recuperado por el padre que se encontraba en busca del hijo, se restituye al menor por ende la custodia del menor, ya que la perdió cuando el niño fue sustraído por el otro progenitor.; a todo ello esto es conocida como **Convención de Luxemburgo** en el estado de Europa; mientras que en América en las cuales se encuentran suscritos varios países; para ello tenemos **“la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores”** que se encargara de lo que mencionamos anteriormente.

## **b) La Intención de alejar de manera indefinida al menor**

**Oficina de Programas de Justicia (2010).** Se hace constar que el que sustrajo en esta situación es un pariente o uno de los padres, tiene el propósito impedir que el padre que lo encuentre buscando al menor por un lapso de tiempo siendo este ilimitado.

**Antiga, M. (2016).** Nos señala que este tipo de situación se debe a la tenencia otorgado a uno de los padres; indicando y citando al Código Civil entre otras normas de que se debe analizar cada suceso; asimismo se en el cual no se ha establecido de manera expresa el caso de **la tenencia y la guarda compartida** en el caso de la separación de los padres

En consecuencia tanto la tenencia como la patria potestad van dirigidos solo a una persona quien se va a encargar de tomar las decisiones que concierna a esos temas; claro también hay cuestiones en que no solo recaerá solo a una parte, si no a ambos progenitores.

**Martínez, E. (2013).** Nos permite diferenciar la tenencia como la patria potestad; la primera va dirigida cuando los progenitores del menor se encuentran separados y quien la ejercerá será solo es uno de los progenitores, encargándose de velar por la atención exclusiva al menor; en lo segundo es el simple derecho de ser reconocidos como padres y ante cualquier situación decidirán por sus hijos, en este caso el derecho le corresponde a ambos padres, no pudiendo renunciar ni negociarse; pero cabe la posibilidad de que se suspenda pero tendría que acarrear una de las partes la comisión de hechos muy graves que incluso perjudican al menor esto puede ser acreditado por un **proceso judicial**.

**Antiga, M. (2016).** Siendo la misma norma quien faculta que la tenencia del **hijo menor de edad** se le otorgara a uno de los padres. Siendo en una situación real llevado al campo, se podrá ver que podría distanciar o separar al otro padre de su cargo, y cabría que el peligro de

***alienar a los hijos a un progenitor***, desalojando al otro progenitor, desconociéndolo solo como un visitante. Dicho ***fenómeno se conoce como síndrome de alienación monoparental***.

Ante esta posición solo cabe indicar no se puede impedir, e incluso lo jueces encargados de llevar determinados casos tienen que buscar lo mejor para los niños, es decir que en cualquier tipo de conflictos en donde se ve involucrado la guarda de los menores de edad, el juez no se encuentra prohibido de otorgarla de manera compartida; ya que el hijo tiene derecho a disfrutar sin impedimento alguno de la atención que le pueden brindar ambos progenitores.

### **c) La Huida del sustractor con el menor**

**Oficina de Programas de Justicia (2010)**. Esto se da cuando el que sustrajo al menor lo quiere trasladar fuera del país para que de esta manera se complique la liberación del menor. Pero la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su **artículo 2º párrafo segundo** que nos indica:

***“no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía”***

Así mismo no se da la pronta recuperación del progenitor quien se encuentra buscándolo desesperadamente; es que se tiene en esta situación el **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores** quien tiene como objetivo lo siguiente:

***“la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución.”***

En el caso de que el sustractor del menor se traslade a otro estado o fuera del país es aquí donde interviene el presente convenio requiriendo que los estados que firmaron el presente convenio tienen que conminar la devolución del niño dentro del lapso de 6 semanas. Asimismo se tiene que realizar el trámite requerido para que se la restitución del menor; ello es que se presente una solicitud en el periodo de un año a la **autoridad central del país donde el menor fue sustraído** puesto que de otra forma podría ser denegada la solicitud.

#### **2.14.7. Cambios abruptos en el Menor por el Delito de Sustracción**

**Oficina de Programas de Justicia (2010).** Al desaparecer el menor de forma inesperada, es el inicio de la práctica de una sustracción de un menor de edad esto puede abarcar meses, años; puesto que el niño llevara su existencia de forma ambulante se encontrará trasladándose incesantemente, incluso la persona que lo sustrae puede que tenga que recurrir a estar intercambiándole el nombre al menor, generando de esta forma que no tenga una identidad fija, de esta manera no podrá formar una bases solida ya que se encontrara mudándose así mismo no podrá realizar vínculos verídicos.

De acuerdo a esta situación lo que se observara de forma indudable que el menor tendrá que sobrellevar las alteraciones que serán de forma rápida y muy importantes por lo cual el niño que se busca, se desvincula puesto que cambia y ya no es el mismo.

De la misma forma al darse el **ocultamiento** cuando se trata de que se da la sustracción por parte de uno de sus padres, puesto que ya lo conoce es practicante **ver a un niño con su padre**; este tipo de situaciones como se mencionó no dura días o semanas más bien este puede durar meses incluso años.

No obstante de alguna forma podría indicarse que habrá ciertos cambios radicales para el menor, debido a que dejara en el pasado la vida que tuvo, así también conformara nuevas experiencias con la reciente identidad que tenga, asimismo estos sentimientos serán más **fuertes y significativos que los de la vida** pasada; **“y, a medida que la sustracción continúa, la información que el niño ha recibido para explicar la ausencia de los familiares desaparecidos se arraiga en su mente**. Es decir con el transcurso del tiempo el niño asimila la situación en la que se encuentra, así también es influenciado por la misma información que recepciona día a día, siendo esto un lavado de cerebro.

**Guerrero, S. (2016)**. Finalmente nos da a conocer que **“las acciones que realice sustractor pueden tener graves implicancias emocionales, de desarrollo y psicológicas para el niño”**. Ya que visto de alguna forma busca debilitar los lazos que haya tenido con el otro padre, ocasionando que el reencuentro entre el hijo y su padre que lo busca ansiosamente, que no realice o no se lleve a cabo.

**Oficina de Programas de Justicia (2010)**. La mayoría de los niños que son sustraídos por uno de sus padres o incluso familiares frecuentemente son obligados a que realicen lo siguiente:

- Se prepara al menor antes de que se dé la sustracción, realizando un **“lavado de cerebro”**, el sustractor toma el control de la situación a través de diversas técnicas que persuadirán al menor, cabe decir que pueden ser esas técnicas coercitivas, siendo una estrategia

psicológica para que el menor pueda irse con el padre que quiere sustraerlo, siempre influyendo en las acciones de su hijo. En este tipo de casos la decisión que haya tomado el menor puede que desencadene problemas al menor en un futuro: como por ejemplo el menor sea arrepienta de haberse ido con su padre y haber dejado al otro.

- En este tipo de sucesos los niños se encuentran forzados a mantenerse ocultos, escondidos con el padre que los sustrajo este se ve obligado de huir para evitar cualquier comunicación con el padre que lo busca.
- El que sustrajo al menor para que no se vea descubierto se ve en la necesidad de atemorizar al niño, de que teman a los que posiblemente les podría ayudar como los médicos, profesores, la policía; en consecuencia no le ofrecerá al menor el apoyo y los servicios que permitan el desarrollo integral del menor: como una buena educación, asistencia social y acceder a un centro que brinde un buena atención respecto a su salud, de esta manera se le está dañando, perjudicando la comodidad del menor y la seguridad del niño; siendo esta circunstancia una dependencia del niño hacia su sustractor.
- La sustracción se ve complicada por el cambio de identidad que genera al menor, puesto que le cambian el nombre, la fecha en que nació o el mismo lugar generando una nueva identidad; además le realicen cambios en su aspecto físico para que no lo ubiquen, haciéndolos hacerse pasar por el género que no son,; prohibiéndoles a no exponer su verdadera identidad originando que haya un grave problema pues esto confundirá al menor, en otros casos puede que el niño es más joven puede que lo procese y lo entienda pero este tipo de confusiones aparece más a menudo cuando se da el reencuentro con los familiares o el padre que se encuentra buscándolo anheladamente, sin embargo el niño no se acuerda ni los conoce.

- El sustractor para crear la nueva identidad del menor se ve obligado que el niño evite recordar el pasado e incluso que lloriqueé por su otro progenitor, por su familia y por sus compañeros que han sido allegados a él, siendo para el niño una desorientación total cuando, es decir cuando esté sea recuperado por sus familiares será muy complicado y penoso para el menor a asimilar la situación, porque tendría que confiar y amar nuevamente en el progenitor que se encontraba buscándolo.
- Como se indicó anteriormente el padre sustractor, le inculca al menor a mentir sobre el pasado, por ello se verá en la necesidad de no dejarlo salir a jugar, ni abrir la puerta de donde se encuentra; mantenerlo oculto dentro de lo posible en el caso de que mantenga alguna conversación con alguien más, tiene que mentir o tratar de evadir preguntas referente a su persona.
- Al menor para que no extrañe a sus familiares se le tiene falsear referente al padre que se encuentra averiguando el paradero del niño; como por ejemplo que ellos huyeron de casa debido a que su otro padre era enérgico, vehemente, agresivo con ellos, que nunca lo ha amado ni querido o incluso decirle que su otro progenitor y sus familiares fallecieron por producto de algún incidente.

**Guerrero, S. (2016).** Nos señala que la sustracción parental es un delito que tendrá consecuencias, secuelas en futuro tanto en el menor como los familiares y allegados a la familia.

#### **2.14.8. Vulneración de Derechos por el Delito de Sustracción de Menor**

La figura del ilícito es una vulneración al principio del interés superior del niño, ya que se le priva de un ambiente de desarrollo pleno y seguro, de igual forma es una vulneración para el progenitor que es poseedor de la tenencia, ya que también se perjudica su derecho de patria potestad desembocando en daños psicológicos y emocionales

difícilmente reparables ya que tanto al niño como al otro padre se les ha privado el contacto físico y sentimental, generando así el acto de sustracción no solo daño a un sujeto pasivo en si como se comprende que es el menor, sino a varios sujetos pasivos.

El ilícito de sustracción de menor es cada vez más consecutivo en algunos países, debido al aumento de matrimonios internacionales y a la vez por la escasa voluntad de compromiso y responsabilidad entre las parejas, por lo que ante este hecho los ya conyugues pierden la valoración de mantener una familia unida, provocando así la destrucción del núcleo social que viene a ser la familia.

Encontrados los cónyuges en este tipo de situaciones provocará naturalmente que uno de ellos pierda la racionalidad y como consecuencia de ello realice actos en los cuales va a priorizar y sobreponerse a los derechos del menor.

Por lo que uno de los progenitores de forma abusiva va a sustraer y trasladar a su menor hijo fuera de su entorno acostumbrado, sin solicitar previa autorización, consentimiento del otro conyugue. Manteniendo oculto su paradero y la del menor sin permitirles ningún tipo de comunicación de forma indeterminada.

El sujeto pasivo más afectado siempre va ser el más vulnerable de todos y el que menos poder de elección y opinión tiene, así el niño está obligado a distanciarse de su progenitor cuidador ya que no tiene voto ni voz, mucho menos opción de poder resistirse, ya que es casi costumbre que el ilícito de sustracción de menor es realizado con niños menores de diez años.

En este tipo de delitos de sustracción el sustractor no da importancia al vínculo afectivo que pueda tener y valorar el menor sustraído y el progenitor agraviado, siendo de normal comportamiento que el padre sustractor se justifique con mentiras, o generando acusaciones al



otro progenitor para que así su entorno social no lo vea mal y al contrario le brinden apoyo.

#### **2.14.9. Administración de Justicia referente a la Sustracción**

**Rentería, M. (2010).** En este punto se habla acerca de cómo se está aplicando la Convención en los casos de la restitución de los menores de edad a sus hogares habituales; se tiene el caso de ***Expediente N° 1750-2004 de, la Primera Sala especializada de familia;*** la cual intervino en esta situación en la que dicto que la criatura de nombre Ivana que retorne a su país Argentina donde se encuentra su hogar habitual; pero la progenitora en su demanda indico que la menor no había expresado su opinión respecto al caso, asimismo que al estar con la progenitora se encuentra en un lugar cómodo y adecuado donde además percibe protección, cuidados para que su crecimiento sea el mejor; pero la Sala dictamino el retorno de la menor teniendo como base elemental que se comprobó ***la retención ilícita*** puesto que la progenitora viajó fuera del país al destino de Perú ***con una autorización de viaje*** pero no regreso a su país; asimismo como no se mostraron ***las causales de improcedencia del artículo 13º*** el cual señala lo siguiente:

***“1.- La autoridad judicial o administrativa no está obligado a la restitución del menor, si la persona, institución u organismo que se opone a su restitución demuestra que:***

***a.- La persona, institución u organismo que se hubiera hecho de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o habría consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.***

***b.- Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo expondrá a un peligro grave físico o psíquico que***

***cualquier otra amera ponga al menor en una situación intolerable.***

***2.-La autoridad podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se oponen a la restitución cuando el menor haya alcanzado la edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión.”***

No obstante cuando Ivana ingreso al Perú ella tenía 1 y 7 meses de edad y al momento de resolverse el caos por medio de una sentencia él ya contaba con 5 y 4 meses de edad comprobándose de esta forma que la madre sustractora si había concurrido a la sustracción y retención ilegalmente del menor según lo señalado el artículo 13º de la Convención.

Como segundo caso se tiene por la ***Sala de familia*** que anula ***la resolución emitida por el 16º juzgado de familia de Lima***, exponiéndose que ***el interés superior de la niña*** pues se evidencia que las nociones de la pretensión se refieren a que la progenitora mudo a la niña a otro país sin mediar una autorización de viaje; asimismo la madre también alego que sufría de violencia, es por medio del ***informe psicológico*** se examina que en lapso de tiempo que la menor se encontraba en su hogar en Valencia ha sufrido daño psicológico, físico verbal y violación sexual; por lo tanto el proceso presento la excepción del ***artículo 13º*** el cual señala que cuando el estado físico menor y el bienestar del mencionado se ven comprometidos a un riesgo dificultoso, muy grave físicamente y psicológicamente, el menor no deberá de ser restituido. Igualmente se tiene a la ***Jurisprudencia chilena*** que cuando se halle ***violencia domestica*** no se otorgara la restitución del niño.

En la actualidad se cree que no debe de existir preocupación en cuanto se trasladen a los hijos fuera del país; sino más bien cuando lo esconden dentro del país; puesto de que alguna forma fuerza a que el

otro padre del menor realice múltiples búsquedas para llegar al paradero del menor.

**Rentería, M. (2010).** Señala que ejerció el cargo de **Juez de Familia** donde observo sucesos donde se dio **abuso a la patria potestad**; tenemos el siguiente suceso a la madre se le reconoce la tenencia del menor, por lo que el padre solicito régimen de visitas otorgándosela, pero al verse en esa situación lo que decide es llevarse al menor con él por el lapso más de dos meses, hallando al menor y prohibiendo el régimen de visitas al padre; otro suceso de dio cuando la abuela paterna con el cuento de que la llevaría de paseo por que culmino las clases se llevó, pero nunca más regreso ni la abuela paterna, ni la niña iniciándose un proceso y se sentenció al padre y otro caso en el donde la madre teniendo la tenencia del menor y el régimen de vistas establecido al padre, es que oportunamente pide la variación del régimen de visitas aprovechando dicha circunstancia para llevarse a su hija Shelly al Cusco y alegando una nacionalidad extranjera **oculta un secuestro de su hija**; asimismo antes de que se suscitara tal hecho se realizó una audiencia donde se vio la buena relación que tenía la menor con ambos padres, por lo que **Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño**, pues la madre está vulnerando los derechos de la menor y también ignora de la sentencia que dicto **Tribunal Constitucional peruano en el Habeas Corpus Allison - Roca Rey** el cual hace mención el derecho que tiene todo niño el tener **familia y a mantener vínculos con sus padres**, en cuanto a la sentencia que dictó la **Corte Europea de derechos Humanos** referente a este caso que indica que se está transgrediendo **el artículo 8º** puesto que nuestro Estado siendo uno de los firmantes de la convención no está cumpliendo con lo que se encuentra dispuesto; por lo que se declaró **fundada la demanda al solicitante** respecto a que no se está realizando **las medidas necesarias en garantía de la ejecución con el régimen de visitas**. Claro que no nos localizamos en Europa pero en esta situación la

**Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño** se encuentra en la capacidad de castigar a nuestro Estado por no acoger las medidas concernientes con el propósito de que se efectúen los derechos tanto de la menor como del papá que se encuentran resguardados por **las Convenciones y tratados ratificados**.

Nuestro estado Peruano ha aprobado las múltiples **convenciones** que amparan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre ellas tenemos **Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, la Convención Internacional sobre Tráfico internacional de menores**, las cuales se encuentran conformadas por autoridades competentes que permitirán que se rija lo que se encuentra establecidos con los convenios así también compromete a los padres para ellos también acaten lo que se encuentra establecido y a otros que encuentren en su vigencia y permita la eficacia.

## **2.15. TEORIAS DE LA PENA**

### **2.15.1. Teorías Absolutistas**

**Fernando, R. (2012)**. Se acredita en ella misma; descarta cualquier otra teoría, validándose en si misma de manera general y determinante; de ahí que se responsabilizan de lo posteriormente pueda suceder, con el fin de sancionar a aquella persona que ha transgredido las normas o leyes que rigen nuestra sociedad. En definitiva que la justicia prevalezca. Entre ellas tenemos las siguientes teorías.-

#### **A. Teoría De La Reparación**

**Fernando, R. (2012)**. Esta radica en cuanto se transgreda alguna de las normas que se rigen en nuestra sociedad, incurriendo de esta manera en un delito afectando a un sujeto y a la sociedad en sí; por lo

que tendrá de resarcir dicho daño siendo equivalente la pena que se establece.

## **B. Teoría De La Retribución**

**Fernando, R. (2012).** El pensador **Emmanuel Kant** se refiere de la siguiente manera: ***“la ley penal es el imperativo categórico y la pena retribución necesaria que se inspira en el concepto de justicia absoluta”*** En concreto esto se refiere a dos condiciones:

Primero a una compensación moral: ya que al transgredir normas que orden público, se estaría vulnerando la ética que tiene uno como persona. Es así como indica **Durkeim**:

***“Aunque procede de una reacción absolutamente mecánica, de movimientos pasionales y en gran parte irreflexivos, no deja de desempeñar un papel útil. Solo que ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se le ve. No sirve, o no sirve sino muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa y; en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común”***

Lo que nos quiere dar a conocer Durkeim es que medida que se va dando la civilización hay mayor influencia de la pena; es decir más avanzado el desarrollo de nuestra sociedad, mayor magnitud tendrá la pena frente a la misma. Nos referimos al orden ético, moral. Segundo a una compensación jurídica: como se ha mencionado anteriormente nos referimos a las retribución; en este caso hablamos de la pena que se impondrá al sujeto que incurra en delito.

### 2.15.2. Teorías Relativas

**Fernando, R. (2012).** Estas teorías tienen por fin la resocialización, prevenir el delito, la reintegración del agente a la sociedad; entre ellas tenemos:

#### A. Teoría Preventiva

Busca eludir que se realicen acciones delictivas por lo cual guía a los ciudadanos que no se vean envueltos en este tipo de situaciones, generando de alguna manera temor para q no cometan un hecho delictivo; también evita que el sujeto activo que la delinquiró lo vuelva hacer.

#### B. Teoría Correccionalista

La misma se sustenta de la siguiente manera, la persona que incurrió en una acción delincuencial se le considera que le hace falta un tratamiento, pero no cualquier tratamiento, es decir un tratamiento pedagógico para modificar aquella postura que le llevo a cometer aquella acción contraria a la ley.

#### C. Teoría Positivista

Acorde con la función de la pena es encontrar que el sujeto activo se reintegre a la sociedad, debido que es considerado anómalo, además tiene como fin resguardar la integridad de la sociedad por la exposición de ella frente al delincuente.

### 2.15.3. Teorías Mixtas

**Fernando, R. (2012).** Está compuesta por las anteriores antes mencionadas, la absoluta y la relativa. ***Gamarra “el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad turbado***

***por el desorden del delito, sin perjuicio de su función intimidadora y de su objetivo y de su objetivo específico de enmienda”***

#### **2.15.4. Teorías de la Medición de la Pena**

**Fernando, R. (2012).** Se mencionara y dará a conocer a la vez la conceptualización de las teorías más identificadas.

##### **A. Teoría de la Pena Exacta**

**Fernando, R. (2012).** Particularmente la presente teoría tiene una relación con la que mencionamos anteriormente; nos referimos a la teoría de la retribución que está relacionada con la culpabilidad por la determinada acción que se ha realizado. Acorde con el sentido común que tenemos no solo es fundamentarnos en la culpabilidad si no ir a los aspectos de protección.

El propósito de esta teoría es que: ***“La culpabilidad resulta una magnitud fija y, por ende, la pena podría sólo ser una, esto es, fija”***. En efecto la mayoría de teorías enfatizan que al establecer la condena al sujeto que ha incurrido en delito se le atribuirá como retribución jurídica una pena acorde a los extremos de la misma, es decir el mínimo y el máximo de la pena, estaríamos hablando de la gradualidad de la pena. Pero cabe indicar que esta teoría se puede determinar la pena exacta que concierne tanto al nivel de culpabilidad como al injusto. Como le indica el autor:

***“El reproche que lleva implícita la pena fundamentada exclusivamente en la culpabilidad, es un reproche que lleva implícito un señalamiento moral”***

A saber que la mencionada retribución corresponde al orden ético; es aquella recriminación por la misma sociedad, debido que su proceder no fue el adecuado.

### **B. Teoría del Espacio De Juego**

**Fernando, R. (2012).** Expresa que no es viable determinar el número de la pena exacta de acuerdo a la culpabilidad. Pero lo que se indica es que: **“es factible establecer un marco de culpabilidad al cual corresponde un marco punitivo acotado, es decir, un piso de magnitud penal como mínimo y un tope como máximo, dentro de la escala penal respectiva”** Es decir que si establecemos ello; habría un extremo fijo tanto como mínimo y máximo, como lo establece la escala penal.

**“En lo que refiere a esta teoría del espacio de juego, entre la determinación de un marco ajustado a la culpabilidad y el paso siguiente que consiste en alcanzar una pena puntual dentro de ese marco, momento en el cual los fines preventivos se manejan libremente”.**

El fin de la presente teoría del espacio de juego es viable para conformar estabilidad, protección **“un marco punitivo acotado resultante de una magnitud de culpabilidad”**

### **C. Teoría de la Gestación Social**

**Fernando, R. (2012).** Se encuentra sostenida por Dreher indicando: **“que las medidas superior e inferior del marco del espacio de juego no son puntos fijos, sino fronteras difusas, por lo que entonces no se podría saber si las penas son adecuadas o inadecuadas a la culpabilidad”**



Es decir que la mayoría de situaciones no solo se verá afectado tanto por la culpabilidad y el injusto, sino también por variados factores; se refiere a una evaluación tanto de la ley, la sociedad y la misma que considere el juez encargado de dicha situación.

Esta teoría se encuentra ligada a la posición de **Jakobs** aunque su postura indica que los extremos mínimos y máximos dependen de las obligaciones preventivas. ***“Nótese que en principio y de modo general no resultan equivocadas las críticas que dicen que la teoría de la gestación social se asemeja a una teoría retributiva de la pena exacta conforme apreciaciones de prevención general positiva”***

Siendo redundantes en el tema esta teoría es similar a la teoría exacta puesto que ya que se considera que es factible de acceder a una pena fija pero que solo pertenecería a las necesidades de protección conforme a la presente teoría. En definitiva se refiere a la flexibilidad de la pena, según la teoría atenuantes que permitirán acceder al mínimo de la pena.

#### **D. Teoría del Valor Jerárquico del Empleo**

**Fernando, R. (2012).** La presente teoría se refiere que se muestran dos situaciones; la primera se trata de la culpabilidad y el monto que se le impondrá a la persona que cometió el hecho delictivo; y como segunda situación tenemos como la van evaluar el mencionado hecho, es decir el monto que se le estableció, el grado de culpabilidad que se le atribuyo; ***“porque se afinsa en el establecimiento de una cantidad de pena fija justamente por la culpabilidad”***.

***“Según esta teoría la fijación de pena corresponde a una cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, siendo esta unidad la pena de prisión. En la primera etapa se debe medir la***

***pena-por la culpabilidad como si la pena fuera aplicarse”***

Esto es que al establecer la pena fija, procede el grado de culpabilidad otorgado igualmente ***“la teoría en examen resulta tal vez algo rígida, porque al determinar un monto fijo, prácticamente congela las posibilidades posteriores de evaluación”***

### **E. Teoría de la Retribución de la Culpabilidad por el hecho**

**Kohler** citado por **Fernando, R. (2012)**. Nos indica que esta teoría que la pena se encuentra libre de medirla, siempre y cuando se tenga como objetivo la prevención general, compensando lo ha generado dicha acción. A la vez connota que se fija en dos puntos, el detrimento a un bien jurídico y la turbación a la paz jurídica; es decir que permite agravar la pena en el caso que se tenga ***razones preventivo generales***; ya que la tranquilidad de la sociedad es perceptiva ante las acciones delictuosas del sujeto activo

### **2.16. CASOS DE REPERCUSIÓN MEDIÁTICA**

**Wikipedia (2016)**. Nos da a conocer el siguiente caso en las que se dio la sustracción del menor, viéndose las consecuencias de dicha sustracción. En el pueblo de Austria se da el suceso de **Elisabeth Fritzl** fue confinada por 24 años por su padre el **Josef Fritzl** desde el año 1984 a 2008 periodo en el que concibió siete hijos del sustractor; asimismo fue ocultada y encerrada en un sótano, ***en condiciones inhumanas***; sin que su madre **Rosemarie** supiera de dicha situación a pesar de encontrarse viviendo en el mismo techo pero no se dio cuenta del acontecimiento ella dedujo que desapareció voluntariamente por las cartas manuscritas que recibía.

**Nuñez, S. (2013).** Nos da a conocer el siguiente suceso en la Ciudad de Obregón-México que una **madre demanda por sustracción de menor a su ex pareja;** el suceso es el siguiente Thierry Salingue padre de la menor Leóni, y la madre María Eiletia Suhei Lara López; el padre se llevó a la menor por vacaciones de verano la madre autorizo dicho viaje fuera del país a Europea; pero tenía que regresarla apenas culmine las vacaciones de verano el 13 de Agosto de 2012, pero no la devolvió por lo que madre pide a las autoridades competentes que tomen las medidas necesarias para que la retorne devuelta; no obstante le comunico por medio de un correo electrónico que la menor se encuentra bien, pero que no era de su agrado la calidad de vida que llevaba en México más aun por el sistema político que tenía, y en cuanto a lo académico consideraba que la educación era deplorable. Y hechos como esto en México hay más de 500 casos.

Asimismo en los casos donde los menores tengan una doble nacionalidad son los que se encuentran más perjudicados, ya que los padres deciden separarse, residiendo en otro país, al solicitar ver al menor, y el progenitor que tiene la custodia con buena fe autoriza que viaje su hijo para que de esta manera puedan visitar a sus familiares extranjeros, se perjudica porque posiblemente nunca vuelva a tener a su hijo entre manos.

**Ocampo, J. (2014).** Se pronunció en una emisora en cuanto al caso de Fernando Zegarra quien se encuentra desesperado por ubicar el paradero de su menor hijo, pasando infinidad de carencias debido a que su hijo fue sustraído por su madre quien ahora se encuentra en España; Ocampo indico que la sustracción de menores y el secuestro hay una notable diferencia puesto que **entre los progenitores no existe el delito de secuestro sino el de sustracción, pero indica que a pesar de ello cuando uno de los padres se lleva al menor sin el consentimiento del otro puede obtener una pena de hasta cuatro años.** En el país de España.

Reconociendo a la vez que es un tema funesto que se da en nuestra real sociedad, asimismo los padres que sustraen a los menores no recapacitan en cuanto a los daños que puede ocasionarle al menor, y resaltando a la vez que **"cuando uno se divorcia se divorcia de la pareja, no de los hijos"**.

**Herrada, E. (2014).** Otro hecho suscitado es acerca del **Empresario Jacques Levy Simón** puesto que acusa que por el lapso de cinco meses la madre **María Elena Llanos** ha sustraído a la niña; a pesar de no tener la custodia de su hija, no encontrándose en su lugar habitual; incluso hay una resolución **expedida el 14 de mayo que ha** solicitado la presencia de la madre para que exponga su testimonio por el **delito de sustracción de menor bajo apercibimiento de ser declarado reo ausente y se ordene su captura mediante la Policía Nacional**; el empresario señaló que la menor no ha asistido todo este tiempo al colegio.

**Sasieta, R. (2012).** Nos habla sobre el delito de sustracción de menor, en el caso de un pequeño de 4 años que se encontraba bajo la tenencia de su madre Roció Castro, pero el padre de nacionalidad italiana se lo llevo a la fuerza al menor, cuando era encaminado por su tía al colegio; el sustractor intervino con ayuda de otras personas, asimismo no se ha evidenciado que haya sido trasladado fuera del Perú.

**Sasieta, R. (2012).** Señala que hay un desperfecto en el comportamiento por parte de los padres, pues ante la conducta de salvaguarda y custodia en los menores que ellos deben de velar y así lo establece la Convención de los derechos del niño no se cumple cabalmente. Ernesto Lechuga director general de defensa publica del MINJUS en ese entonces se comunicó con la Emisora, pronunciándose sobre el tema e indicando que las autoridades competentes ante esta situación deben de establecer una orden de impedimento de salida al ver una controversia de tenencia para que de esta manera se impida la salida

del menor con su sustractor. La Dra. Sasieta indica que respecto en esta situación el menor aún no ha salido del país; pero no se da la restitución del menor puesto que ya hay una sentencia firme que lo acredite, entonces infiere que algo está faltando.

**Pérez López, J. (2016).** En la edición del diario La Ley da a conocer el siguiente caso donde el Norteamericano Dustin William Kent que con el propósito de recuperar a su menor hija de cinco años de edad, llevo al Perú, puesto que su hija fue sustraída en Estado unidos por su ex esposa contraviniendo una ***orden emitida por un tribunal de justicia que otorgaba la custodia*** a él. Pero las autoridades de nuestro país lo detuvieron y entregaron a la menor a la madre, sin tener consideración en quien tiene la tenencia legal del menor.

## **2.17. LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **2.17.1. Argentina**

En el presente país la sustracción del menor se configura de la siguiente manera: ***“Se castiga este delito con prisión efectiva de hasta cuatro años y medio, para los casos en que la víctima fuera menor de diez años o discapacitada. En este país la ley penal fue promovida por la Asociación de Padres alejados de sus hijos”*** Al análisis comparativo cabe destacar que en el país de argentina tiene un mayor carácter punitivo que en nuestra situación peruana y más aún si en el tipo penal se considera agravantes, estas hacen una diferencia respecto a las edades y el estado o condición en la se encuentra el menor sustraído.

### **2.17.2. México**

Así tenemos en el país de México la sustracción de menores lo regula en su ***código penal del estado de México en el libro Título***

**Tercero Delitos Contra Las Personas Subtítulo Tercero Delitos  
Contra la Libertad, Seguridad y Tranquilidad de las  
Personas Capítulo IV Sustracción de hijo** el cual señala lo siguiente:

***“Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aun sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio de la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.”***

En el análisis comparativo legislativo se puede extraer lo siguiente: que a diferencia de la terminología de sustracción empleada en Perú, en México se refieren al apoderamiento del cual hace mención que aparte de los progenitores puede ser partícipe a la vez cualquier familiar en la comisión de dicho delito, privando del derecho de patria potestad o la custodia de quien legítimamente la posee, sin permitirle al progenitor apoderado ver y convivir con su menor hijo. De forma conclusiva también se puede resaltar que la severidad punitiva es mayor a comparación en la impuesta en Perú por el delito de sustracción.

**Ciudad de México (CNNMéxico).**- Nos da a conocer el caso de sustracción familiar realizada por un familiar sin la custodia legal, cayendo así en un delito constitucional, determinado por **la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, ante un recurso presentado por un ciudadano.

El caso trata de lo siguiente, sobre un hombre que fue arrestado y condenado por generar la sustracción de su menor hijo sin el

consentimiento de su ex esposa y sin contar con la custodia legal, en la cual el progenitor estimaba que la sentencia en su contra no sería efectiva y por lo tanto sería declarada inconstitucional. Pero los magistrados resolvieron que la figura debe proteger a los menores involucrados en una discusión familiar y de los daños que le puedan ocasionar por las riñas entre los padres, y por último garantizar el derecho de los niños a vivir en familia.

Por lo que la corte en su fallo dictaminan lo siguiente: que el no cumplir con el régimen de convivencia arriesga **el sano desarrollo de los menores** y como precedente la prohibición a cualquier padre o familiar de llevarse un menor sin poseer la custodia legal o patria potestad, aparte de definir el régimen de convivencia, también se debe tomar en cuenta la edad, necesidades y costumbres del menor, como también la relación que mantiene con el progenitor que no posee la custodia, como por ejemplo: **los orígenes del conflicto familiar, e incluso la disponibilidad y personalidad del padre no custodio, y la distancia geográfica entre ambos hogares.**

A modo de conclusión, el informe del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (**INEGI Mujeres y Hombres en México 2011**), en México uno de cada 100 menores de 15 años está bajo el cuidado exclusivo de su padre (**1.1%**), puede ser por motivo de separación o viudez. La mayoría de los menores sustraídos son mayores de nueve años.

### **2.17.3. España**

**Vásquez y Apraiz (s/f)**. Nos señalan que el proceso de sustracción de menor debe ser realizado con una condición de urgencia y prioridad tanto en instancia ad quo como en instancia ad quem en caso existiera, en el injustificable plazo de seis semanas desde la fecha presentada la solicitud exigiendo el retorno y restitución del menor al progenitor

denunciante y poseedor de la patria potestad, con la excepción de la existencia de algún motivo inusual que genere la imposibilidad de ser realizado. En ninguna situación se decretará la suspensión de las acciones civiles por el pre existencia de la persecución penal por la realización de acciones penales en materia de sustracción de menores.

Así mismo las Medidas de Protección en el ámbito penal que permiten la salvaguarda del menor es la que se encuentra en el código penal de 1995 estableciendo como delito, la sustracción de menores de siete años, en secuencia procedió a agravar la pena por el delito de detención ilegal o secuestro cuando el sujeto pasivo fuera menor de edad o incapaz.

Es así que en su ***Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.*** Llegando a tener el siguiente tipo penal:

***“El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.”***

En la elaboración de la comparación legal del cuerpo normativo de España con el código penal peruano se debe destacar y comentar lo siguiente: más aún en el sentido que la pena es un escaño más elevada a la nuestra indicando un mínimo penal de dos hasta cuatro años como pena máxima tipificada, a la vez como medida tanto de agravante y protección del menor a futuro se impone una inhabilitación especial para la práctica del derecho de patria potestad por un periodo desde cuatro hasta diez años. ***Para tales efectos la legislación española considera como sustracción de hijos menores:***



***“El traslado del menor de su habitual entorno de vida y residencia sin el consentimiento del otro progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.”***

Al igual que en la legislación peruana este tipo penal se ve configurado por el acto de traslado del menor de un lugar a otro, despojándolo de su entorno seguro de desarrollo personal y emocional a otro destino desconocido, sin que existiera el consentimiento del otro progenitor, personas o instituciones a las cuales se le confiere para un desarrollo bajo protección, custodia plena y segura para él menor. ***“La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.”*** Es necesario resaltar en este punto, el cual hace referencia al acto de rechazar conscientemente la restitución del menor y consecutivamente mantener la su retención, a sabiendas de la existencia previa de un mandato de carácter judicial el cual el sujeto activo hace caso omiso.

***“Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.”***

Para esta parte el artículo en análisis sobre legislación comparada con España, se puede contemplar la aplicación inmediata y expresa en su tipificación de la eximente de la persecución penal, siempre y cuando el sustractor se comunique con el otro progenitor o a quien le corresponda legalmente tal derecho de patria potestad. Si la restitución la hiciera, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Por otra parte, si la sustracción no fuera avisada o comunicada dentro de los quince días siguientes de la sustracción se puede apreciar una aplicación atenuante instantánea de la pena, hecho que no se distingue ni caracteriza en nuestra legislación. Los plazos se iniciarán al día siguiente de poner la denuncia.

***“Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”***

Y para culminar, la ley española sobre el ilícito penal adopta una aplicación de carácter equitativo a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor solo hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas descritas.

#### **2.17.4. Alemania**

El delito de sustracción del menor es denominado y se encuentra regulado de la siguiente manera: ***“El castigo asciende hasta cinco años de prisión efectiva para quien cometiere este delito, y si fuera un Secuestro Parental internacional, se ordena la Captura Internacional del padre secuestrador a través de Interpol.”***

Así mismo podemos connotar que de igual modo que en Alemania también se puede apreciar un mayor efecto en la condena al imponer hasta cinco años de prisión efectiva para quien cometiere este delito, y en caso saliera fuera del país alemán ello conllevará a gestionar la orden de Captura Internacional del padre sustractor a través de la Interpol.

## 2.18. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

- 1) **Agravantes.-** Son circunstancias accidentales del delito, que pueden concurrir o no en el hecho delictivo, pero si lo hacen, se unen de forma inseparable a los elementos esenciales del delito incrementando la responsabilidad penal.
- 2) **Bienestar.-** Estado de la persona cuyas condiciones físicas y mentales le proporcionan un sentimiento de satisfacción y tranquilidad.
- 3) **Divorcio.-** Disolución legal de un matrimonio, a solicitud de uno o de los dos cónyuges, cuando se dan las causas previstas por la ley.
- 4) **Familia.-** Grupo de personas formado por una pareja normalmente unida por lazos legales o religiosos, que convive y tiene un proyecto de vida en común, y sus hijos, cuando los tienen.
- 5) **Interés Superior del Niño.-** Se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad. Con base en este interés, el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia”
- 6) **Menor de Edad.-** Individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella. En muchos países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los 18 o 21 años.

**7) Patria Potestad.-** Potestad que tienen los padres sobre los hijos que aún no están emancipados.

**8) Progenitor.-** Padre o madre biológicos de una persona.

### **CAPITULO III**

## **PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

### **3.1. ANÁLISIS DE TABLAS Y GRÁFICOS**

Para analizar la siguiente herramienta se utilizó la Técnica empleada en el trabajo de campo relacionado con nuestro tema fue la de la observación no participante, dentro de la cual se tiene la encuesta y como instrumento se utilizó el cuestionario, la cual consta de 12 preguntas cerradas, el cual estuvo dirigido a los 284 abogados especializados en la materia de familia de Arequipa.

### **TABLA Nº 1**

#### **La separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción del menor**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	266	93.66%
b) No	14	4.93%
<b>Total</b>	<b>284</b>	<b>99.99%</b>

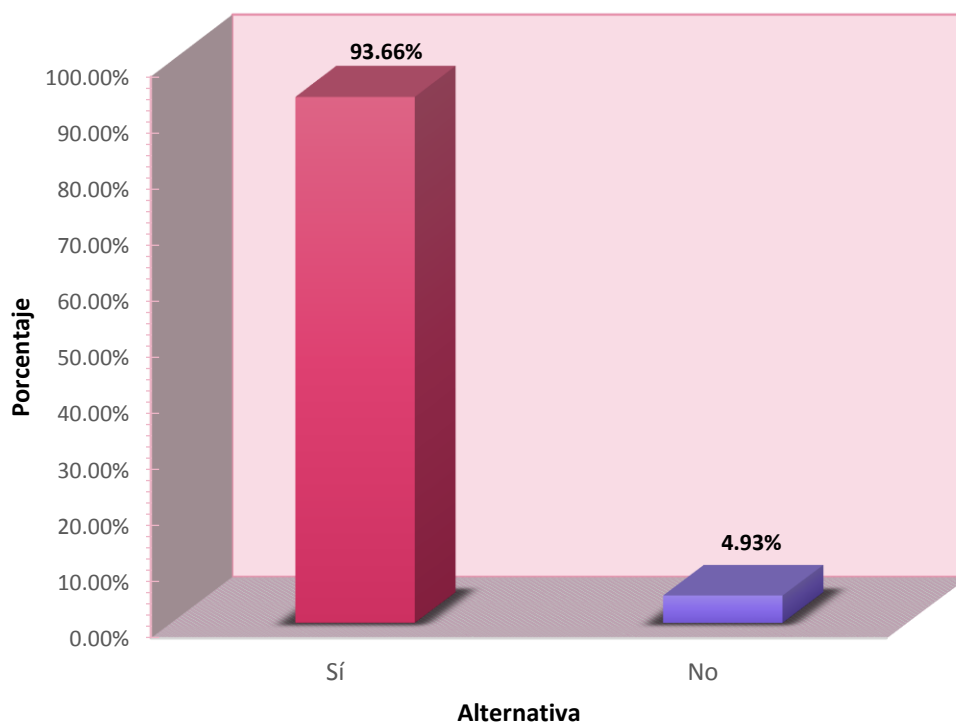
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 266 señalan que tanto el apartamiento como la separación del menor vulnera el ejercicio de patria potestad; lo cual representa el 93.66 %. Por otro lado 14 de los encuestados indican que la separación del menor de uno de los padres no vulnera el ejercicio de la patria potestad, lo cual equivale al 4.93%.

Razón por la cual se confirma que el padre al no tener la tenencia del menor, por los motivos que considere, decide trasladar fuera del hogar sin consentimiento del otro padre o no cumple con el tiempo que le cedieron para retornarlo, teniendo como origen el distanciamiento entre ambos, vulnerando su derecho de patria potestad los cuales son los derechos, deberes, obligaciones que existe entre el padre con sus hijos y viceversa como lo indica José Antonio Hernández Huesca con las teorías del Derecho-Deber y Derecho-Obligación; en contraste a ello, el progenitor sustractor al llevarse al pequeño niega el derecho de cuidarlo, atenderlo, asistir y resguardar la seguridad, puesto que como propósito, evita que el menor este expuesto ante una amenaza o peligro que perjudique en su desarrollo.

## GRÁFICO N° 1

La separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción del menor



Fuente: Elaboración propia.

## TABLA Nº 2

### **El ocultamiento del menor es motivado por el conflicto de tenencia produciendo la sustracción del menor**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	198	69.71%
b) No	86	30.28%
<b>Total</b>	<b>284</b>	<b>99.99%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

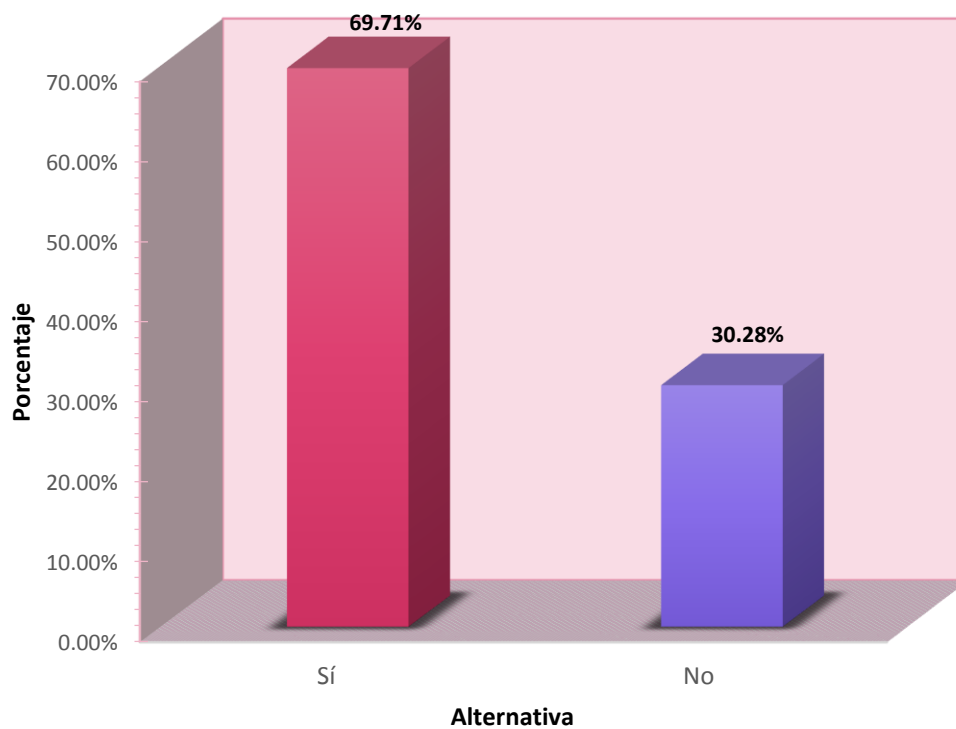
De los 284 abogados encuestados, 198 señalan que el ocultamiento del menor si es motivado por el conflicto de tenencia produciendo la sustracción del menor; lo cual representa el 69.71 %. Por otro lado 86 de los encuestados indican el ocultamiento del menor no es motivado por el conflicto de tenencia, lo cual equivale al 30.28%.

Por consiguiente permite corroborar que por los desentendidos de ambos progenitores deciden separarse, teniendo de por medio quien se encontrara a cargo del menor, el juez encargado estimara quien es la persona indicada para velar por el hijo, pero al no otorgarse la potestad a uno de ellos le genera un disgusto, pues tiene una actitud y comportamiento errado, un pensamiento equivocado respecto que el otro padre no merece estar a cargo del hijo; más bien el cree que es el indicado para tener la responsabilidad del menor; llevando estas actitudes a que incurra en el ilícito penal. Como indica José Antonio Hernández Huesca en la teoría del Derecho-Obligación el padre que tiene la tenencia tiene derechos sobre el menor y caso contrario si se vulnera ello acarrea que lo ejerza por fuerza mayor, ante las autoridades correspondientes.



## GRÁFICO N° 2

**El ocultamiento del menor es motivado por el conflicto de tenencia originando la sustracción del menor**



Fuente: Elaboración propia.

### **TABLA N° 3**

#### **La intención de alejar de manera indefinida al menor es provocado por un conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	246	86.61%
b) No	38	13.38%
Total	284	99.99%

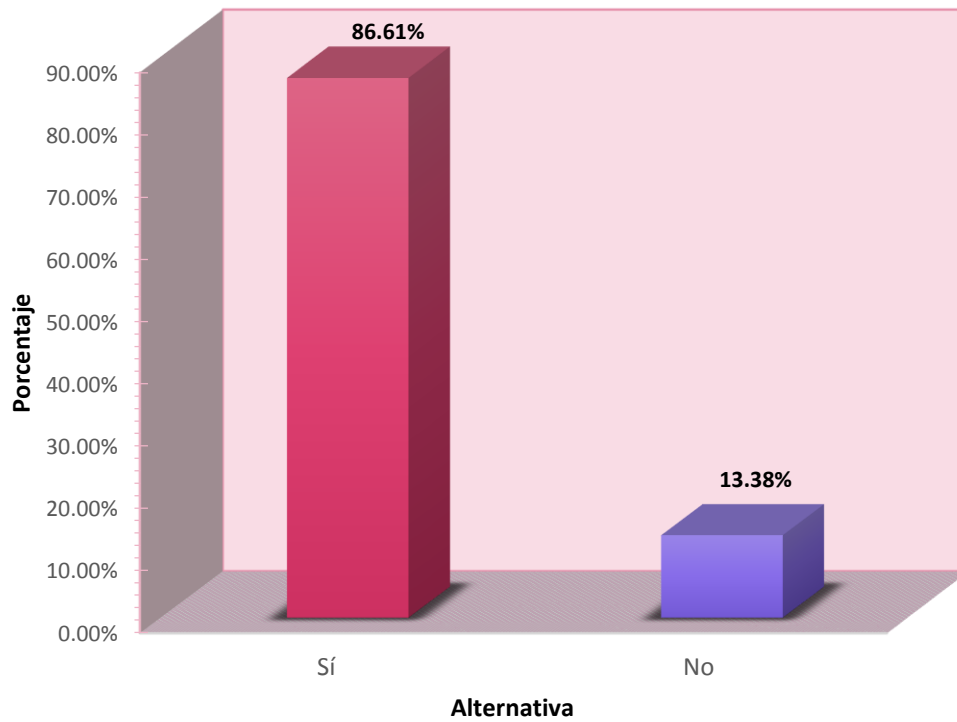
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 246 señalan que la intención de alejar de manera indefinida al menor si se provoca por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción del menor; lo cual representa el 86.61 %. Por otro lado 38 de los encuestados indican que la intención de alejar de manera indefinida al menor no se provoca por el conflicto de tenencia, lo cual equivale al 13.38%.

Por tanto, convalida que el conflicto de tenencia surge entre los padres que no se encuentran unidos, ya que los hijos no son responsables de tal situación y no deben de verse perjudicados, el juez concede la tenencia legal a uno de los padres o incluso puede ser compartida; no obstante antes que medie una decisión respecto con quien permanecerá el menor; los progenitores se generan un temor, pues considera una vez determinada la tenencia sus hijos se pueden alejar, incurriendo en dicho acto delictivo distanciando al menor y no tiene la mínima intención de devolverlo con el otro padre; actuando equivocadamente como un padre egoísta no pensando en las consecuencias que puede generar a su hijo.

### GRÁFICO N° 3

La intención de alejar de manera indefinida al menor es provocado por un conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor



Fuente: Elaboración propia.

#### **TABLA Nº 4**

### **La huida con el menor es provocada por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	255	89.78%
b) No	29	10.21%
Total	284	99.99%

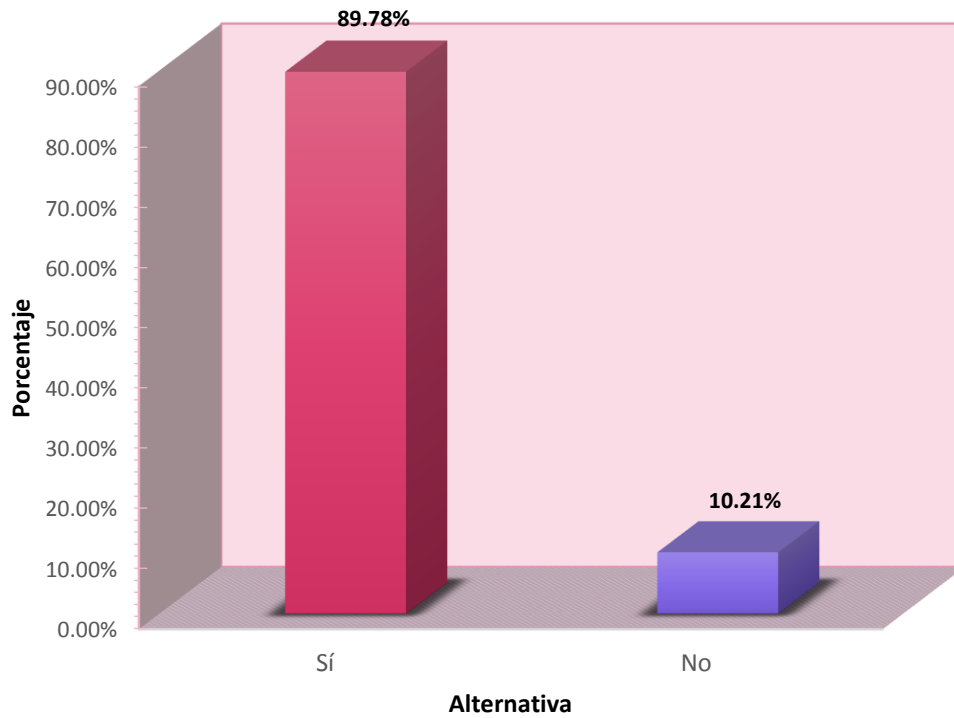
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 255 señalan que la huida con el menor si se provoca por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción del menor; lo cual representa el 89.78 %. Por otro lado 29 de los encuestados indican que la huida con el menor si se provoca por el conflicto de tenencia, lo cual equivale al 10.21 %.

Como resultado de las encuestas realizadas se corrobora que el conflicto de tenencia es un problema latente, puesto que por ello se origina diversas actitudes y comportamientos equivocados, que adquieren los padres al verse envueltos en este tipo de procesos; llevándolos a actuar de manera ilegal, puesto al no tener la tenencia legal del menor deciden huir de todo, a otra ciudad o fuera del país, pues todo con el fin de formar una nueva vida con él; pero solo actúa sin considerar que sus acciones atemorizan su hijo, generando vivencias inadecuadas para su crecimiento. Como indica Tammy Quinn Mckillip en las dos teorías del Desarrollo Psicoanalítica según Sigmund Freud y la del Desarrollo Psicosocial de Erick Erickson, que de acuerdo a la visión del entorno y experiencias de la vida, su identidad se formara.

## GRÁFICO N° 4

La huida con el menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor



Fuente: Elaboración propia.

### **TABLA Nº 5**

#### **Los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) No menor de 2 ni mayor de 3 años	120	42.25%
b) No menor de 3 ni mayor de 4 años	98	34.51%
c) No menor de 4 ni mayor de 5 años	66	23.23%
Total	284	99.99%

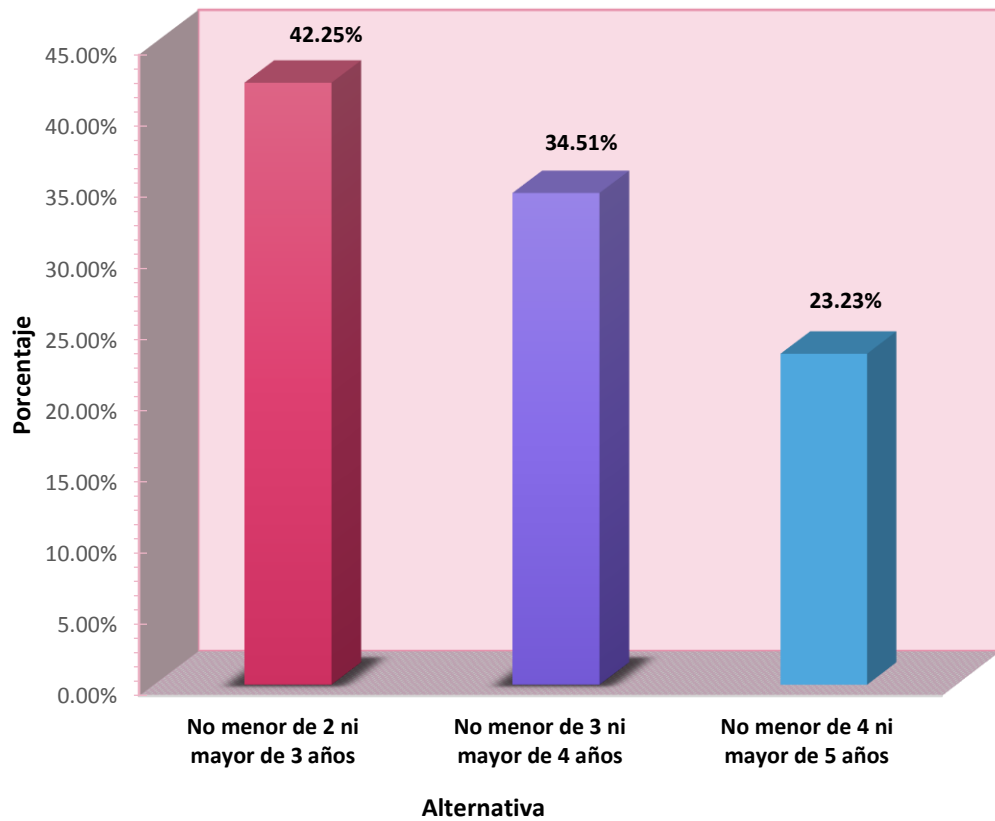
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, respecto a los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor, 120 encuestados señalan como pena no menor de 2 ni mayor de 3 años; lo cual representa el 42.25 %. Por otro lado 98 abogados señalan como pena, no menor de 3 ni mayor de 4 años el cual equivale al 34.51% y por ultimo 66 encuestados indican como pena no menor de 4 ni mayor de 5 años, lo cual representa el 23.23%.

Como se señaló arriba, la pena pertinente para el Código Penal es no menor de dos ni mayor de tres años concerniente a la sustracción de menor, debido a que la pena establecida en el Código Penal es insuficiente puesto que se están vulnerando dos derechos la del padre que tiene la patria potestad de su hijo no permitiéndola ejercer de manera cabal y la del menor porque el principio del interés superior del niño debe asegurar el bienestar de manera plena. No obstante los padres no escarmientan, debido a que la pena no especifica un mínimo legal, siendo tácitamente dos días, por lo cual se debe de incrementar la pena.

## GRÁFICO N° 5

Los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor



Fuente: Elaboración propia.

### **TABLA Nº 6**

#### **Las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuran como agravantes en el delito de sustracción del menor**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
1) A	160	56.33%
2) B	55	19.36%
3) C	69	24.30%
Total	284	99.99%

**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

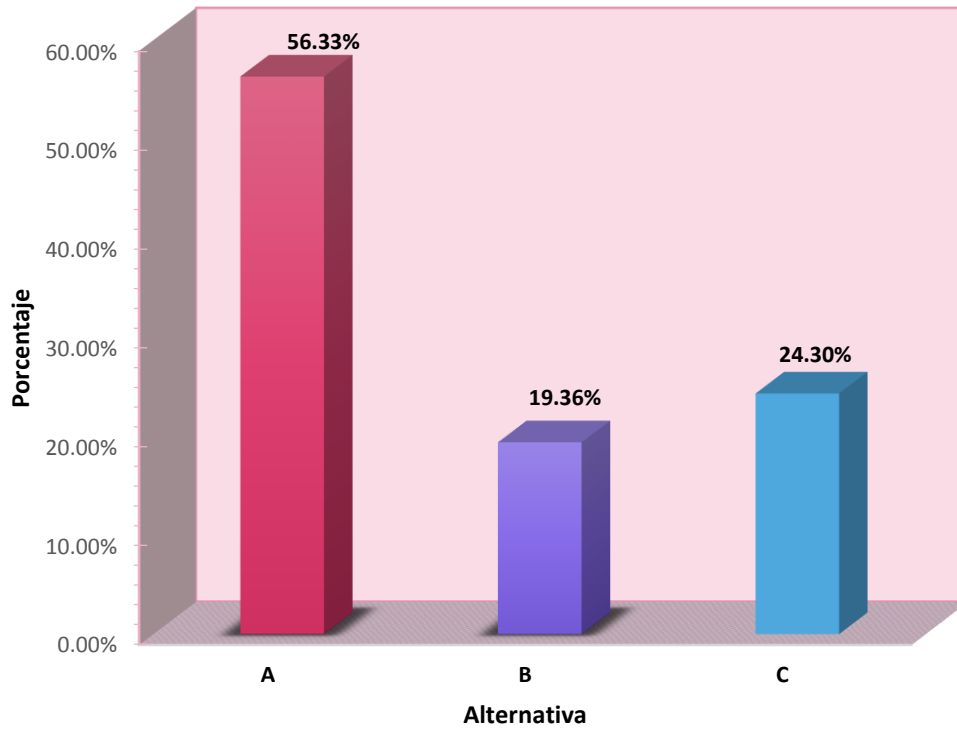
De los 284 abogados encuestados, 160 encuestados señalan que las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuran como agravantes en el delito de sustracción del menor la alternativa A lo cual representa el 56,33%. Por otro lado 55 de los encuestados indican la alternativa B la cual equivale al 19,36% y por ultimo 69 encuestados señalan la alternativa C, lo cual equivale al 24.30%.

En efecto, se ha comprobado que las edades de los menores influyen en la afectación del desarrollo íntegro del menor, debido a que los padres sustractores para mantenerlos ocultos realizan cualquier tipo actos que afectan al menor; como lo indica Tammy Quinn Mckillip en las teorías Psicoanalítica de según Sigmund y la del Desarrollo Psicosocial de Erick Erikson que indican que el menor es influenciado por las experiencias que se suman en su crecimiento y es a través de las edades en las que se determinara su desarrollo y autorrealización; en consecuencia no tendrá un adecuado crecimiento como cualquier otro niño, perjudicando su bienestar .



## GRÁFICO N° 6

Las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuran como agravantes en el delito de sustracción del menor



Fuente: Elaboración propia.

### **TABLA N° 7**

#### **El menor como ciudadano debe de gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
a) Sí	270	95.07%
b) No	14	4.92%
<b>Total</b>	<b>284</b>	<b>99.99%</b>

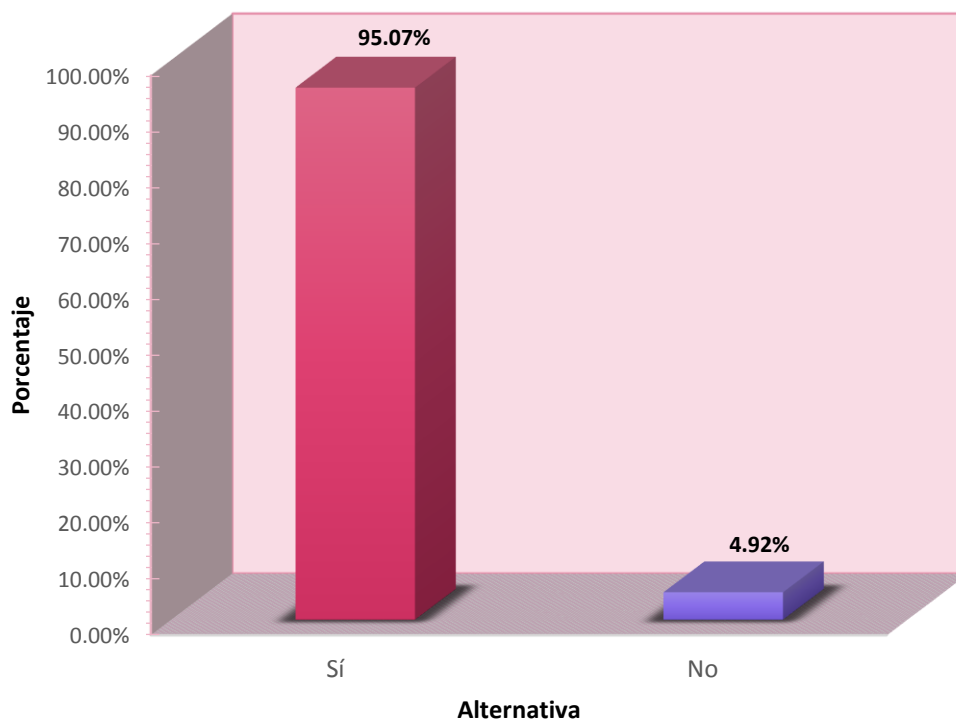
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 270 señalan que el menor como ciudadano debe gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño; lo cual representa el 95.07 %. Por otro lado 14 de los encuestados señalan que el menor como ciudadano no debe de gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño, lo cual equivale al 4.92%.

Donde el resultado afirma que el menor como un ciudadano debe de gozar plenamente de su bienestar, primordial para que garantice el interés superior del niño; debido a que en un futuro más adelante contribuirá en la sociedad, pero para ello también cabe atender sus interés, más aun por la condición de ser vulnerable; así como se atienden las necesidades e intereses de los demás personas adultas, debe de primar ante todo el del menor; en definitiva se debe intervenir para apoyar y ayudar para un crecimiento apropiado, viviendo en un hogar con armonía; no perjudicándolos por problemas de los padres, porque todo influye en él.

## GRÁFICO N° 7

**El menor como un ciudadano debe de gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño**



Fuente: Elaboración propia.

### **TABLA Nº 8**

#### **El niño debe tener derecho de voz para que sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	169	59.50%
b) No	115	40.49%
<b>Total</b>	<b>284</b>	<b>99.99%</b>

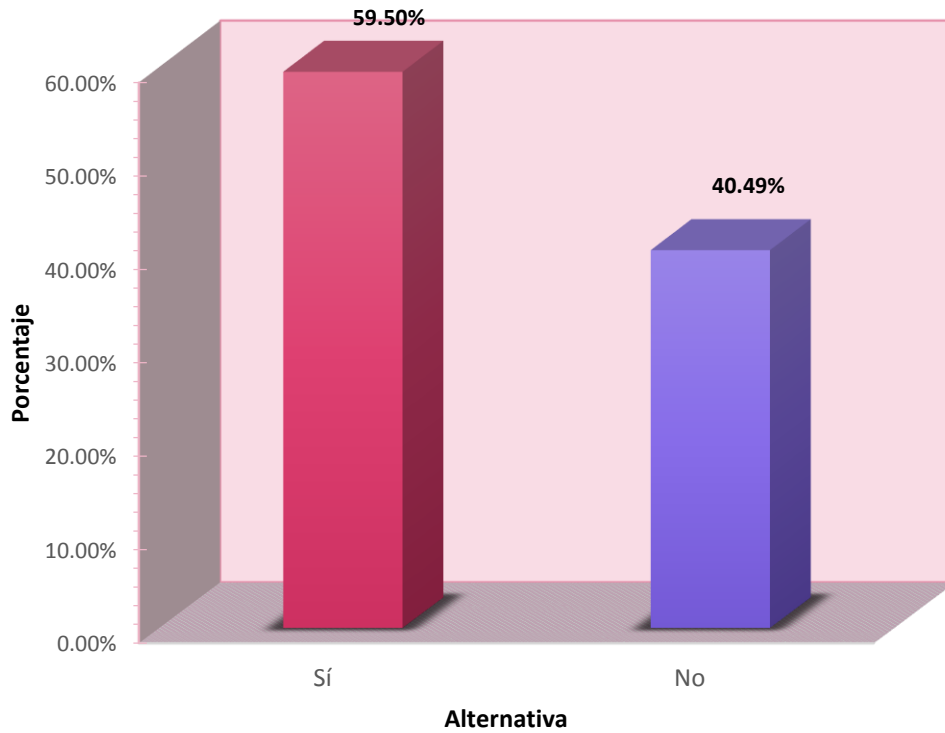
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 169 señalan que el niño debe tener derecho de voz para que sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño; lo cual representa el 59.50 %. Por otro lado 115 de los encuestados indican que el niño no debe tener derecho de voz pero aun así es eficaz el bienestar fundamental, lo cual equivale al 40.49 %.

En consecuencia afirma que el niño debe tener derecho a voz para que de esta manera sea eficaz dicho bienestar, hacemos referencia que el menor al expresar, manifestar de con quién quiere permanecer en el supuesto de que surja un conflicto en cuanto a su tenencia; el menor puede ser escuchado por el magistrado encargado de solucionar la mencionada situación. Y así mismo cabe señalar que no solo en este tipo de suceso debe tener derecho a voz; sino más bien tiene el derecho de expresarse, ser escuchado sea en la realidad en la que se encuentre.

## GRÁFICO N° 8

**El niño debe tener derecho de voz para que así sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño**



Fuente: Elaboración propia.

### **TABLA N° 9**

#### **Priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del niño como bienestar fundamental del menor frente al principio del interés superior del niño**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	168	59.15%
b) No	116	40.84%
Total	284	99.99%

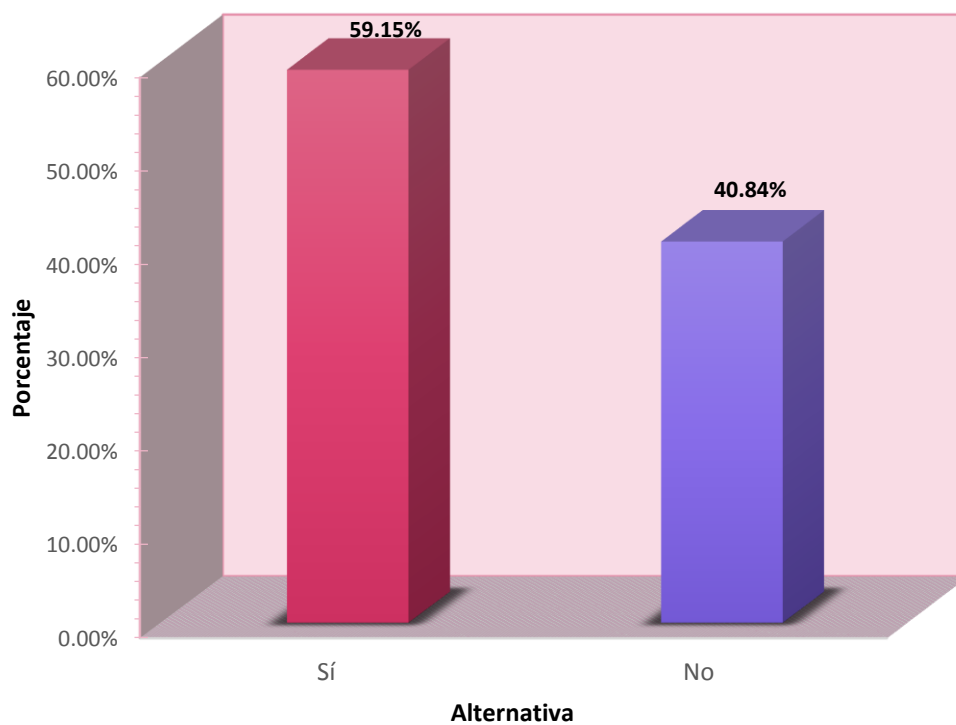
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 168 señalan que si debe de priorizarse una mejor calidad de vida en el desarrollo del niño como bienestar fundamental del menor frente al principio del interés superior del niño; lo cual representa el 59.15 %. Por otro lado 116 de los encuestados indican que no debe de priorizarse una mejor calidad de vida en desarrollo del niño, lo cual equivale al 40.84%.

En consecuencia, se corrobora que a los menores se les debe de ofrecer la mejor calidad de vida para que esto permita un adecuado desarrollo y la formación plena, haciéndose referencia a la educación, al ambiente donde se está desarrollándose, la asistencia en cuanto a la salud, las condiciones económicas, las relaciones sociales que establezca, el bienestar emocional, la inteligencia, su forma de pensar, la religión la moralidad son indicadores que se evaluarán si la calidad de vida que tiene está efectuándose como corresponde, ello acreditará la protección y defensa que existe frente al interés superior del niño .

## GRÁFICO N° 9

Priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del niño como bienestar fundamental del menor frente al principio del interés superior del niño



Fuente: Elaboración propia

**TABLA N° 10**

**Igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	249	87.67%
b) No	35	12.32%
<b>Total</b>	<b>284</b>	<b>99.99%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

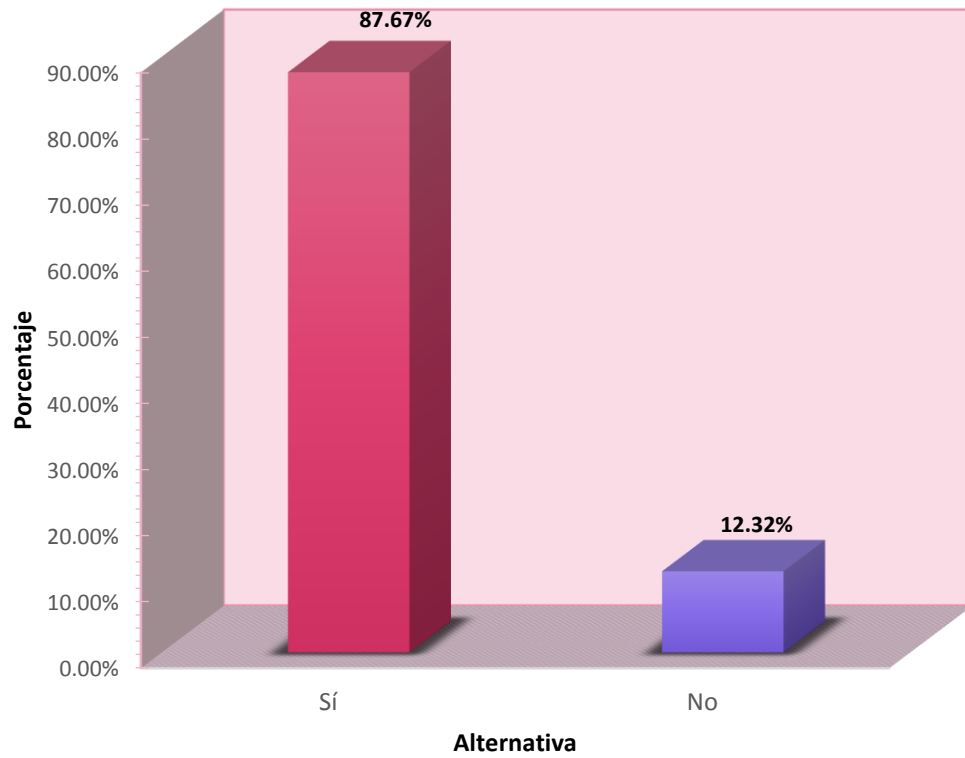
De los 284 abogados encuestados; 249 señalan que debe de existir igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño; lo cual representa el 87.67 %. Por otro lado 35 de los encuestados indican que no debe de existir igualdad de derechos de los menores, lo cual equivale al 12.32%.

Razón por la cual se corrobora que debe de existir una igualdad de derechos donde es involucrado un menor, no menoscabarse, ni perjudicarlo porque tiene la condición de vulnerabilidad; en efecto para que se garantice el interés superior del niño debe darse cumplimiento y el disfrute de todos los derechos que pertenezcan al menor, como así lo da a conocer de Miguel Cillero a través de su teoría de Protección especial del niño; puesto que los derechos deben ser resguardados tanto por el estado, la familia y la misma la sociedad, solucionando aquellas controversias que se susciten entorno a los menores; sopesando el cumulo de derechos que son atribuidos al menor, priorizándolos ante cualquier eventualidad.



## GRÁFICO N° 10

Igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño



Fuente: Elaboración propia

### **TABLA Nº 11**

#### **Protección efectiva que garantice el principio del interés superior del niño**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	150	52.81%
b) No	134	47.18%
Total	284	99.99%

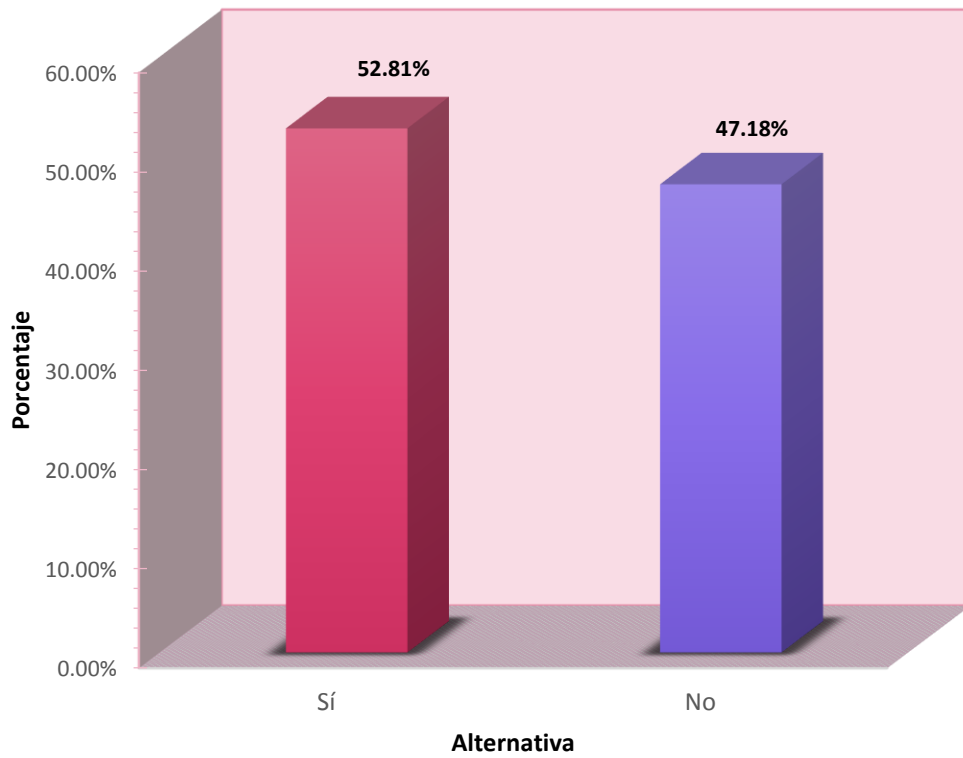
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 150 afirman que debe existir una protección efectiva que garantice el principio del interés superior del niño; lo cual representa el 52.81 %. Por otro lado 134 de los encuestados indican que no debe existir una protección efectiva que garantice el principio del interés superior del niño, lo cual equivale al 47.18%.

En efecto se asiente que la protección, garantiza el principio del interés superior del niño; ello comprende cómo lo indica Tammy Quinn Mckillip en la teoría psicoanalítica según Sigmund, el menor se ve influenciado por los diversos sucesos que evidencia, influyendo y determinado su desarrollo; asimismo ello acreditaría la protección de dicho principio. Puede que se suscite el caso donde un menor se encuentra en un conflicto de intereses frente a los de sus padres; antes de ellos, debe velarse por los del niño; tomando una decisión en el que un niño, niña o adolescente está esperando que dicho criterio no lo perjudique.

## GRÁFICO N° 11

Protección efectiva que garantice el principio del interés superior del niño



Fuente: Elaboración propia

### **TABLA N° 12**

#### **La satisfacción de los derechos del menor garantiza el principio del interés superior del niño**

<b>ALTERNATIVA</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
a) Sí	239	84.15%
b) No	45	15.84%
Total	284	99.99%

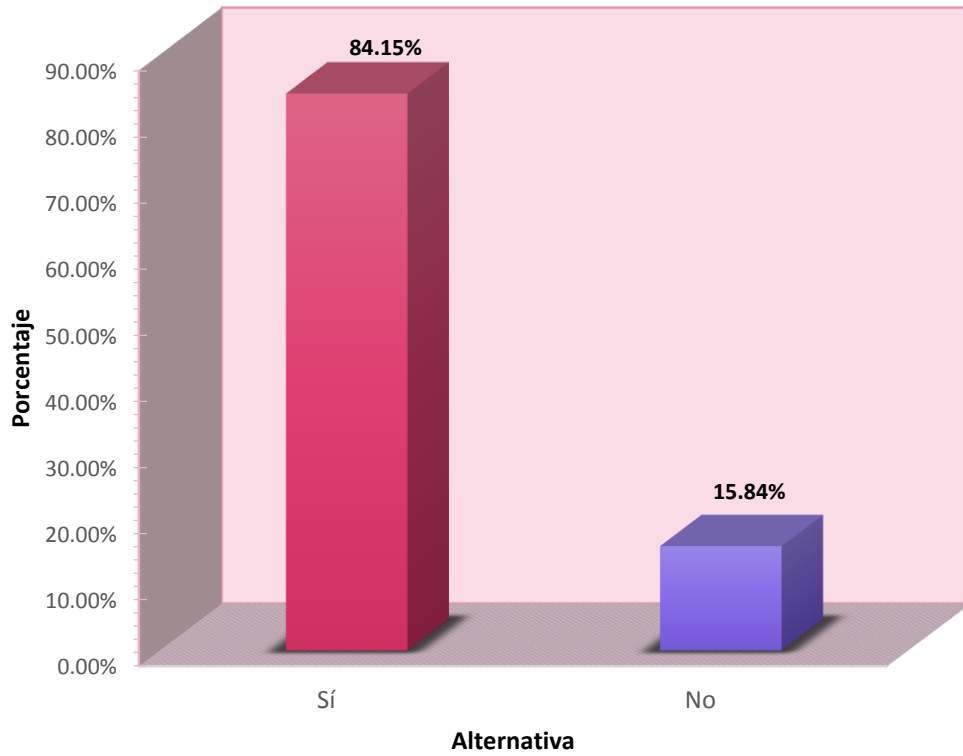
**Fuente:** Encuesta aplicada a los abogados especializados en materia de familia.

De los 284 abogados encuestados, 239 señalan que la satisfacción de los derechos del menor garantiza el principio del interés superior del niño; lo cual representa el 84.15 %. Por otro lado 45 de los encuestados indican si se satisface los derechos del menor pero no se garantiza el principio del interés superior del niño, lo cual equivale al 15.84 %.

Por consiguiente se afirma que al respaldar todos los derechos que correspondan al menor garantizara la satisfacción del interés superior del niño debido a que los derechos consagrados en nuestra legislación tienen como fin la protección especial, ofreciéndole los servicios que respalden su desarrollo físico, psíquico, moral e espiritual integrándose a la sociedad de forma saludable, así también con los derechos y deberes plenos para poder incorporase a nuestra comunidad.

## GRÁFICO N° 12

La satisfacción de los derechos del el menor  
garantice el principio del interés superior del niño



Fuente: Elaboración propia.

## Discusión

Como resultado de nuestra investigación podemos determinar que el delito de sustracción, da por el arrebatamiento del hijo, realizado por los padres; como lo señala la **Tabla y Gráfico N° 1** esto vulnera la patria potestad del otro padre; puesto que el deber con sus hijos es de cuidarlos, atenderlos y asistirlos para que de esta manera tenga una formación y desarrollo apropiado, esto es referente a como lo señala José Antonio Hernández 1998 en su teoría del derecho - deber, ya que como propósito, el menor no se encuentre expuesto ante una amenaza o peligro que lo perjudique, debido a que tiene toda la responsabilidad del pequeño. Asimismo también se encuentran respaldadas por Tammy Quinn Mckillip s/f por sus teorías del desarrollo del menor, Psicoanalítica según Sigmund Freud y la del Desarrollo Psicosocial de Erik Erikson, que nos indican que el bienestar absoluto se dará conforme al ambiente en que se desenvuelve, ya que las experiencias permitirán determinar su identidad y desarrollo.

Pero todo ello parte cuando la familia por diversas circunstancias, que los desunen, direccionando cada quien por caminos diferentes e incluso formaran un nuevo hogar, pero al generarse esta situación, se infiere lo que el menor pasara a la tenencia de uno de los padres, esto alude que al otro padre no se le concederá la potestad del menor, por lo que generara un conflicto, pues cada quien por los motivos que posean querrán estar con su menor hijo realizando actos que conllevaran a la vulneración de este derecho, como se muestra en las **Tablas y Gráficos N° 2, N° 3 y N° 4;** los progenitores que no obtuvieron la tenencia tienen un pensamiento errado; primero se generan un miedo, creen que serán aislados de sus hijos; segundo, perciben que ya no forman parte de la familia y por ultimo creen que por el simple hecho de no efectuar al mes con el pago para de satisfacer las necesidades de su menor, no beneficiara a al otro progenitor todo debido a que tiene un raciocinio

errado, todo ello en concordancia Shianin Guerrero 2014; de esta forma no está resguardando, ni satisfaciendo el derecho de los menores, Por lo que Miguel Cillero s/f de acuerdo a la teoría de satisfacción de los Derechos del niño nos indica que se debe dar efectividad los derechos del menor, a través del poder estatal acogiendo medidas administrativas, legislativas y las que sean pertinentes para resguardarlos.

Asimismo todo esos actuare conllevan a realizar el ilícito penal, el cual vulnera dos derechos que se estiman importantes, es el derecho a la patria potestad y el principio del interés superior del niño, debido a que no se está resguardando debidamente este derecho pues no se satisface, no hay una protección efectiva, estimándose en las **Tablas y Gráficos N° 11 y 12**, nos referimos a que el menor es el más perjudicado en esta situación por su condición de vulnerabilidad al suscitarse este hecho hay una afectación en el desarrollo pleno y autorrealización como persona, influyendo más este suceso a la edad en que lo percibe, ya que para uno les parecerá de lo más normal ese actuar, para otros puede generar algún trauma por el evento que ha observado e incluso le puede dejar secuelas que evitan que su crecimiento sea correcto como lo señala la Oficina de Programas de justicia 2010; es indudable que el menor tendrá que sobrellevar las alteraciones que serán de eventos generándose de manera rápida y muy significativas por lo cual el niño que se busca se desvincula de su familia, de su hogar, como nos indica Diana Sánchez Sánchez 2016 a través de la teoría del Vínculo que la relación de los padres e hijos es el nexo de afectividad que se tienen ambos, siendo de suma importancia porque es una conexión afectuoso e intrínseca teniendo como resultado una satisfacción plena y favorece a la humanización del niño pero al darse la sustracción del menor, todo ello se resquebraja puesto que cambia, ya no es el mismo al que se busca. No obstante de alguna forma podría indicarse que habrá ciertos cambios radicales para el menor, debido a que dejara en el pasado la vida que tuvo, así también conformara nuevas experiencias con la reciente identidad que tenga y con

él con el transcurso del tiempo el niño asimila la situación en la que se encuentra, así también es influenciado por la misma información que va recepcionando día tras día, siendo esto un lavado de cerebro.

Así también el menor debe gozar plenamente de su bienestar que es primordial para que garantice el interés superior del niño; debido a que en un futuro contribuirá en la sociedad, pero para ello debe integrarse con sus derechos y obligaciones que lo resguarden como persona, a ello se suma que el niño debe tener derecho a voz para que de esta manera sea eficaz dicho bienestar y Miguel Cillero Bruñol s/f indica que esto sucede en el caso de los menores detenidos, retenidos sustraídos de forma ilegal, estimándose que los menores también tienen una posición respecto si quieren retornar con el progenitor que está tratando de localizarlo; retornar al hogar habitual que consideraba antes de que fuera sustraído. Es por ello que la autoridad encargada de llevar tal conflicto se verá en la necesidad de respetar el derecho de voz que tiene el menor antes de restituir al menor a su residencia habitual; así también debe de ofrecerse la mejor calidad de vida para que esto permita un adecuado desarrollo la cual se contempla en la **Tabla y Gráfico N° 10**, en consecuencia debe existir la igualdad de derechos de los menores para que garantice el principio del interés superior del niño, no menoscabarse, ni perjudicarlo porque tiene la condición de ser vulnerable como señala Miguel Cillero Bruñol s/f en la teoría de Protección Especial nos da a conocer que el principio del interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, agrupación de fases y hechos que están inclinadas a respaldar que el crecimiento del menor sea el adecuado e íntegro y tenga una vida digna; nos referimos a este punto que posea de forma ponderada tanto las condiciones de carácter afectivo como materialmente, ósea tengan a su alcance las comodidades tangibles , así como las intangibles para que los menores vivan absolutamente y logren obtener el bienestar factible, tal como se observa en las **Tablas y Gráficos N° 7, N° 8, N° 9**.



En cuanto al artículo 147º del Código Penal tipifica como delito el que mediando relación parental sustrae y retiene a un menor de edad, pero la pena de privativa de libertad es no menor de dos años; considerando como mínimo penal el de dos días; puesto que se considera insuficiente tal como lo señala en la **Tabla y Gráfico Nº 5**, el mencionado delito debe de conceder una mayor pena puesto que se vulnera dos derechos, así mismo debe establecer puntos fijos tanto al mínimo como máximo legal del ilícito penal; por lo que Raúl Fernando Elhart 2012, en la teoría de la medición de la pena respecto a la teoría de la pena exacta, nos indica que la retribución está relacionada con la culpabilidad por la determinada acción que se ha realizado, la figura es la sustracción del menor y acorde con el sentido común que tenemos no solo es fundamentarnos en la culpabilidad si no ir a los aspectos de protección en esta situación, puesto que se vulnera el interés superior del niño el cual esta resguardado en nuestra constitución, buscándose garantizar y resguardarlo, amparado también por legislaciones internacionales; si no se impone una pena que acredite que se busca proteger al menor que tiene una condición de vulnerabilidad, pues demuestra que el estado no establece correctamente la imposición de las penas conforme a lo que se busca resguardar.

Asimismo refiriéndonos al artículo se considera integrar agravantes puesto como se observa en la **Tabla y Gráfico Nº 6**; debido a que se afecta el desarrollo íntegro por las edades que tenga el sujeto pasivo, ya que el hecho delictivo influye de manera diferente, como lo señalo generando de esta forma traumas, secuelas que posiblemente en un futuro les afecte; así también perjudicara en su desarrollo pleno y autorrealización como todo niño como lo señalo Tammy Quinn Mckillip s/f por sus teorías del desarrollo del menor, Psicoanalítica según Sigmund Freud y la del Desarrollo Psicosocial de Erik Erikson; por ello se pretende incorporar una pena suficiente y ponderada de acuerdo a las circunstancias en que se dio el ilícito penal proporcionando mayor

punibilidad a preservar tanto como protegerlo, para que así la ley sea más fuerte y genere en la actividad del comisionante la incertidumbre de ejercitar el hecho al tener en cuenta la veracidad con la que se aplicará una mayor sanción con carácter de severidad. Como lo demuestra Raúl Fernando Elhart 2012, en la teoría preventiva que busca eludir que se realicen acciones delictivas por lo cual guiara a los padres que no obtengan la patria potestad, tenencia de sus hijos que no se vean envueltos en este tipo de situaciones, generando de alguna manera temor para que no cometan un hecho delictivo; en el caso de que haya intentado realizarlo también evita que el sujeto activo que la delinquiró lo vuelva hacer.

Concluyendo cabe interceder por los menores y padres que se ven afectados por este delito, pues la pena establecida no considero que sea la adecuada ya que a la vez son dos derechos lo que se vulnera y no se toma en cuenta el estado de fragilidad del menor no protegiendo de manera cabal los derechos y no se resguarda el principio del interés superior del niño.

### **3.2. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se analizó el Artículo 147º del Código Penal, con referencia a la sustracción del menor concluyéndose que en la tipificación del ilícito no hay una pena suficiente y carece de agravantes en cuanto no se determina la edad del menor, puesto que la pena a imponerse debe ser conforme a la afectación del sujeto pasivo, no primando el principio del interés superior del niño, en consecuencia no hay una autorrealización y un desarrollo pleno del menor.

**SEGUNDA.-** Se estableció en el primer supuesto que la pena es insuficiente en el primer párrafo del artículo 147º del Código Penal, concluyéndose que no se especifica un mínimo legal, generándose por este razón confianza y poco temor por los sujetos activos al momento de cometer el ilícito; afectándose el principio del intereses superior del niño ya que no tendrá un crecimiento adecuado y pleno, por estar alejado de aquellos vínculos que considera los más importante para él, su familia, su hogar, sus amigos; todo por satisfacer la decisión equivocada de sus padres, perjudicando al menor en su desarrollo psicológico, físico, moral espiritual y social.

**TERCERA.-** Se determinó que hay una ausencia de agravantes respecto al límite de edades del menor, dejando un vacío legal puesto que se consideran a los menores por igual sin importar la edad que tienen, ni el tipo de mecanismo, ni la complicidad que utiliza el sujeto activo para perpetrar la sustracción o cualquier acto con tal de mantenerlo oculto, uno de estas acciones es la de vestirlo de forma opuesta a su género, si los hijos son muy pequeños pueden que lo vean normal, pero si son más grandes les genera duda, ello afectara en la identidad futura que va a forjar el menor; no teniendo un crecimiento como cualquier otro niño, perjudicándolo en su desarrollo y su bienestar.

**CUARTA.-** Se analizó que la relación que existe entre la vulneración del principio del Interés Superior del Niño y la carencia de agravantes surge porque no se determinan las diferentes edades del menor en las cuales el sujeto pasivo es sustraído; asimismo hay una doble vulneración de derechos que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución son la Patria Potestad y ante todo primordialmente el derecho que tiene el menor de una autorrealización como cualquier niño, a un ambiente adecuado y bienestar pleno; llegando a la conclusión que debe integrarse agravantes al articulado para proteger ambos derechos, primordialmente la protección para el niño antes y después de culminada la condena del imputado.

### **3.3. RECOMENDACIONES**

**PRIMERA.-** Se sugiere a nuestros Parlamentarios de Arequipa revisar legislaciones comparadas y así considerar en nuestra legislación el incremento de la pena en el tipo penal de sustracción de menor para evitar la vulneración al Principio del Interés Superior del Niño.

**SEGUNDA.-** Se le recomienda al Ministerio de Justicia que realice capacitaciones para la sociedad de cuán importante es el interés superior del niño, para que no se vulneren sus derechos, ni se les menoscabe por satisfacer intereses propios o dar preferencia a lo de los adultos.

**TERCERA.-** Se sugiere a la DEMUNA implementar mecanismos de inmediatez y celeridad en pro de la defensa y resguardo del menor, ya que los casos de violencia y grave amenaza contra la vida se suelen presentar al haber conflictos conyugales, y no existe ninguna garantía en defensa del menor ya que ellos son los que suelen recibir todo el desfogue de ira por parte del progenitor fuera de racionalidad.

**CUARTA.-** Se recomienda al Congreso de la República que modifique el artículo 147° del Código Penal, Sustracción de Menor para incrementar la pena e integrar agravantes para que no se dé la vulneración del interés superior del niño, conforme a la propuesta que se obtuvo:

Propuesta de la Modificación e incorporación de agravantes del Artículo 147° del Código Penal en los términos siguientes:

*“El que sustrae a un menor de edad, mediando relación parental, entre 15 y 17 años de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de uno año.*

*Se comprenderá como carácter agravante:*

- *El que sustrae a un niño entre 10 a 14 años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de dos años.*
- *El que sustrae a un niño entre 6 a 9 años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de tres años.*
- *El que sustrae a un niño entre 0 a 5 años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años. e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de cuatro hasta siete años.*

*La misma pena y agravantes se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, colaterales aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.”*

**QUINTA.-** Se aconseja a la Universidad Alas Peruanas y otras entidades universitarias que realicen más investigación respecto al tema de sustracción del menor, ya que no se ha encontrado temas relacionados o vinculados al presente tema de investigación.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

**AGUILAR SALDIVAR, Ahida (s/f)** Patria Potestad y Causales de Suspensión. Comentario a la Ley 29275. Recuperado en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension%20de%20a%20patria%20potestad.htm>

**ARIAS GÓMEZ, Maria de Lourdes (2013)** El retorno del niño sustraído a su residencia habitual: objetivo de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores. Recuperado en: <http://www.eumed.net/rev/cccsc/23/restitucion-internacional-menores.html>

**AZABACHE CHERO DE KAMBACH, Carmen Antonieta (2009)** El matrimonio y el divorcio en el Perú y Alemania, Breve Estudio Comparado. Recuperado en: <http://es.slideshare.net/CarmenAzabache/tesis-3178158>

**AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen (2015)** Sustracción Internacional de Menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente. Recuperado en: [http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n20/n20\\_a09.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n20/n20_a09.pdf)

**BERBERE DELGADO, Jorge (2015)**. Impugnar la Paternidad. Recuperado en: <http://www.lanacion.com.ar/1782463-impugnar-la-paternidad-un-proceso-complejo-y-lento>

**CASTILLO, Aimer (2013)** Tesis titulada la Restitución de Menores de edad en la República Dominicana en el Marco del Derecho Internacional. Antecedentes Científicos. Recuperado en: <https://prezi.com/ykqwmpvyflwa/presentacion-tesis-la-restitucion-de-menores-de-edad-en-la-republica-dominicana-en-el-marco-del-derecho-internacional/>

**CILLERO BRUÑOL, Miguel (s/f)** El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos Del Niño. Teorías del Interés Superior del Niño. Recuperado en: [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

**CONVENCION SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES(s/f)** (Hecho el 25 de octubre de 1980) [http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/convencion\\_haya.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/convencion_haya.pdf)

**CORIGLIANO, Mario Eduardo (s/f)** Delitos de sustracción, retención y ocultación de menores. Hacia una definición político-criminal. Recuperado en: <http://www.monografias.com/trabajos37/sustraccion-menores/sustraccion-menores2.shtml#ixzz4DMvDJais>

**DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO(s/f)** en el blog de Humanium Juntos por el Derecho. Recuperado en: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

**DEFENSORIA DEL PUEBLO (2003)** La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos. Recuperado en: [http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_74.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_74.pdf)

**DIARIO UNO (2014)** Sustracción Parental: cuando los padres se arrebatan los hijos. Recuperado en: <http://diariouno.pe/2014/05/28/sustraccion-parental-cuando-los-padres-se-arrebatan-los-hijos/>

**DÍAZ MURO, José Antonio (2010).** La Patria Potestad y el Delito De Sustracción de Menor. Recuperado en: <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/la-patria-potestad-y-el-delito-de-sustraccion-de-menor-2664442.html>

**ENCICLOPEDIA BRITÁNICA (2009)** La Familia: Concepto, Tipos y Evolución. Conceptualización de familia. Recuperado en: [http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec\\_42\\_LaFamilia\\_ConcTip&Evo.pdf](http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFamilia_ConcTip&Evo.pdf)

**EXPANSIOHN EN ALIANZA CON CNN (2013)** La sustracción de niños por parte de familiares es delito constitucional. Recuperado en: <http://expansion.mx/nacional/2013/09/12/la-corte-declara-constitucional-el-delito-de-sustraccion-de-menores>

**FERNANDEZ ALADRO, Alejandra (2012)** Los roles familiares. Recuperado en: <http://pequeenfamilia.org/blog/los-roles-familiares-2/>

**FERNANDO ELHART, Raúl (2012).** Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino. Teorías de la Pena. Recuperado en:

[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34940/documento\\_completo.pdf?sequence=3](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34940/documento_completo.pdf?sequence=3)

**GUERRERO, Shianin (2016)** Sustracción Parental. Recuperado en: <http://shianinguerrero.blogspot.pe/2016/03/las-acciones-del-sustructor-pueden.html>

**HERNANDEZ HUESCA, José Antonio (1998)** Reformar y adicionar diversas disposiciones del Código Civil vigente de Veracruz. (Relativas a la patria potestad). Teorías de la Patria Potestad. Recuperado en: <http://cdigital.uv.mx/bitstream/123456789/38892/1/hernandezhuesca.pdf>

**HERRADA, Elvis (2014)** Por el Diario Uno. Recuperado en: <http://diariouno.pe/2014/05/28/sustraccion-parental-cuando-los-padres-se-arrebatan-los-hijos/>

**HERRERA, Marisa (2015)** Impugnar la paternidad. Interés superior del niño <http://www.lanacion.com.ar/1782463-impugnar-la-paternidad-un-proceso-complejo-y-lento>

**HUACCOTO GOIZUETA, Lizbeth Yanira (2016)** Antecedentes Empíricos

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS(s/f)** Recuperado en: <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/627/283.htm?s=>

**JARA VASQUEZ, Julissa Maribel (2015)** La Patria Potestad. Recuperado en: <https://es.scribd.com/doc/291375569/Trabajo-Monografico-Patria-Potestad>

**LEGIS.PE (2016)** Nueva Ley N° 30466 fija parámetros para garantizar el interés superior del niño. Recuperado en: <http://legis.pe/nueva-ley-no-30466-fija-parametros-para-garantizar-el-interes-superior-del-nino-legis-pe/>

**LING SANTOS, Freddy (2011)** La Tenencia en el Código del Niño y el Adolescente Perú. Recuperado en: <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>

**MADIEDO HONTAÑÓN, Teresa (2001)** Sustracción y rapto de menores en el Derecho Penal (reconstrucción histórico-comparada y perspectiva actuales). Recuperado en:



[http://www.cibernetia.com/tesis\\_es/HISTORIA/HISTORIAS\\_ESPECIALIZADAS/HISTORIA\\_DEL\\_DERECHO\\_Y\\_DE\\_LAS\\_INSTITUCIONES\\_JURIDICAS/3](http://www.cibernetia.com/tesis_es/HISTORIA/HISTORIAS_ESPECIALIZADAS/HISTORIA_DEL_DERECHO_Y_DE_LAS_INSTITUCIONES_JURIDICAS/3)

**MALCA SAAVEDRA, Jessica (2016)** Antecedentes Empíricos

**MARTÍNEZ ESTRELLA, Eduardo (2013).** Propuesta de incorporación de la figura de la tenencia compartida en la Legislación Ecuatoriana. Diferencia de patria potestad y Tenencia. Recuperado en: [dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/153/1/UDLA-EC-TAB-2013-13.pdf](https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/153/1/UDLA-EC-TAB-2013-13.pdf)

**METAPEDIA (2010).** Secuestro Parental. Recuperado en: [http://es.metapedia.org/wiki/Secuestro\\_Parental](http://es.metapedia.org/wiki/Secuestro_Parental)

**MORALES MUÑOZ, Silvana Graciela (2007)** La pérdida definitiva del ejercicio de la Patria Potestad. Historia de la Patria Potestad. Recuperado en: [biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_6899.pdf](https://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6899.pdf)

**NUÑEZ ESQUER, Silvia (2013)** CN cimacnoticias Periodismo con perspectiva de género, Nacional Derechos Humanos. Recuperado en: <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64185>

**OCAMPO ZUMAETA, José (2014)** Expuso el caso sobre Sustracción de Menores en el programa Kike Bravo, Emisora Capital tu Opinión Importa. Recuperado en: <http://www.capital.com.pe/actualidad/la-sustraccion-de-menores-cuando-un-padre-secuestra-a-un-hijo-noticia-739212>

**OFICINA DE PROGRAMAS DE JUSTICIA (2010)** El delito del Secuestro Familiar. La perspectiva de hijos y padres. Recuperado en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/234086.pdf>

**OLIVA GÓMEZ Eduardo y VILLA GUARDIOLA Vera Judith (2013)** Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. Conceptualización de Familia. Recuperado en: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>

**PEREYRA, Gladis (2016)** En la página del diario de Comercio, Secuestro en San Borja. Recuperado en <http://elcomercio.pe/lima/ciudad/secuestro-san-borja-que-pena-afrontaria-padre-nina-noticia-1878067>

**PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. (2016)** Artículo de La Ley, El Angulo de la Noticia. Caso de Sustracción del menor Recuperado en:

<http://laley.pe/not/3163/-cometen-secuestro-los-progenitores-respecto-de-sus-hijos-menores-de-edad/>

**PINELLA VEGA, Vanessa (2014)** El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. Recuperado en:

[http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/325/1/TL\\_Pinella\\_Vega\\_Vanessa.pdf](http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/325/1/TL_Pinella_Vega_Vanessa.pdf)

**PUGA VILLANUEVA, María Gracia (2015)** La discriminación por razón de género en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada. Filiación. Recuperado en: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6311/PUGA\\_VILLANUEVA\\_MARIA\\_DISCRIMINACION\\_GENERO.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6311/PUGA_VILLANUEVA_MARIA_DISCRIMINACION_GENERO.pdf?sequence=1)

**QUINN MCKILLIP, Tammy (s/f)** Teorías sobre el desarrollo infantil temprano. Recuperado en:

<https://psicologiaymente.net/desarrollo/psicologia-desarrollo-teorias#/>

**PINTO CRUZ, Jonathan Erik (2016)** Antecedentes Empíricos

**RAMIREZ SERRANO, Lucia A. (2007).** El funcionamiento familiar en familias con Hijos drogodependientes. (Un análisis etnográfico). Recuperado en:

<http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/10191/ramirez.pdf?sequence=1>

**RENERÍA DURAND, Margarita (2010)** La Convención sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de menores. El delito de Sustracción de Menor. Recuperado en: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/download/2407/2359](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/download/2407/2359)

**RUIZ LOPEZ, Ricardo Paul (2014)** Fundamentos para modificar el artículo 339º del código civil, respecto del plazo de caducidad en los procesos de divorcio por causal de adulterio. El matrimonio. Recuperado en:

[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/661/1/RUIZ\\_RICARDO\\_FUNDAMENTOS\\_MODIFICAR\\_CODIGO%20CIVIL.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/661/1/RUIZ_RICARDO_FUNDAMENTOS_MODIFICAR_CODIGO%20CIVIL.pdf)

**SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Diana (2016)** La teoría del vínculo y su importancia en el desarrollo infantil. Recuperado en: <http://enbrazos.com/2016/01/25/la-teoria-del-vinculo-importancia-desarrollo-infantil/>

**SANSOL, Carlos (2015)** Impugnar la paternidad, un proceso complejo y lento. Recuperado en: <http://www.lanacion.com.ar/1782463-impugnar-la-paternidad-un-proceso-complejo-y-lento>

**SASIETA MORALES, Antonia Rosario (2014)** Entrevistada en RPP para explicar sobre el delito de "sustracción de menores". Recuperado en: <https://www.youtube.com/watch?v=a1io6sSj66U>

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010)** del EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC LIMA L.J.T.A. e I.M.T.A. sobre el Interés superior del niño. Recuperado en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

**SUAREZ LOYOLA, Lida Paulina (2010)** Inconvenientes del Régimen Jurídico regulado por el Código de la niñez y adolescencia respecto a la suspensión y pérdida de la Patria Potestad del menor. Recuperado en: <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2462/1/TESIS%20DE%20PAULINA%20SUAREZ.pdf>

**UNICEF (2012).** Bienestar Infantil desde el Punto de vista de los niños. Recuperado en: [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Bienestar\\_Infantil\\_Subjetivo.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Bienestar_Infantil_Subjetivo.pdf)

**V. ECHAGÜE, Jaime (2015)** Cada dos días un niño es secuestrado por su progenitor, Diario la Razón. Recuperado en: <http://www.larazon.es/sociedad/cada-dos-dias-un-nino-es-secuestrado-por-su-progenitor-NL8793069#.Ttt1uWdGLMZEQWV>

**VASQUEZ, APRAIZ, (s/f)** Blog tu abogado defensor Vásquez & Apraiz y Asociados, Derechos de la Infancia: Secuestro de menores. Recuperado en: <http://www.tuabogadodefensor.com/secuestro-de-menores/>

**WIKIPEDIA (2016)** Caso de Fritzl. Casos de Repercusión mediática del delito de sustracción. Recuperado en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Fritzl](https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Fritzl)

**WIKIPEDIA (2016)** Secuestro Parental. Legislación Comparada  
Recuperado en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Secuestro\\_parental](https://es.wikipedia.org/wiki/Secuestro_parental)

**ZERMATTEN, Jean (2003)** El interés Superior del Niño del Análisis literal  
al Alcance Filosófico. Recuperado en:  
[http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interes-superior-nino2003.pdf](http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf)

**ZUBÍA PINTO, Verónica (2010)** Aplicación, interpretación, jurisprudencia  
y problemas que plantea la Convención de la Haya sobre los Aspectos  
Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Antecedentes  
Científicos. Recuperado en:  
[http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-zubia\\_v/pdfAmont/de-zubia\\_v.pdf](http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-zubia_v/pdfAmont/de-zubia_v.pdf)

# **ANEXOS**

## ANEXO A

### MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

El Problema de Investigación	Delimitación del Problema	Objetivos de la Investigación	Hipótesis y Variables	Método y Diseño de Investigación	Población y Muestra	Técnicas e Instrumentos
<p><b>A. Problema Principal</b></p> <p>¿Por qué los casos aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, la pena es insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño, Arequipa - 2016?</p> <p><b>B. Problemas Secundarios</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ¿Por qué los casos de sustracción de menores la pena es insuficiente?</li> <li>- ¿Por qué los casos de sustracción de menores carece de agravantes referente al límite de edades, vulnerando el principio del interés superior del niño?</li> <li>- ¿Por qué se vulnera el principio del interés superior del niño al carecer de agravantes?</li> </ul>	<p><b>A. Social:</b> Dicha investigación socialmente pretende incorporar agravantes e incrementar la pena del mencionado artículo.</p> <p><b>B. Espacial:</b> La presente investigación se llevara a cabo en la ciudad de Arequipa</p> <p><b>C. Temporal:</b> Dicha investigación corresponde al año 2016.</p> <p><b>D. Conceptual</b> Desde el punto de vista conceptual, se definirán las variables relacionadas a la <b>Sustracción Del Menor</b> contemplado en el artículo 147º del Código Penal, respecto a la pena insuficiente y carencia de agravantes al límite de edad y la vulneración al <b>Principio del Interés Superior del Niño.</b></p>	<p><b>3. 1 Objetivo General</b> Analizar los casos aplicados en materia de sustracción de menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, la pena es insuficiente y carece de agravantes al límite de edad vulnerando el principio del interés superior del niño.</p> <p><b>3.2. Objetivos Específicos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Analizar la insuficiencia de la pena en los casos de sustracción de menores.</li> <li>• Determinar en las agravantes al límite de edad la vulneración al principio del interés superior del niño.</li> <li>• Analizar el principio del Interés Superior del Niño y su vulneración al carecer de agravantes.</li> </ul>	<p><b>4.1 Hipótesis</b> Es probable que, en los casos de sustracción del menor contemplado en el artículo 147º del Código Penal, el incremento de la pena e incorporación de agravantes al límite de edad evite la vulneración al principio del interés superior del niño.</p> <p><b>4.2 Variables</b></p> <p><b>4.2.1.V. Independiente</b> Sustracción de Menor</p> <p><b>A. Indicadores</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Apartamiento o separación del menor</li> <li>• El ocultamiento del menor</li> <li>• La Intención de alejar de manera indefinida al menor</li> <li>• La Huida con el menor</li> <li>• Pena Insuficiente</li> <li>• Edades del sujeto pasivo</li> </ul> <p><b>4.2.2. V. Dependiente</b> Principio del Interés Superior del niño</p> <p><b>B. Indicadores</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ser considerado un ciudadano</li> <li>• Derecho de voz</li> <li>• Mejor calidad de vida</li> <li>• Igualdad</li> <li>• Protección efectiva</li> <li>• Satisfacción de sus derechos</li> </ul>	<p><b>5.1 Tipo de Investigación</b> Es de naturaleza básica porque se desarrollara los temas relacionados con la Sustracción del menor y el principio del interés superior del niño.</p> <p><b>5.2 Nivel de Investigación</b> El presente trabajo corresponde al trabajo explicativo.</p> <p><b>5.3 Método de Investigación</b> investigación el método utilizado es el científico y dentro de este se ha optado por el método explicativo porque se desarrollará el correspondiente análisis y críticas a las teorías referidas a nuestras dos variables de nuestro problema de investigación</p> <p><b>5.4 Diseño de Investigación</b> En la presente Investigación se ha empleado el método No Experimental, porque no hemos aplicado las variables de estudio.</p>	<p><b>A. Población</b> Se ha seleccionado 400 abogados especializados en la materia de Familia, no obstante durante el proceso de aplicación del cuestionario se enfrentó ciertos obstáculos, por lo que no se pudo entrevistar a todos, por consiguiente se logró encuestar 284.</p>	<p><b>A. Técnica</b> La técnica empleada en el trabajo de campo relacionado con nuestro tema fue la de la observación no participante, dentro de la cual se tiene la encuesta.</p> <p><b>B. Instrumento</b> En la presente investigación el instrumento que se utilizó es el cuestionario, la cual consta de 12 preguntas cerradas, el cual estuvo dirigido a los abogados especializados en la materia de familia de Arequipa.</p>

**ANEXO "B"**  
**CUESTIONARIO**

**Señores Fiscales y Abogados:** El presente cuestionario se ha realizado en el propósito de conocer las consecuencias, efectos y consideraciones que produce la Sustracción del Menor en los hijos y a los padres que se les sustrae formando a ser víctimas de este contexto, establecido en el Artículo 147º del Código Penal; al respecto vale señalar que los menores son los más perjudicados en esta situación por su condición de vulnerabilidad.

**A continuación se presenta varias preguntas.** Conteste cada una de ellas marcando con una **X** en el paréntesis la alternativa que juzgue conveniente.

---

1. **¿Cree usted que la separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción del menor?**
  - a) Sí ( )
  - b) No ( )
  
2. **¿Cree usted que el ocultamiento del menor sea motivado por un conflicto de tenencia originando la sustracción del menor?**
  - a) Sí ( )
  - b) No ( )
  
3. **¿Cree usted que la intención de alejar de manera indefinida al menor es provocado por el conflicto de tenencia, incurriendo en el delito de sustracción del menor?**
  - a) Sí ( )
  - b) No ( )
  
4. **¿Cree usted que la huida con el menor es provocada por el conflicto de tenencia estimulando incurriendo en el delito de sustracción del menor?**
  - a) Sí ( )

b) No ( )

5. **¿Cuál cree usted que puedan ser los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor?**

a) No menor de 2 ni mayor de 3 años ( )

b) No menor de 3 ni mayor de 4 años ( )

c) No menor de 4 ni mayor de 5 años ( )

6. **¿Cuál cree usted de las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuren como agravantes en el delito de sustracción del menor?**

**Alternativa a) ( )**

- De 15 a 17 años de edad, no menor de 2 ni mayor de 3 años
- De 10 a 14 años de edad, no menor de 2 ni mayor de 4 años
- De 6 a 9 años de edad no menor de 3 ni mayor de 5 años
- De 0 a 5 años de edad, no menor de 5 ni mayor de 7 años

**Alternativa b) ( )**

- De 15 a 17 años de edad, no menor de 3 ni mayor de 4 años
- De 10 a 14 años de edad, no menor de 3 ni mayor de 5 años
- De 6 a 9 años de edad, no menor de 4 ni mayor de 6 años
- De 0 a 5 años de edad, no menor de 6 ni mayor de 8 años

**Alternativa c) ( )**

- De 15 a 17 años de edad, no menor de 4 ni mayor de 5 años
- De 10 a 14 años de edad, no menor de 4 ni mayor de 6 años
- De 6 a 9 años de edad, no menor de 5 ni mayor de 7 años
- De 0 a 5 años de edad, no menor de 7 ni mayor de 9 años



**7. ¿Cree usted que el menor como ciudadano debe de gozar el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño?**

**a) Sí ( )**

**b) No ( )**

**8. ¿Cree usted que el niño debe tener derecho de voz para que así sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño?**

**a) Sí ( )**

**b) No ( )**

**9. ¿Cree usted que se deba priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del niño como bienestar fundamental frente al principio del interés superior del niño?**

**a) Sí ( )**

**b) No ( )**

**10. ¿Cree usted que debe existir igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño?**

**a) Sí ( )**

**b) No ( )**

**11. ¿Cree usted que debe existir una protección efectiva para garantizar el principio del interés superior del niño?**

**a) Sí ( )**

**b) No ( )**

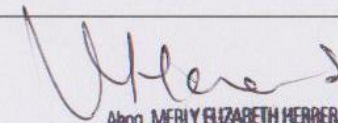
**12. ¿Cree usted que la satisfacción de los derechos del el menor garantice el principio del interés superior del niño?**

**a) Sí ( )**

**b) No ( )**

**ANEXO C  
VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO/ FICHA DE JUICIOS DE EXPERTOS**

ÍTEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIOSIDAD		OBSERVACIONES
	COHERENCIA		CLARIDAD		PERTINENCIA		
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	
1.- ¿Cree usted que la separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción del menor?	X		X			X	
2.- ¿Cree usted que el ocultamiento del menor es motivado por el conflicto de tenencia originando la sustracción del menor?	X		X			X	
3.- ¿Cree usted que la intención de alejar de manera indefinida al menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	
4.- ¿Cree usted que la huida del sustractor con el menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	

  
**Abog. MERLY ELIZABETH HERRERA GOMEZ**  
 REG. C.A.A. N° 4746  
 DEFENSOR PÚBLICO  
 Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia  
 Poder Judicial de la Federación y Defensorías Públicas

5.- ¿Cuál cree usted que pueden ser los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor?	X		X			X	
6.- ¿Cuál cree usted, de las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuren como agravantes en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	
7.- ¿Cree usted que el menor como ciudadano debe gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
8.- ¿Cree usted que el niño debe tener derecho de voz para que sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
9.- ¿Cree usted que se debe priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del menor como bienestar fundamental frente al principio del interés superior del niño?	X		X			X	

  
**Abog. MERLY ELIZABETH HERRERA**  
 REG. C.A.A. Nº 4746  
 DEFENSOR PÚBLICO  
 Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia  
 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

10.- ¿Cree usted que debe existir igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
11.- ¿Cree usted que debe existir una protección efectiva para garantizar el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
12.- ¿Cree usted que la satisfacción de los derechos del menor garantice el principio del interés superior del niño?	X		X			X	

  
**Abog. MERLY ELIZABETH HERRERA**  
 REG. C.A.A. Nº 4746  
 DEFENSOR PÚBLICO  
 Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia  
 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

**ANEXO C**  
**VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO/ FICHA DE JUICIOS DE EXPERTOS**

ÍTEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIOSIDAD		OBSERVACIONES
	COHERENCIA		CLARIDAD		PERTINENCIA		
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	
1.- ¿Cree usted que la separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción del menor?	X		X			X	
2.- ¿Cree usted que el ocultamiento del menor es motivado por el conflicto de tenencia originando la sustracción del menor?	X		X			X	
3.- ¿Cree usted que la intención de alejar de manera indefinida al menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	
4.- ¿Cree usted que la huida del sustractor con el menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	

5.- ¿Cuál cree usted que pueden ser los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor?	X		X			X	
6.- ¿Cuál cree usted, de las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuren como agravantes en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	
7.- ¿Cree usted que el menor como ciudadano debe gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
8.- ¿Cree usted que el niño debe tener derecho de voz para que sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
9.- ¿Cree usted que se debe priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del menor como bienestar fundamental frente al principio del interés superior del niño?	X		X			X	

10.- ¿Cree usted que debe existir igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
11.- ¿Cree usted que debe existir una protección efectiva para garantizar el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
12.- ¿Cree usted que la satisfacción de los derechos del menor garantice el principio del interés superior del niño?	X		X			X	

  
 .....  
 Libia Edith Huilca Quintanilla  
 ABOGADO  
 C.A.A. 0391

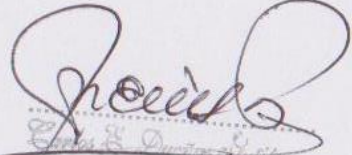
**ANEXO C**  
**VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO/ FICHA DE JUICIOS DE EXPERTOS**

ÍTEM	CONGRUENCIA		CLARIDAD		TENDENCIOSIDAD		OBSERVACIONES
	COHERENCIA		CLARIDAD		PERTINENCIA		
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	
1.- ¿Cree usted que la separación del menor vulnera el ejercicio de la patria potestad configurándose el delito de sustracción del menor?	X		X			X	
2.- ¿Cree usted que el ocultamiento del menor es motivado por el conflicto de tenencia originando la sustracción del menor?	X		X			X	
3.- ¿Cree usted que la intención de alejar de manera indefinida al menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	
4.- ¿Cree usted que la huida del sustractor con el menor es provocado por el conflicto de tenencia incurriendo en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	

  
 Carlos S. Duany Julián  
 ABOGADO  
 MAT - N° 3533 - C.A.A.



5.- ¿Cuál cree usted que pueden ser los máximos y mínimos de la aplicación de la pena en los casos de sustracción de menor?	X		X			X	
6.- ¿Cuál cree usted, de las determinaciones de edades y sus respectivas penas configuren como agravantes en el delito de sustracción de menor?	X		X			X	
7.- ¿Cree usted que el menor como ciudadano debe gozar de un bienestar fundamental que garantice el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
8.- ¿Cree usted que el niño debe tener derecho de voz para que sea eficaz el bienestar fundamental y se resguarde el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
9.- ¿Cree usted que se debe priorizar una mejor calidad de vida en el desarrollo del menor como bienestar fundamental frente al principio del interés superior del niño?	X		X			X	

  
 ABOGADO  
 MAT - N° 3533 - C.A.A.

10.- ¿Cree usted que debe existir igualdad de derechos de los menores para garantizar el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
11.- ¿Cree usted que debe existir una protección efectiva para garantizar el principio del interés superior del niño?	X		X			X	
12.- ¿Cree usted que la satisfacción de los derechos del menor garantice el principio del interés superior del niño?	X		X			X	

  
 ABOGADO  
 MAT. N° 3523 - C.A.A.

**ANEXO D**  
**PROYECTO DE LEY Nº 01**  
**“Decenio de las personas con discapacidad en el Perú”**  
**“Año de la Consolidación del Mar de Grau”**

**Sumilla:** Proyecto de Ley que modifica e incorpora agravantes al artículo 147º del Código Penal de la Ley 28760.

**I. DATOS DEL AUTOR**

La bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas que suscribe, Alexandra Ninacondo Mollo, ejercicio de sus facultades ciudadanas, que le confiere el artículo 31º de la Constitución Política del Perú y el artículo 75º del reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley que modifica el artículo el artículo 147º del Código Penal de la Ley 28760.

**II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**A. Antecedente**

Para empezar tenemos la Ley 28760 que se encuentra en vigencia desde el año 2006, modificando al artículo 147º del Código Penal, que se encuentra en el Libro Segundo, Título III que concierne a los Delitos contra la Familia, el cual dispone lo siguiente: ***“El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”*** y en su segundo párrafo indica que: ***“la misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad”***

## **B. Problemática Actual**

La sustracción del menor actuada por uno de los progenitores, deviene por la responsabilidad parental, puesto que cada padre e hijo tienen el derecho de vivir juntos, pero por situaciones adversas los padres se encuentran separados, por lo que el hijo solo tiene la opción de vivir con uno de los ellos he ahí cuando al progenitor al que no se le otorgo la tenencia, toma la decisión de arrebatárselo al otro padre, tal vez por un pensamiento erróneo o una actitud egoísta; sin embargo no miden las graves consecuencias que va a producir en la autorrealización y el desarrollo del menor.

La realidad de hoy tanto al nivel nacional como mundial, es notable, pues hay un incremento considerable de casos referente a la sustracción del menor, para ello tenemos los siguientes acontecimientos: un menor de cuatro años de edad se encontraba bajo la tenencia de su madre Roció Castro, no obstante el padre de nacionalidad italiana, lo traslado con desmedro a pesar de no tener la tenencia, ello sucedió cuando el pequeño era encaminado por su tía a su colegio, el padre sustractor intervino con ayuda de otras personas para llevárselo; otro suceso muy conocido es el del Empresario Jacques Levy Simón que acusa a la madre de su hija, María Elena Llanos por haber sustraído a la menor , a pesar de no tener la custodia; la cual lleva retenida por el lapso de cinco meses, la pequeña no se encuentra en su hogar habitual incluso hay una resolución que solicita la presencia de la madre para que exponga su testimonio por el delito de sustracción de la menor bajo apercibimiento de ser declarada reo ausente y se ordene su captura mediante la Policía Nacional; y un hecho insalvable es lo que el empresario señalo pues la menor no ha asistido todo este tiempo al colegio de esta manera resulta un perjuicio para la pequeña, ya que todos los niños tienen el libre derecho de ejercer su educación, así como una gama de derechos que no se cumplen debidamente.

Entendemos que ante este ilícito a pesar de verse envuelto el derecho de uno de los padres de ejercer con responsabilidad la patria potestad, es el menor quien resulta más afectado ante esta situación pues sus derechos se encuentran limitados o simplemente no se ejercen plenamente, lesionando el principio del interés superior del niño; visto que no hay la satisfacción de sus derechos.

Otro rasgo es la carente aplicación y un poder punitivo por el estado, puesto que la pena determinada en el Código Penal no tiene un máximo legal, solo expresa como mínimo dos años; al presentarse la variedad de casos de los menores hijos sustraídos, en cada suceso la edad del pequeño puede oscilar hasta los diecisiete años, teniendo en cuenta que la afectación a ellos es distinta, pues cada percepción ante este tipo de eventos es desigual pero ello se resuelve de manera indiferenciada, debido a la ausencia de determinación de las edades y la aplicación de la pena se da de forma lineal para todos los sujetos activos; sin estimar las consecuencias y efectos que pueden provocar al menor sustraído.

En este tipo de situaciones el menor sobrelleva por la sustracción inesperada, las alteraciones que surgen de manera rápida y son muy significativas para él, esto puede abarcar meses o años; llevando su existencia de forma ambulante, así también se encontrará trasladándose incesantemente, siendo víctima de cambios de identidad desvinculándose de todo su pasado y no siendo mismo al que se trata de recuperar. Como se indicó los padres realizan diversas acciones para que el menor sea encontrado; las cuales consideramos las siguientes:

El ocultamiento surge para evitar de cualquier forma que se encuentre al menor y le sea arrebatado al padre sustractor, ocasionando ello, ciertos cambios radicales para el menor, debido a que dejara en el pasado la vida que tuvo, así también conformara nuevas experiencias con la nueva identidad, asimismo estos sentimientos serán más fuertes y significativos

a los de la vida pasada; y a medida que la sustracción continúe la información que el niño recibe para explicar la ausencia de los familiares desaparecidos se arraiga en su mente. Es decir con el transcurso del tiempo el niño asimila la situación en la que se encuentra pues es influenciado día a día; buscando debilitar los lazos que haya tenido con el otro padre, ocasionando que el reencuentro entre el hijo y su padre que lo busca ansiosamente, que no realice o no se lleve a cabo.

La mayoría de los niños que son sustraídos por uno de sus padres o incluso familiares frecuentemente son obligados a que realicen diversos hechos con el fin de mantenerlos ocultos, los cuales son los siguientes:

Se prepara al menor antes de la sustracción, realizando un lavado de cerebro tomando el control de la situación a través de diversas técnicas que persuadirán al menor, las cuales pueden ser coercitivas, siendo una estrategia psicológica para que el menor pueda irse con el padre que se lo quiere llevar, siempre influyendo en las acciones de su hijo. En este tipo de casos la decisión que haya tomado el menor puede que desencadene problemas al menor en un futuro: como por ejemplo que el menor sea arrepienta de haberse ido con su padre y haber dejado al otro.

En este tipo de sucesos los niños se encuentran forzados a mantenerse ocultos, escondidos con el padre que los sustrajo este se ve obligado de huir para evitar cualquier comunicación con el padre que lo busca.

El que sustrajo al menor para que no se vea descubierto se ve en la necesidad de atemorizar al niño, de las posibles personas que podrían ayudar como los médicos, profesores, la policía; en consecuencia no le ofrecerá al menor el apoyo y los servicios que permitan el desarrollo integral del menor: como una buena educación, asistencia social y acceder a un centro que brinde un buena atención respecto a su salud, de esta manera se le está dañando, perjudicando la comodidad del menor

y la seguridad del niño; siendo esta circunstancia una dependencia del niño hacia su sustractor.

El sustractor para crear la nueva identidad del menor se ve obligado que el niño evite recordar el pasado e incluso que lloriqueé por su otro progenitor, por su familia y por sus compañeros que han sido allegados a él, siendo para el niño una desorientación total, es decir cuando esté sea recuperado por sus familiares será muy complicado y penoso para el menor asimilar la situación, porque tendría que confiar y amar nuevamente al progenitor que se encontraba en su búsqueda.

Como se indicó anteriormente el padre sustractor, le inculca al menor a mentir sobre el pasado, por ello se verá en la necesidad de no dejarlo salir a jugar, ni abrir la puerta de donde se encuentra; mantenerlo oculto dentro de lo posible en el caso de que mantenga alguna conversación con alguien más, tiene que mentir o tratar de evadir preguntas referente a su persona.

Así mismo la sustracción parental es un delito que tendrá consecuencias, secuelas en futuro tanto en el menor como los familiares y allegados a la familia. Observando las experiencias mencionadas es notorio que no permitirá un adecuado desarrollo íntegro del menor, ya que son diferentes las circunstancias, edades en las que perciben el acto de la sustracción de forma diferente. Antes de los intereses personales de los adultos está el bienestar de los hijos

## **Legislación Comparada**

### **Argentina**

En el país de Argentina el tipo penal de sustracción de menor tiene un mayor carácter punitivo que en nuestra situación peruana y más aún el presente tipo penal considera agravantes en cuanto a la edad y el estado que se encuentre el menor. Configurándose el tipo penal de la siguiente manera: *“se castiga este delito con prisión efectiva de hasta cuatro años y medio, para los casos en que la víctima fuera menor de diez años o discapacitada. En este país la ley penal fue promovida por la Asociación de Padres alejados de sus hijos”*

### **México**

En el presente país para sancionar al sujeto sustractor lo típico de la siguiente manera: *“Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, o a quien aun sin saber la determinación de un juez sobre el ejercicio de la patria potestad o la custodia, impida al otro progenitor ver y convivir con el menor, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.”* La cual se encontró vigente hasta el 2003.

En un análisis comparativo legislativo se puede extraer lo siguiente: que a diferencia de la terminología de sustracción empleada en Perú, en México se refieren al “Apoderamiento”, puesto que se priva del derecho de patria potestad o la custodia de quien legítimamente la posee, sin permitirle al progenitor apoderado, legalmente ver y convivir con su menor hijo. De forma conclusiva también se puede resaltar que la severidad punitiva es mayor a comparación en la impuesta en Perú.



## **España**

Las Medidas de Protección en el ámbito penal que permiten la salvaguarda del menor es la que se encuentra en el Código Penal de 1995 suprimió como delito, la sustracción de menores de siete años, en secuencia procedió a agravar la pena por el delito de detención ilegal o secuestro cuando el sujeto pasivo fuera menor de edad o incapaz; lo configura de la siguiente manera: *“El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.”*

En la elaboración de la comparación legal del cuerpo normativo de España con el Código Penal de nuestro país se debe destacar que el sentido de la pena es un escaño más elevado a la nuestra; puesto que establece un mínimo penal de dos y como máximo hasta cuatro años, a ello como de protección del menor a futuro, se impone una inhabilitación especial para la práctica del derecho de patria potestad por un periodo desde cuatro hasta diez años.

## **Alemania**

El delito de sustracción del menor se encuentra regulado de la siguiente manera: *“El castigo asciende hasta cinco años de prisión efectiva para quien cometiere este delito, y si fuera un Secuestro Parental internacional, se ordena la Captura Internacional del padre secuestrador a través de Interpol.”*

Se connota que de igual modo en Alemania también se puede apreciar un mayor efecto en la condena al imponer hasta cinco años de prisión efectiva para quien cometiere este delito, y en caso saliera fuera del país alemán este gestiona la orden de Captura Internacional del padre secuestrador a través de Interpol.

Concluyendo que de alguna forma en nuestro país no se está actuando debidamente en cuanto a la atribución de la pena que se le concede al sujeto activo del delito de sustracción de menor; puesto que no está considerando la condición de vulnerabilidad del menor, así también la edad que tiene el niño y como influencia en su desarrollo físico e íntegro.

### **III. PROPUESTA DE INCLUSIÓN LEGISLATIVA**

Se pretende modificar el artículo 147° del Código Penal e incorporar agravantes el cual concierne al delito de sustracción de menor realizado por sus padres teniendo como consecuencia la vulneración de la patria potestad y afectándose el interés superior del niño.

### **IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

Si se da la posibilidad de que se apruebe la modificación del Artículo 147° del Código Penal, se garantizara el Principio del Interés Superior del niño brindando una mayor protección, incorporando una pena suficiente y ponderada de acuerdo a las circunstancias en que se dio el ilícito penal proporcionando mayor punibilidad, y protegerlo, para que así la ley sea más rígida y genere en la actividad del comisionante la incertidumbre de ejercitar el hecho al tener en cuenta la veracidad con la que se aplicará una mayor sanción con carácter de severidad. Asimismo la integración de agravantes puesto como se dio a conocer las formas de percibir dichos actos de la sustracción es diferente en cuanto a la afectación que le puede ocasionar.

## V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto de ley propuesto no suscitara gasto alguno al Estado, más bien generara un mayor beneficio a la sociedad actual y futura, puesto que la misma es la fuente o núcleo primordial del estado como la familia, generando de esta forma una mejor base de protección para los niños y no se sientan en constante amenaza por sus propios padres; ya que en un futuro estas actitudes generaran un sentimiento de repudio por parte de nuestra sociedad; no afectando sus derechos como los ciudadanos, personas que integrarán y forman parte del mundo del mañana.

## VI. FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LO SIGUIENTE:  
LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 147° DEL CÓDIGO PENAL EN E  
INCORPORA AGRAVANTES RESPECTO AL LÍMITE DE EDADES,  
VULNERANDO EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

**ARTÍCULO 1°.** Modificación e incorporación de agravantes del Artículo 147° del Código Penal en los términos siguientes:

*“El que sustrae a un menor de edad, mediando relación parental, entre 15 y 17 años de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de uno año.*

*Se comprenderá como carácter agravante:*

- *El que sustrae a un niño entre 10 a 14 años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de dos años.*
- *El que sustrae a un niño entre 6 a 9 años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e*

*inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de tres años.*

- *El que sustrae a un niño entre 0 a 5 años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años. e inhabilitación del derecho de patria potestad por el periodo de cuatro hasta siete años.*

*La misma pena y agravantes se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, colaterales aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.”*

### **ARTÍCULO 2°. Derogatoria**

Deróguense todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

### **ARTÍCULO 3°. Vigencia**

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación

**POR TANTO:**

**MANDO SE REGISTRE, PUBLIQUE Y CUMPLA.**

Arequipa, 11 de julio del 2016