



**FACULTAD DE HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE
DERECHO**

TESIS

LA VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA FAMILIAR EN LA
SUSTRACCIÓN INDEBIDA DE UN MENOR EN EL CÓDIGO
PENAL PERUANO EN EL AÑO 2016

PARA OBTENER EL TÍTULO:

ABOGADO

AUTORA

BACH. CLARA VIVIANA MORI DEL PINO

LIMA-PERÚ

2016

DEDICATORIA

A mis padres, Victoria y Jhonny por ayudarme incondicionalmente en mi carrera y forjarme valores que me sirvan en la vida,

A mi Hija Nicolcita que es mi luz y motor para seguir adelante,

A mi esposo Andy, por su ayuda incondicional y comprensión,

A mis hermanos Harold, Tatiana y Araceli por sus buenos deseos y alentarme día a día a seguir esforzándome

A mis profesores que día a día me enseñaron en este proceso de formación, lo cual constituyo el cimiento fundamental en mi vida profesional y a través del cual forje un nuevo presente para las labores que desempeño en el campo del Derecho.

AGRADECIMIENTO

La presente tesis le agradezco a Dios por ayudarme a culminar este trabajo de investigación.

Agradecimiento especial al Dr. Hugo G3nzales Aguilar y Dr. Jorge P3rez L3pez por guiarme en mi desarrollo de tesis, gracias por sus ense1anzas metodol3gica y tem1tica.

A mis padres, hermanos, esposo, mi hija por la confianza y el apoyo incondicional, lo cual pude terminar mi trabajo de investigaci3n satisfactoriamente;

A mis abuelitos Nieves y Prisciliano por la confianza y el apoyo brindado, que sin duda me han demostrado d3a a d3a.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 Situación problemática	13
1.2 Formulación del Problema	15
1.2.1 Problema general	15
1.2.2 Problemas específicos	16
1.3 Objetivos de la Investigación	16
1.3.2 Objetivo general	16
1.4.2 Objetivos específicos	16
1.4 Justificación e importancia de la investigación	16
1.4.1 Teórica	16
1.4.2 Metodológica	17
1.4.3 Práctica	17
1.4.4 Legal	17
1.5 Limitaciones de la Investigación	18
1.5.1 Temporal	18
1.5.2 Materia	18

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del problema-----	20
2.1.1 Internacionales-----	20
2.1.1.1 España-----	20
2.1.1.2 México-----	21
2.1.1.3 Colombia-----	23
2.1.2 Nacionales -----	24
2.1.2.1 Autores Nacionales-----	24
2.2 Bases teóricas-----	27
2.2.1 Doctrina-----	27
2.2.1.1 Derecho de Familia-----	27
2.2.1.2 Naturaleza del Derecho de Familia-----	27
2.2.1.3 Sustracción de Menor-----	28
2.2.1.4 Violencia Familiar-----	29
2.2.1.5 Causas de la violencia física y psicológica familiar-----	31
2.2.1.6 Análisis Dogmático del art.147 del C.P-----	33
2.2.1.7 Principio del Interés Superior -----	40
2.2.2 Teorías -----	43
2.2.2.1 Teoría de Protección Integral -----	43
2.2.2.2 Teoría Garantista-----	44
2.2.2.3 Teoría de Necesidad-----	45
2.2.3 Normas-----	46
2.2.3.1. Convenio de la Haya-----	46
2.2.3.2. Convención del Niño-----	46
2.2.3.3. Constitución Política del Perú-----	47
2.2.3.4. Código Civil-----	47
2.2.3.5. Código de Niños y Adolescentes-----	48

2.2.3.6. Ley N° 30364 -----	49
2.2.4. Jurisprudencia -----	50
2.2.4.1. Exp. N° 819-20005-PHC/TC-----	50
2.2.4.2. Exp. N° 548-200-HC/TC-----	51
2.2.5 Diferencia entre Sustracción y secuestro-----	52
2.2.6. Definición de Términos -----	57

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 Método -----	64
3.1.1 Tipo de investigación-----	64
3.1.2 Diseño de investigación-----	64
3.2 Población-----	65
3.3 Muestra-----	65
3.3.1 Tipo de muestra-----	66
3.4 Hipótesis-----	66
3.4.1 Hipótesis General-----	66
3.4.2 Hipótesis Específicos-----	67
3.5 Variables-----	67
3.5.1 Tipo de Variable-----	67
3.5.2 Operacionalización de Variable-----	67
3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos-----	69
3.6.1 Técnicas de recolección de datos-----	69
3.6.2 Instrumento de recolección de datos-----	69
3.7 Procedimiento y análisis e interpretación de los resultados---	69
3.7.1 El procesamiento de datos -----	69
3.7.2 Análisis Estadístico de Datos -----	70

CAPÍTULO IV: RESULTADOS	
4.1 Resultados-----	72
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS	
5.1 Discusión -----	97
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
CONCLUSIONES -----	104
RECOMENDACIONES -----	105
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA -----	106
ANEXOS -----	110
ANEXO I: PROYECTO DE LEY -----	111
ANEXO II: JURISPRUDENCIAS -----	125
ANEXO III: CUESTIONARIOS -----	134

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “**La violencia física y psicológica familiar en la Sustracción Indebida de un Menor en el Código Penal Peruano en el año 2016**”. Teniendo como objetivo principal; Determinar la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor en el CPP en el año 2016. Según el tipo de investigación es Básico. Para ello se utilizó como instrumentos de investigación; **cuestionario y análisis de matriz de contenido**. Dentro de este contexto, Hurtado, J. (2000, p.164), señala “que la selección de los instrumentos de investigación implica determinar por cuáles medios o procedimientos el investigador obtendrá la información necesaria para alcanzar los objetivos de la investigación”. La muestra para este estudio es Muestra Probabilístico por Aleatorio Simple para abogados especialista en la materia. En ese sentido, se utilizó el **diseño descriptivo**. En conclusión, se debe modificar el artículo para incluir como agravantes la violencia física y psicológica en la sustracción indebida de un menor.

Palabras claves: sustracción de menor, violencia física y violencia psicológica.

ABSTRACT

The present research work entitled "Physical and psychological family violence in the Undue Abduction of a Minor in the Peruvian Penal Code in the year 2016". Having as main objective; To determine the physical and psychological family violence in the undue abduction of a minor in the CPP in the year 2016. According to the type of investigation is Basic. For this purpose it was used as research instruments; Questionnaire and content matrix analysis. In this context, Hurtado, J. (2000, p.164), states that "the selection of research instruments involves determining by what means or procedures the researcher will obtain the necessary information to achieve the objectives of the research." The sample for this study is Probabilistic Sample by Simple Random for specialist lawyers in the matter. In that sense, descriptive design was used. In conclusion, the article should be modified to include physical and psychological violence as an aggravating factor in the abduction of a minor.

Keywords: child abduction, physical violence and psychological violence.

INTRODUCCIÓN

La investigación titulada: “La violencia física y psicológica familiar en la Sustracción Indebida de un Menor en el Código Penal Peruano en el año 2016”, tiene como problema principal: ¿De qué manera se debe considerar la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal del art.147° del CPP?

Se ha planteado el siguiente objetivo general: Determinar la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor en el CPP en el año 2016.

Así planteamos como posibles hipótesis que se tendrán que demostrar: hipótesis general; Hi: La violencia física y psicológica familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP; Ho: La violencia física y psicológica familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP. Igualmente, las hipótesis específicas son: Hi: La violencia física familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP; Ho: La violencia física

familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP y Hi: la violencia psicológica familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP; Ho: la violencia psicológica familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

El contenido de la presente tesis está realizado en 4 capítulos:

Capítulo I: Contiene planteamiento del problema; formulación del problema; los objetivos, la justificación y las limitaciones.

Capítulo II: El marco teórico, los antecedentes y los términos básicos. Donde el cual el marco teórico conceptual de los temas referente al derecho de autor, la piratería y reprografía; asimismo la revisión de fuentes de información tangibles y abundantes fuentes de internet.

Capítulo III: La metodología, consta del tipo y diseño de la investigación, los instrumentos de recolección de datos, con la confiabilidad y validez. Asimismo, la población y muestra y las hipótesis.

Capítulo IV: Contiene los resultados y la discusión de los resultados, que nos permite demostrar la hipótesis general y las específicas, para comprobar si se afirma o se niega el problema de investigación.

Finalmente daré Conclusiones y Recomendaciones a la luz de lo investigado.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática:

La problemática de la sustracción indebida de un menor como forma de violencia física y psicológica familiar, en el entorno internacional nos hace referencia, según Cayetano (2011), llegó a la siguiente conclusión:

En la Convención de Derechos del Niño, actualmente vigente, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989; en la misma se proclama que los menores, sin discriminación de naturaleza alguna, tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, y precisan de protección especial, de tal forma, que con respecto al menor se abandona el concepto de sujeto tutelado, para transformarlo en sujeto de derecho.

Esto nos da entender que ningún menor está desprotegido puesto que el Estado prevalece la garantía y protección a cualquier niño, niña y adolescente, asimismo el Estado prevalece seguridad cuando el menor se encuentre en estado de abandono.

Es tanto así, que en el entorno nacional se ha evidenciado que, en España, según el jurista García (2010), llegó a la siguiente conclusión:

Se da mayormente en casos en que alguno de los cónyuges pone fin a la convivencia, llevándose consigo a los hijos sin que todavía haya recaído resolución judicial alguna sobre la custodia de estos, no solo se debe sancionar la sustracción, sino que se debe tomar en cuenta cuando producto de la sustracción indebida la sanción no es mayor de dos años.

A mi parecer se debe modificar el artículo incluyendo las siguientes agravantes: la violencia física y psicológica familiar, por ende, la sanción debe ser mayor cuyo fin es procurar la seguridad y protección del menor.

Otro de los aspectos según Bermúdez (2008), ha llegado a las siguientes conclusiones:

Es que la sustracción es un presupuesto necesario que efectuó el agente, ya que se toma en cuenta como un delito de acción, puesto que implica una actividad que se produce como resultado material, por el sometimiento del menor a la voluntad del sujeto activo del delito, es innegable y el objeto material mayormente se da en el entorno familiar, pero nuestra legislación no ha determinado sancionar cuando uno de los cónyuges sustrae a un menor como forma de violencia física y psicológica.

Siguiendo la misma línea, Ginori (2006), llegó al siguiente resultado:

Sustracción de Menores se establecerá su fundamento en el ámbito de lo Penal en el Estado de México, analizando primeramente las garantías establecidas por nuestra Carta Magna para todos los mexicanos o personas que se encuentran el territorio Nacional sin distinción de edad, sexo raza o costumbres.

Que la sustracción en términos generales significa separar o apartar. Esto significa alejar o bien retirar, una cosa de otra. Y que como figura jurídica se determina, como la acción de separar en este caso al menor del cónyuge que tiene la tenencia del menor sustraído por el sujeto activo.

Por otra parte, según Romero (2005), llegó a la siguiente conclusión:

La violencia física se debe a una Sustracción Interparental de Menores – SIM– lo cual, es el acto que impide el ejercicio del derecho de custodia o del derecho de visita a un padre o una madre, mediante la sustracción u ocultamiento de uno o más hijos menores, por parte de algún miembro de su familia. Se entiende por custodia, el derecho y deber que tienen el padre y la madre de criar, educar y orientar a sus hijos menores, y por derecho de visita, el derecho que le asiste al padre y la madre para ver y comunicarse con sus hijos en su residencia habitual o fuera de ella.

Este acto que impide la custodia del menor, lo cual se resuelve por resolución a quien se le da la tenencia de esa manera el otro cónyuge al ver su derecho restringido parcialmente al régimen de visitas recurre a sustraer al menor cuya finalidad es perjudicar a la otra parte ya sea por rencor o por no aceptar que no tiene la tenencia de su menor. En ese sentido no hay paz y tranquilidad entre los padres y el menor por las violencias que se produce. Así mismo, podemos decir que tanto el entorno nacional como el entorno internacional, el problema más resaltante es que existe una corriente jurisprudencial que requiere ser modificada, sobre la base de los parámetros constitucionales, debido proceso, tutela judicial efectiva, pero sobre todo a la lógica natural del artículo 147° del Código Penal peruano, lo cual va de la mano con el Principio del Interés Superior del Niño, también conocido como el Interés Superior del Menor, que nos dice que es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema principal

¿De qué manera se debe considerar la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal del art.147° del CPP?

1.2.2 Problemas específicos

a) ¿De qué manera se debe considerar la violencia física familiar en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal del art. 147° del CPP?

b) ¿De qué manera se debe considerar la violencia psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal del art.147° del CPP?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Og: Determinar la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor en el CPP.

1.3.2 Objetivos específicos

Oe 1: Determinar la violencia física familiar en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal del art.147° del CPP.

Oe 2: Determinar la violencia psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal del art.147° del CPP.

1.4 Justificación

1.4.1 Justificación teórica:

En una investigación existe una justificación teórica cuya finalidad de estudio es iniciar una reflexión y confrontación académica si está correcto modificar

el artículo 147 del Código Penal peruano, lo cual mi teoría se basa en la argumentación jurídica para la comprobación que efectivamente existe una sustracción indebida de un menor como forma de violencia física y psicológica de parte de uno de padres.

1.4.2 Justificación metodológica:

En la presente investigación se aplicó el aspecto metodológico que nos permitió realizar interpretaciones bajo la Teoría de argumentación, el análisis del artículo 147° CP, doctrina para resolver la colisión y, asimismo, se realizó cuestionarios a abogados especializados de la materia, cuya finalidad es saber si están de acuerdo que se modifique este artículo ya mencionado del CPP.

1.4.3 Justificación práctica:

También es necesaria, entender que lo que se pretende es beneficiar principalmente al menor y su entorno social, puesto que todo niño que sea maltratado física y psicológica, por cualquiera de los padres debe ser sancionado. Por ende, el meollo se da cuando uno de los cónyuges sustrae indebidamente al menor, ya sea por venganza o porque no está de acuerdo que la custodia del menor sea del otro, como consecuencia de la sustracción indebida uno de los cónyuges lo sustrae de manera violenta perjudicando al menor, lo cual lamentablemente no está debidamente sancionado por cuanto no han determinado como causales la violencia física y psicológica hacia al meno

1.4.4 Justificación legal:

Por lo tanto, mi investigación se justifica, enmarcándose en las normas como: La Convenio de la Haya, Convención de Derecho del Niño, Constitución Política del Perú, Código Civil, Código Penal, Código de Niños y Adolescentes, Ley N° 30364, doctrinas y jurisprudencia.

1.5 Limitaciones de la investigación:

1.5.1 Limitación temporal

La falta de horas para compilar datos específicos para realizar mi investigación.

1.5.2 Limitación por materia

Se me limita porque solo abarcare la violencia física y psicológica como agravantes en el delito de sustracción de menor.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1.- Antecedentes del problema

2.1.1. Internacionales

2.1.1.1 España

Cayetano, J. et al. (2011) en su artículo “La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional”, llegó a la siguiente conclusión:

La protección del menor, es referente a la sustracción de los mismos, especialmente en el de práctica interparental, cada vez más extendida, que se ha querido plantear desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, sin tomar en consideración las repercusiones tanto desde el punto de vista civil y penal, sin tener en cuenta el carácter interdisciplinar del problema.

Es así que la protección del menor enmarca una garantía limitada por cuanto no se aplica en todos los ámbitos del derecho en cuanto a la sanción civil y penal como se nota claramente en la legislación España, lo mismo sucede con nuestro país cuando sancionan al sujeto activo.

García, O. (2010) en su artículo “El delito de sustracción de menores y su configuración”, llegó al siguiente resultado:

Que su referencia, en cuanto al menor sea suficiente para identificar el bien protegido, puesto que son numerosos los preceptos del Código penal que también se ocupan de la persona del menor. Para conseguir algo más de concreción, quizás sea buena idea tomar como punto de partida la cuestión de qué es lo que está en juego cuando hay que tomar una decisión acerca de la guarda o custodia de un menor, lo cual suele suceder en situaciones de crisis matrimonial. Y en este sentido buena parte de la doctrina civil se inclina por identificar el interés del menor en materia de guarda y custodia con su

bienestar físico y, sobre todo emocional.

Al respecto, ello ha sido especialmente en cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores. Cuestión diversa es que no queda claro en qué puedan consistir esos intereses del menor que se tratan de proteger mediante el castigo de la sustracción de menores, existiendo resoluciones que ni siquiera los concretan, pues se limitan a señalar que “el principal interés tutelado por este precepto es el del menor”.

Otro aspecto es que durante los últimos años la sociedad española ha venido contemplando, con cierto estupor cuando no indignación, la impunidad que conforme a nuestras leyes ostentaba el progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero separándolo del otro progenitor. Son muchos en los que el menor siempre es el perjudicado cuando los padres deciden separarse.

2.1.1.2 México

Por otro lado, Ginori, A. (2006) en su tesis “Sustracción o retención indebida de un menor por parte de uno de los cónyuges como forma de violencia física y psicológica en el distrito federal” sustentada en la Universidad Nacional Autónoma de México grado de Licenciada en Derecho, llegó a los siguientes resultados:

La violencia en la familia es aquella que nace del ejercicio desigual de la autoridad en las relaciones de poder que surgen en el núcleo familiar y que se ejecutan cíclica o sistemáticamente por un miembro de la familia, llamado agresor siempre que viva en el mismo domicilio y que tenga un vínculo de

parentesco, matrimonio o concubinato con otro llamado receptor o víctima, a través de la violencia física, psicológica o sexual, con el fin de mantener un estatus de jerarquía frente al receptor de las agresiones.

Por otro lado, se debe considerar que la posible falta de información y experiencias específicas sobre la forma de educar a los hijos aunada a los problemas económicos y la desintegración familiar o parejas unidas en concubinato. En cuanto a la edad, los padres jóvenes como los viejos son los que menos toleran a los hijos, por ser estos demasiados inquietos o desobedientes, actitud por la cual se hacen acreedores de un castigo físico.

Por ende, el padre es quien ejerce su derecho de corregir a los hijos y la madre igual, también es necesario considerar a los padrastros y otros familiares como son los abuelos y los hermanos mayores, etc. que maltratan a los menores alegando que es por corregirlos.

Siguiendo, la misma línea este tipo de violencia corresponde a un desate de agresividad, lo cual produce inestabilidad entre los padres, asimismo constituye la desunión de la familia o descomposición del vínculo.

Castro, J. (2005) en su tesis “El maltrato de menor como excluyente del delito de sustracción de hijo, contemplado en el artículo 263 del Código Penal para el Estado de México”, sustentada en la UNAM, grado de Licenciada en Derecho, llegó al siguiente resultado:

Desde el punto de vista limita el término de menor, toda vez que, dentro del campo del Derecho, el menor es la persona que no alcanzado la mayoría de edad, es decir los dieciocho años, por lo tanto, el autor en su definición sólo hace alusión al infante, que será la persona que se encuentre dentro del período de la infancia misma que abarca desde el nacimiento hasta el inicio

de la pubertad.

González, G. et al. (2000) artículo de investigación “La violencia de género en México, un obstáculo para la democracia y el desarrollo”, llegó a la siguiente conclusión:

El menor maltratado es “una enfermedad social, internacional presente en todos los sectores y clases sociales; producida por factores multicausales, interactuantes y de diversos intensidades y tiempos, que afecta el desarrollo armónico, íntegro y adecuado de un menor, comprometiendo su educación y consecuentemente su desenvolvimiento escolar con disturbios que ponen en riesgo su socialización y por lo tanto su conformación personal, y posteriormente social y profesional.

2.1.1.3 Colombia

Por otra parte, Romero, Y. (2005) en su artículo “Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores”, llegó a la siguiente conclusión:

Enmarca en una investigación más amplia sobre los aspectos jurídicos, psicológicos y antropológicos de la sustracción interparental de menores en Bogotá, D. C, la cual hace referencia a la violencia familiar cuando el menor de edad es maltratado física y psicológica cuando una de las partes tiene los derechos de custodia y el otro la visita respecto a sus hijos menores.

De esta manera, el Interés Superior del Niño hace alusión a las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna a los niños y las niñas debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las

autoridades –incluyendo cabildos y autoridades tradicionales–, instituciones públicas y privadas y a los padres y las madres; es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; y es una directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas. En síntesis, contribuye al perfeccionamiento de la vida en sociedad.

2.1.2. Nacional

2.1.2.1 Autores Nacionales

En el entorno nacional, según Bermúdez, M. (2008) en su estudio “Análisis objetivo del delito de sustracción de menores en el Código Penal”, ha llegado a las siguientes conclusiones:

Eventualmente un factor ajeno al ámbito jurídico (poco reconocido y en extremo arbitrario) ha permitido esta situación de limitación doctrinaria y jurisdiccional, en particular en el desarrollo del artículo 147º CP: las políticas y acciones de género a favor de la población femenina, dejando en segundo orden de prioridades el desarrollo de los derechos del niño o adolescente involucrados en los conflictos de sus progenitores.

Asimismo, el agente activo; sería por la descripción del tipo penal (mediando relación parental, que puede ser biológica o jurídica), sólo puede ser agente activo de este delito el progenitor “A” (padre/madre) quien ha “sustraído” a su hijo, en cambio el agente pasivo; sólo el progenitor “B” (madre/padre), puede ser el agente pasivo, por cuanto sólo los progenitores tienen el derecho de la patria potestad. En tal sentido, deduce mal Luis Bramont Arias, cuando incluye en este acápite a los menores como “agentes pasivos”, por cuanto

sería imposible que ejerzan patria potestad sobre sí mismos.

El segundo párrafo del artículo 147º CP, señala que los ascendientes del progenitor calificado como agente activo, pueden ser catalogados como cómplices de este delito, al tener el término “otros ascendientes”.

De conformidad podemos decir que el libro III del Código Civil vigente, el término “menores” es un concepto que la legislación penal ha importado, sin considerar la actualización de conceptos que ha planteado el Código del Niño y Adolescente, norma que se convierte en “específica” frente a la “genérica” del código sustantivo.

Concluyendo, que:

Bajo esta introducción, cuando en el tipo penal se describe al “menor de edad”, se debe hacer la adecuación conceptual a los niños y adolescentes que en detalle regula el Código de Niños y Adolescentes.

Por consiguiente, el autor Mesinas, F. (2007) en su estudio “El Código Penal en su jurisprudencia”, llegó a la siguiente conclusión:

La limitación a un período de dos años como pena máxima, ya de por sí genera la de un margen que favorece una impunidad camuflada a favor del sujeto activo del ilícito.

Si el margen de imposición de punición es mínimo, la pena por lo general tendrá una barrera infranqueable de superar, por cuanto la sola investigación fiscal (que incluye la investigación a cargo de la Policía Nacional) excede un promedio cercano a los seis meses.

En la etapa de formalización de denuncia, igualmente las excepciones previas y dilaciones procesales de los denunciados provocan un atraso en la determinación de una responsabilidad penal.

Sin considerar si el proceso es ordinario o sumario, sin considerar si el proceso será guiado con las reglas del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal, inevitablemente los plazos procesales para la investigación, juzgamiento y determinación de la pena en estos delitos, exigen la pronta implementación del Nuevo Código Procesal Penal en todo el ámbito nacional, por cuanto la cualidad oral y las facultades otorgadas a los fiscales que dicha norma regula no pueden esperar, en particular para las víctimas de estos delitos.

Bajo esta consideración y sobre una real protección al desarrollo psicológico del niño o adolescente, igualmente el fiscal podría tener mejores facultades para resolver un conflicto social y jurídico sin necesidad de que el problema ingrese a sede judicial.

Lo anterior no indica que estemos en la posición de conmutar estos delitos, pero definitivamente la llamada de atención del fiscal y de la misma PNP hacia el progenitor que realiza la sustracción, podría modificar su conducta equivocada y con ello, el mismo sistema de protección al menor se legitima.

Por esta razón, lo que busco con esta investigación es modificar el artículo 147° del C.P.P, cuya finalidad es prevalecer el Principio Superior del niño, en cuanto la pena sea mayor cuando se produce como forma de violencia física y psicológica, ya que como sabemos hay mayor dificultad determinar la violencia psicológica familiar cuando el menor es sustraído indebidamente por uno de su progenitores, lo cual a mi parecer cuando el legislador aplica la sanción debe tomar en cuenta el aspecto psicológico de cómo se encuentra el menor, es decir su estado emocional, puesto que le causa perjuicio.

2.2.- Bases Teóricas Científicas

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. Derecho de Familia:

Esto, que se plasma, de manera clara, y potente, en el ámbito del Derecho de Familia, es también, una realidad, en el campo de la sustracción de menores, en la interparental de menores, que no lo olvidemos, plantea diferentes concepciones de la custodia o de la patria potestad y choques importantes de sistemas jurídicos y de valores, redundantes, en la imposibilidad de la restitución o recuperación de los menores y por lo tanto, casi en relación causa efecto, con la violación de sus derechos fundamentales, en la lectura occidental de los mismos, que es diferente a la islámica, y, en el caso en particular, de menores de nacionalidad Española, en la violación, por consecuencia, de sus derechos fundamentales, recogidos en la Código Español. (Cayetano, 2011)

Por ende, el derecho de familia es el conjunto de normas e institución familiar que regulan las relaciones jurídicas personales y patrimoniales quien integra los miembros de familia, entre si y los terceros, asimismo formar una organización social, en el cual se trasmite valores, costumbres, tradiciones dentro de una sociedad, cada familia tiene su propia base, su propia convicción su propia ideología.

2.2.1.2. Naturaleza del Derecho de Familia

En Francia Savatier, quien sostuvo que la familia es una persona moral. Este autor sostiene que la personalidad moral de la familia estaría dada fundamentalmente por la existencia de derechos que a ella pertenecerían.

En nuestro Derecho la Familia no es una persona moral. Las normas del Derecho Positivo se refieren a la familia no como una persona moral sino algo que existe sociológicamente, pero sin personalidad jurídica propia. Los derechos y obligaciones son referidos a los miembros de la familia quienes los ejercen. (García, 2010)

2.2.1.3.- Sustracción de Menor

Según Vela (2005) en su tesis: “Sustracción y restitución de menores entre México y EE. UU de Norteamérica en relación a controversias del orden familiar”; llego a la siguiente conclusión:

La sustracción de un menor es quienes ejercen la patria potestad sobre ellos o los que no tienen la guarda y custodia, representan un ejemplo de violencia y que se traduce en comportamientos violentos hacia menos, por ende, resulta increíble pensar que los padres golpean a sus hijos. También es necesario señalar que esta agresión puede ser física y psicológica ya que, él presencia la violencia.

Asimismo, van aprendiendo y sumiendo como naturales, opino que dichas agresiones y violencia psicológica siempre se utilizara a los hijos, ya que son el medio idóneo para inferir un mal de dimensión extraordinaria y frecuentemente surte efectos.

En nuestros días el maltrato al menor por sus propios padres es una cuestión reconocida socialmente.

Hay que puntualizar que el maltrato de menor se da al momento de sustraer al mismo y llevarlo una situación incierta, lejos de quien ejerza la patria potestad o legítima custodia.

Lo cual este tipo aún no está contemplado por ningún a ley y se está dejando sin protección a los menores, misma que cada día se hace más frecuente, debido a la impunidad con la que se cuenta y la facilidad que el hecho ofrece.

Y posteriormente, se prolonga el sufrimiento, maltrato al menor, ejerciendo violencia física y psicológica sobre él, cuando se encuentra desprotegido.

En la sustracción del menor concurren circunstancias personales, culturales, sociológicas, jurídicas y procesales, falta de tipificación de esta conducta al tratarse de un acto de desobediencia a la autoridad en el caso de existir una orden judicial en donde se especifica que la persona tenía la custodia del menor.

De la misma manera, consideramos que no hay respuesta de las instituciones protectoras de los menores. Es importante señalar que estos comportamientos además de injustos, lesionan el interés general, e implican una clara violencia en perjuicio directo del menor.

2.2.1.4 Sustracción de Niños, Niñas y Adolescentes

Blanco, J. et al en su artículo de investigación: “Sustracción Interparental de menores: una forma de violencia de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente”, llego a la siguiente conclusión:

La Sustracción Interparental de Menores (SIM), entendida como la acción que realiza uno de los padres u otro pariente cercano de un niño, una niña, sustrayéndolo, reteniéndolo u ocultándolo, con el propósito primario de impedirle el derecho de visita o de custodia al otro progenitor, no sólo puede llegar a constituir un delito (fraude, una resolución judicial, maltrato mediante restricción a la libertad física, ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, etc.), además de provocar otras reacciones de carácter judicial o

administrativo- sino también, y de manera inevitable, un comportamiento que victimiza al menor o menores de edad involucrados.

Concluye que:

Proceso de Codificación del Término Menor al concepto Niño, Niña y Adolescente:

La Sustracción de Menores reduce al niño o a la niña a la condición de ser una cosa. Los padres que actúan arbitrariamente con sus hijos, manipulándolos como objetos, consideran a los mismos como una propiedad de la que pueden disponer libremente, desconociendo con ello la declaración que expresamente proclama la dignidad humana fundamental del niño como persona.

La Convención sobre los Derechos del Niño declaró que las niñas y los niños son titulares de sus derechos, lo que los convierte en protagonistas participantes de su propio desarrollo, y no en mera cosas u objetos de la propiedad de quienes les dieron la vida, y que creen que lo que les dan es una simple manifestación de su caridad.

Actualmente el termino menor tiene la condición de ser un objeto o cosa, lo cual debería cambiar por el término de niños, niñas y adolescentes, ya que son considerados sujetos de derechos, a la vez tienen derechos que les protegen cuando son vulnerados sus derechos.

Instrumentaliza al niño

Cuando uno de los padres utiliza al menor como un arma o un medio para vengarse del otro, o para castigarlo, lo que hace es convertir al niño en instrumento de tan mezquinos fines. La acción del padre que así actúa no toma en consideración al niño, no le importan las consecuencias que para el

niño pueda tener su criticable acción, sólo le interesa causar daño al otro, y, para eso, el bienestar del instrumento es lo de menos.

Esto no debería estar ocurriendo en la realidad por cuanto es imprescindible dar seguridad y garantía al niño, niña y adolescente.

2.2.1.5 Violencia Familiar

La violencia en la familia es aquella que nace del ejercicio desigual de la autoridad en las relaciones de poder que surgen en el núcleo familiar y que se ejecutan cíclica o sistemáticamente por un miembro de la familia, llamado agresor siempre que viva en el domicilio y que tenga vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato, o también cuando los padres se separan se le llama agresor y el otro llamado víctima, a través de la violencia física y psicológica. (Ginori, 2005)

Consideramos que es importante tener en cuenta que cuando se sustrae al menor, casi siempre es por medio de la violencia o con engaños y que dejan marcas imborrables de ese momento cuando fue arrebatado de las manos de uno de sus padres, y el hecho de que en lo futuro no cuente con el cariño y apoyo del mismo, deja cicatrices en la esfera psicológica del menor.

Esta acción produce varios daños emocionales a los que viven este drama familiar e incide en forma negativa en el desarrollo del menor. (Vela, 2005)

Causas de violencia física y psicológica familiar en la sustracción de menor

Entendamos que dichos comportamientos pueden presentarse cuando se produce la sustracción del menor (Peñaford, 2002):

1. Rechazo: Implica los actos verbales o no verbales de los progenitores que rechazan al niño. Incluye:

-Despreciar y otras formas no físicas de trato hostil. En ese sentido el menor es un instrumento. El rechazo que experimenta un niño/a que es sustraído por su progenitor, produce trastornos que son determinantes en su vida diaria.

-Avergonzar al niño(a) para que demuestre sus emociones hasta el punto que le afecte, tenga dolor o tristeza. Se niegan a mostrar sus verdaderas emociones.

2.- Aterrorizar:

Nos hace referencia a situaciones en las que se amenaza al niño, se intimida mediante castigo o diciéndole que los abandonarán o matarán, con el propósito de crear en él un miedo intenso. O colocar al niño, en situaciones evidentemente peligrosas. Incluye:

-Colocar al niño o niña en circunstancias impredecibles. El niño es desprotegido por la sociedad.

-Colocar al niño en situaciones evidentemente peligrosas. Continuos cambios de entorno para evitar ser localizados.

-Establecer hacia él unas expectativas no realistas, con la amenaza de pérdida, daño o peligro. La privación de toda interacción con el otro progenitor y con su medio ambiente incrementa en el niño los sentimientos de miedo, desconfianza y angustia, configurándose la dependencia afectiva del menor con el progenitor que lo ha sustraído. Aproximación aún más evidente al llamado Síndrome de Estocolmo que la apreciada en casos de obstaculización grave del derecho de visitas.

-Amenazar o cometer violencia contra el niño(a). Al niño sustraído se le arrebató de su entorno cotidiano, trasladándolo clandestinamente a otro lugar que no conoce, generalmente fuera del país de origen.

-Cometer violencia contra personas/objetos queridos por el niño(a).

3. Aislamiento: Se refiere a negar permanentemente al niño(a) las oportunidades para satisfacer sus necesidades de interactuar y comunicarse con otros niños o adultos, dentro o fuera del hogar. Incluye:

-Poner limitaciones no razonables sobre su libertad de movimiento en su entorno. En la mayoría de los casos de sustracción se convierte al menor en fugitivo.

-Poner restricciones no razonables al niño respecto a las interacciones sociales con otros niños o con adultos en la comunidad. En la sustracción de hijos menores se niegan las relaciones familiares; si el niño ha convivido siempre con un padre y una madre, no se le puede privar de esta relación (Gómez, 2000) aduciendo problemas de pareja no resueltos.

4. Violencia doméstica extrema y/o crónica: Se producen de manera permanente situaciones de violencia física y/o psicológica entre los padres en presencia del niño. En general, los niños que vivencian la violencia interparental presentan más problemas externos de conducta, ansiedad, depresión, síntomas traumáticos y una menor competencia social. La sustracción de los menores se convierte en una de las modalidades más graves de la violencia familiar, en esta línea Alonso (1999 y 2002) sugiere que el tratamiento de estos casos sea el mismo que el de otros fenómenos de violencia doméstica.

2.2.1.6. Análisis dogmático del artículo 147° del Código Penal

El delito de “sustracción del menor”, en la doctrina nacional y comparada, en la judicatura nacional y en el ámbito de la enseñanza jurídica se encuentra limitada a una breve referencia, tan breve que prácticamente pasa desapercibida.

Situación que prácticamente ha perjudicado su desarrollo como tipo penal, tanto doctrinario como jurisdiccional, al no haber estado acorde a la evolución de los conceptos manejados en el ámbito tutelar familiar.

Los sujetos que intervienen en el delito de sustracción de menor, según (Bermúdez, 2008):

a. Bien Jurídico.

Luis Bramont Arias, señala que la “libertad” es el bien jurídico a cautelar; sin embargo y en coincidencia con Luis Reyna, consideramos que el verdadero bien jurídico es la “patria potestad”, considerado aquél derecho como el vínculo de guarda, cuidado y responsabilidad que une al progenitor con su hijo.

Igualmente se señala su doble dimensión como derecho-deber y que cualquiera de estos ámbitos si es vulnerado, es posible de provocar una denuncia penal.

b. Agente Activo.

El sujeto activo solo puede ser el padre quien sustrae al menor.

c. Agente Pasivo.

En forma concordante el sujeto pasivo es el menor de edad, por cuanto sería imposible que ejerzan patria potestad el menor.

Probablemente el legislador haya incurrido en error en la descripción del tipo penal en el segundo párrafo del artículo 147° CP, al confundir “tenencia” con “patria potestad”, pero este error no puede generar una interpretación abierta, que en el derecho penal está proscrito.

d. Cómplices.

El segundo párrafo del artículo 147º CP, señala que los ascendientes del padre o madre (sujeto activo), pueden ser denominados como cómplices de este delito.

e. Acto típico

El artículo señala dos “actos” configuradores del tipo penal: “la sustracción” y el “rehusamiento de entrega”.

- Con el acto de sustracción, podemos entender todo acto cometido por el sujeto activo, conducente a “apartar”, “alejar”, “separar” a un menor de edad respecto del otro progenitor.

-Con el rehusamiento de entrega, podemos entender aquellas manifestaciones en las cuales el sujeto activo se resiste a variar “su” situación de tenencia efectiva sobre su hijo.

Observando esta regulación y vinculándola a los efectos prácticos, hay un error de comprensión en el sujeto activo, por cuanto con la devolución del menor, no perderá la patria potestad, sino que varía su relación jurídica al acceder a otra forma de vínculo, el cual es regulado judicialmente o extrajudicialmente por el régimen de visitas.

Este error del progenitor, invalida la configuración de “dolo”, por tanto.

Tanto el “agente activo”, el “agente pasivo” como el “acto típico” configuran el ***tipo objetivo del artículo 147º Código Penal.***

f. Tipo subjetivo

Nuestro sistema penal ha determinado que para que un agente encontrado culpable asuma una responsabilidad penal, debe haber configurado inicialmente la comisión de una “acción”.

Para que se realice tal “acción”, este agente debe estar en pleno uso de sus facultades para así determinar una “conciencia” y “voluntad” para él o ella.

Situación que nuestra jurisprudencia tanto ordinaria en la vía penal como constitucional lo ha confirmado, tal como se puede apreciar en la Jurisprudencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, Presidencia de Alva Orlandini, cuya sumilla es: “el principio de culpabilidad exige más que la simple afectación de determinados bienes jurídicos”, reconociendo el axioma “no hay pena sin dolo o culpa”, el cual exige que el actor (agente activo) haya actuado con voluntad de afectar [bienes jurídicos de los agentes pasivos]”.

Este elemento de análisis se toma en cuenta que para declararle una pena al sujeto activo debe haber culpa del delito que está cometiendo más no el elemento del “dolo” en los imputados de delitos de sustracción de menor.

g. Consumación/tentativa

Dado que es un delito de resultado, con lo cual concordamos en este punto con Luis Reyna, Luis Bramont Arias y Javier Villa Stein (Derecho penal. Parte especial. Lima: San Marcos, 1998); nos apartamos de la misma, al analizar el problema de la temporalidad en la determinación de la tentativa y consumación.

¿Cuándo el acto deja de ser una tentativa y se convierte en delito consumado? En este caso concreto el magistrado (juez) debe ponderar no

sólo los hechos materia de denuncia, sino eventualmente la comisión de otros delitos vinculados a este ámbito, como lo es la violencia familiar, en particular la psicológica en el progenitor afectado y sobre todo con los menores; lo cual no debería ser así, si modificáramos dicho artículo todo se adecuaría.

En forma complementaria, la violencia familiar ya de por sí está configurada, al existir una acción violenta de por medio, que puede ser física (sustracción en sí) o psicológica (amenazas o amedrentamientos)

El análisis del “tiempo razonable” por tanto representa un problema que sólo se puede analizar individualmente y exige un amplio criterio de interpretaciones a los magistrados.

h. Pena

A nuestro sistema penal es extraordinariamente lento para imponer una sanción penal dura, la reducida carga punitiva del tipo penal permite que se siga cometiendo delitos que hasta hoy no son denunciados como debe ser.

i. Aplicación de la pena

La pena en nuestro país no le da la debida importancia en este delito suscitado por cuanto pocos son los que denuncian.

j. Las partes involucradas

Dado que nos vamos a centrar, expresamente a la información que rodea al magistrado peruano, vamos a considerar los elementos “accesibles” para el análisis del tipo penal de “sustracción de menor”.

En este orden de ideas, consideramos como “personajes” que participan en el desarrollo del artículo penal, son:

“Menores”

De conformidad a la redacción del libro III del Código Civil vigente, el término “menores” es un concepto que la legislación penal ha importado, sin considerar la actualización de conceptos que ha planteado el Código del Niño y Adolescente, norma que se convierte en “específica” frente a la “genérica” del código sustantivo.

Bajo esta introducción, cuando en el tipo penal se describe al “menor de edad”, se debe hacer la adecuación conceptual a los niños y adolescentes que en detalle regula el CNA.

Progenitores

La referencia “mediando relación parental” permite limitar el ámbito de acción de los agentes sólo a los padres (tanto biológicos como por acción legal)

Parientes ascendientes

Al existir la referencia a “quien ejerza la patria potestad” se confunde el derecho de “tenencia” con la patria potestad, el cual sólo puede corresponder a los padres, mientras que el primer derecho puede ser ampliado a los ascendientes del menor, usualmente abuelos y tíos.

Por tanto, ni la ley ni la doctrina nacional han considerado a este “sector” invisible, que el legislador involuntariamente lo ha consignado como elemento a tutelar, respecto de su vinculación con sus descendientes (nietos o sobrinos). Problema que debe su origen a la confusión de conceptos civiles.

Terceros vinculados a un progenitor.

Si bien en el CP, no hay una apertura a terceras personas ajenas a una relación troncal con el “menor” respecto de la posibilidad de ser incluidos

como agentes pasivos o activos; existe una realidad social que los ubica en el ámbito de los personajes que rodean a los progenitores.

Las nuevas parejas estables, las parejas eventuales y hasta los amantes extramatrimoniales de los progenitores constituyen un elemento que difícilmente son considerados en el ámbito jurisdiccional, tanto en términos activos (por la unión con la persona que tiene el vínculo troncal con el menor) como negativo (respecto de las limitaciones al progenitor con el vínculo troncal con el menor).

Igualmente, la doctrina ha realizado una omisión inexplicable sobre el tema, como si el derecho no fuera reflejo de la realidad social.

Magistrados

En el ámbito penal no configura de ninguna forma explícita ni interpretación extensiva, sin embargo, la realidad de la práctica judicial los ubica en este sentido como “aliados” de los progenitores víctimas de violencia familiar, recurrentes a denunciar la sustracción de sus hijos.

Al respecto señalo (sólo por citar a modo de anécdota y referencia) que mientras ejercía la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, María Zavala Valladares, justificaba que sólo mujeres integraban los juzgados especializados de familia. Situación inexplicable, confusa por cuanto en la actualidad hay despachos en la misma corte, con magistrados varones. ¿Feminismo exagerado?

Ya en un contexto objetivo, el número de denuncias propuestas por las madres, que en términos objetivos es abrumadoramente mayoritario, ha provocado que los magistrados extiendan la percepción de que sólo las mujeres son las demandantes de los delitos contra la familia, sin considerar que en el ámbito jurídico, las excepciones son un mecanismo válido para

garantizar casos sui generis, es decir que los padres también puede denunciar cuando se sustrae al menor.

2.2.1.7. Principio del Interés Superior del niño, niña o adolescente

Según Ameghino (2009) en su artículo “Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y función normativa del Interés Superior del Niño”, llegó a la siguiente conclusión:

El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela

del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal - para un mayor bienestar de los niños pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio. En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior. Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños. Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado. También, la evolución de los instrumentos internacionales de los

derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Arts. 5 y 16). De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto. Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres. o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

Por otro lado, Peñaford (2002) en su artículo: "El Traslado Ilícito de menores en la crisis familiar: Aspectos Jurídicos y Psicológicos", llegó a la siguiente conclusión:

El Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente presenta las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna a los niños y las niñas debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las

autoridades –incluyendo cabildos y autoridades tradicionales–, instituciones públicas y privadas y a los padres y las madres; es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; y es una directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas.

En consecuencia, la triangulación que estoy prevaleciendo es de la argumentación jurídica en cuanto se debe entender que dicha teoría según Atienza, debemos probar lo que decimos con resultados reales y veraces, por ende, en la doctrina nacional y comparada, sobre las formas de violencia física y psicológica en la sustracción indebida de un menor, estoy afirmando que se debe tomar en cuenta las formas de violencia física y psicológica familiar.

2.2.2. Teorías:

2.2.2.1. Teoría de Protección Integral

El concepto de protección " se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades". La definición de éste autor está dirigida, sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado. Interesaría, además, formular una definición de protección integral a niños y adolescentes que entrañe las funciones y acciones intrínsecas de su prosecución socio-jurídica. Hecha esta breve consideración, nos aproximarnos a la definición de **Protección Integral** al considerarla como el conjunto de acciones, políticas, planes y

Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños, Niñas y Adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños(as) y adolescentes individualmente considerados o determinado grupo de niños(as) y adolescentes que han sido vulnerados en sus derechos (Buaiz, 2016)

Todo menor de dieciocho años de edad es sujeto de derecho de protección especial, requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, en mérito a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo que, por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a los padres la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano, como la promoción y preservación de sus derechos(incluido el de libertad personal) y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

2.2.2.2. Teoría Garantista:

Tomamos como referencia al profesor Luigi Ferrajoli para tratar de conceptualizar los derechos de la infancia y en particular el interés superior del niño en un ámbito garantista, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales. Lo cual, implica que los principios jurídicos garantistas "se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorio especialmente para las autoridades públicas y van dirigid[o]s precisamente (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí

llamamos principio del interés superior del niño debe meramente 'inspirar' las decisiones de las autoridades"; sin menospreciar a otros autores, cuyos méritos no pueden soslayarse, como las teorías de Kelsen, Hart, Rawls y Dworkin, que son un referente obligado para este análisis. Para el garantismo resulta relevante entre ser y deber en el derecho de validez y la eficacia de las normas son categorías diferentes entre sí, al igual que son diversas de la vigencia o existencia. Lo anterior influye en modelo de juez y jurista: el garantismo le exige una posición crítica frente a la ley y con el objetivo de evitar su eficacia precaria en el ordenamiento (Torres, 2007).

2.2.2.3. Teoría de Necesidad

Doyal y Gough adoptan una definición desde una perspectiva se afirma que las necesidades universales pueden resumirse en dos, salud física y autonomía, condiciones ambas indispensables para que una persona se integre de forma satisfactoria en una sociedad. Además, estas dos necesidades son interdependientes de tal manera que las no satisfacciones son interdependientes de tal manera que la no satisfacción de la una compromete a la otra, en la teoría que se acaba de resumir, el enfoque de necesidades no se opone en absoluto al enfoque de derechos en la concepción del desarrollo humano, por el contrario, las necesidades- no solo las de salud física, sino las de autonomía- se consideran el fundamento de los derechos humanos universales (Ochaita, 2012).

Como ya decíamos es necesario una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes, lo cual pretendía nuestro estudio sobre las necesidades para avanzar en la construcción de un marco teórico que permitiese fundamentar

los derechos de la infancia y servir de referencia a los estudios empíricos sobre el tema.

2.2.3. Normas

2.2.3.1. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores:

Deja las cosas bastantes claras y establece que los menores trasladados ilícitamente (es decir, sin el consentimiento del padre o la madre que tienen derecho de custodia o de visita) a un país que no es el de su residencia deben ser restituidos sin demora a su lugar de origen. Solo en casos excepcionales y bien tasados el país receptor puede negarse a devolverlos, nos hace referencia en **su Artículo 8**: Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. (Sáiz, 2014)

2.2.3.2. Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

"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."

Este principio nos invita a desprendernos de lo que hasta ahora habíamos considerado como ese interés, es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención. (Buaiz, 2016)

2.2.3.3. Constitución Política del Perú

Art. 4 - Protección del Niño:

Madre, Anciano, Familia y el Matrimonio:

De acuerdo a este artículo se protege al niño, adolescente, madre y anciano en abandono. Fijémonos que, como en los artículos anteriores, lo que se busca proteger aquí es la integridad de las personas, sin embargo, recalcaremos las siguientes diferencias: en el presente artículo se protege especialmente a las personas que, por algún motivo específico, requieren de ayuda. Tal es el caso de los niños, ancianos, adolescentes y madres en abandono, como ya lo dijimos, pero a su vez protege al matrimonio como una de las instituciones primordiales en la sociedad, siendo uno de los motivos el hecho de tener como finalidades la procreación y la educación de los hijos fundados en el amor y apoyo mutuo.

2.2.3.4. Código Civil:

De conformidad a la redacción del **libro III del Código Civil** vigente, el término “menores” es un concepto que la legislación penal ha importado, sin considerar la actualización de conceptos que ha planteado el Código del Niño y Adolescente, norma que se convierte en “específica” frente a la “genérica” del código sustantivo.

Bajo esta introducción, cuando en el tipo penal se describe al “menor de edad”, se debe hacer la adecuación conceptual a los niños y adolescentes que en detalle regula el CNA.

2.2.3.5. Código de Niños y Adolescentes

Artículo I del T.P.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

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

Artículo 4º.- A su integridad personal. - El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre

desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.

Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

2.2.3.6. Artículo 2 de la Ley N° 30364:

Artículo 7. sujetos de protección de la ley

son sujetos de protección de la ley:

b. los miembros del grupo familiar. entiéndase como tales, a los cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes; padrastros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

Artículo 8. tipos de violencia

Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son:

a) violencia física. es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o

que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

b) violencia psicológica. es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos.

2.2.4.- Jurisprudencia

2.2.4.1. Exp. N° 819-2005-PHC/TC:

Hay una confusión de los conceptos de “sustracción” con “secuestro”, **Exp. N° 819-2005-PHC/TC** que, sin deformar la sentencia, sí pudo haber provocado un error en la jurisdicción ordinaria, si tomamos en cuenta el cumplimiento obligatorio de sus decisiones.

Interpreta bien el TC al hacer correcto uso del “interés superior del niño” al considerar que no hubo violación de derechos, toda vez que el menor en cuestión está bajo cuidado de sus abuelos, valorándose la opinión de este de no querer vivir con su madre (por los castigos frecuentes) o con su padrastro (por que toma mucho y le castiga), a pesar de la referencia expresa de la edad cronológica (nueve años)

Bajo esta consideración la jurisprudencia constitucional provoca un último comentario, que no ha sido atendido ni por la judicatura ordinaria ni por la doctrina especializada.

Al tener el menor involucrado nueve (9) años, el Pleno del TC, ha considerado que esta edad es el límite positivo para ser “tomado en cuenta”, conforme la regulación señalada en el artículo 85º del CNA, dejándose en detrimento de derechos a los niños menores de nueve años, a quienes su opinión sólo será respetada con ser escuchada.

Si bien el TC ha generado una resolución muy importante para el ámbito de la especialidad familiar, no debemos dejar de considerar que estamos en un contexto diferente, como es el análisis de conceptos penales y existe un Habeas Corpus planteado de por medio.

2.2.4.2. Exp. N° 548-2000-HC/TC:

Sobre la base del análisis de la Resolución expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaraba la improcedencia del pedido de Habeas Corpus sustentado por el progenitor Arturo Chilín Rojas a favor de sus dos menores hijos, estoy de acuerdo con el fallo del TC, primero porque se hace un análisis derivado de:

- La referencia expresa a la vía competente para resolver conflictos de tenencia/patria potestad, el cual es el fuero ordinario.

Igualmente, el mecanismo aplicado por la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público es correcto, a razón de:

- Aplicación del interés superior del niño, niña y adolescente al permitirse la continuidad de la tenencia de los menores a los denunciados, con la referencia “los menores siempre estuvieron bajo la protección directa de los denunciados”.

No se hace referencia a la patria potestad, que no está en debate.

- Ponderación de derechos en debate, al existir dos posiciones contrapuestas: obstrucción del vínculo paterno filial con “el actor sostiene que los emplazados - denunciados vienen reteniendo a la fuerza a los menores, incluso han llegado al extremo de impedirle al

actor poder verlos y brindarles cuidado”, frente al interés superior del niño.

A pesar de que la Sala del PJ como el mismo TC no hayan tenido referencia alguna del concepto “obstrucción del vínculo paterno filial”, del desarrollo del caso y de los autos, se desprende que el padre no pudo sustentar la limitación de derechos de sus hijos y que su cuidado vía tenencia a favor de terceros familiares está protegido por la ley.

2.2.5 Diferencia entre Sustracción y Secuestro

Según el jurista Pérez, J. (2016) en su artículo de investigación: ¿Puede cometer delito de secuestro los progenitores respecto de sus hijos menores de edad?, llegó a la siguiente conclusión:

En las últimas semanas se han difundido a través de los diferentes medios de comunicación dos noticias cuyos protagonistas han sido padres que fueron procesados por la comisión del delito de secuestro, y, que, por requerimiento del Ministerio Público, el Poder Judicial ordenó prisión preventiva.

El caso de Delia Flores:

El primero de estos dos casos ocurrió en la región de Arequipa y motivó una gran indignación. Delia Flores fue detenida por intentar inscribir en el Registro Civil a un menor de tres meses de nacido- como su hijo-, sin la constancia de nacimiento y utilizando documentos fotocopiados, Las autoridades policiales “sospecharon” que el menor era un niño raptado en un centro de salud en el mes de octubre pasado. Flores estuvo detenida por una semana, ordenándose su ingreso al Establecimiento Penitenciario de Pucchun, por la presunta comisión del delito de secuestro agravado,

obteniendo su libertad cuando se determinó, en los resultados de la prueba de ADN, que era la verdadera madre del niño.

El caso de Dustin William Kent:

El segundo caso tuvo como protagonista al ciudadano norteamericano Dustin William Kent, quien llegó al Perú con la finalidad de recuperar a su hija de cinco años de edad, sustraída en los Estados Unidos por su ex esposa y madre de la menor, quien la trasladó incumpliendo una orden emitida por un Tribunal de Justicia que otorgaba la custodia de la niña al padre. Kent fue detenido por la Policía Nacional y la niña entregada a la madre sin tomar en consideración a quién le correspondía la tenencia legal. El Poder Judicial ordenó dos meses de prisión preventiva para el progenitor por participar en el delito de secuestro agravado (delito penado con cadena perpetua); el Ministerio Público solicitaba 18 meses de esta medida coercitiva de carácter personal, lo que en verdad no se entiende de un órgano considerado “defensor de la legalidad”.

En los dos casos narrado, es imprescindible determinar jurídicamente y penalmente si los progenitores pueden ser autores o partícipes de la comisión del delito de secuestro. La respuesta es que no, puesto que este ilícito, que se encuentra contemplado en el artículo 152 del Código Penal, sanciona al sujeto activo que priva de la libertad personal a otra persona “sin derecho, motivo ni facultad justificada”.

Por lo tanto, los progenitores sí contarían con derecho, motivo o facultad justificada, incluso reconocida constitucionalmente, por lo que no podrían ser autores ni partícipes del secuestro de sus propios hijos. En efecto, el segundo párrafo del artículo 6° de nuestra Carta Magna reconoce como deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. En ese sentido, las leyes y normas, sobre la base del texto

constitucional también reconoce los derechos y deberes al progenitor; por ejemplo; el Código Civil en su artículo 235°, primer párrafo, indica literalmente que los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades; y el artículo 74° del Código de Niños y Adolescentes se refiere también a los deberes y derechos de los padres con mayor especificidad.

Desde el punto de vista el notable jurista Gunther, J (2005), nos estipula que “la relación de padres e hijo descansa en la base social: en todos los ordenamientos en los que (1) 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. Esto parece prácticamente evidente, y por ello se habla en algunas ocasiones de un vínculo natural. Los deberes tienen un alcance marcado por la medida en la que padres e hijo practican un mundo común, es decir, que en una primera fase son omnicomprensivos: los padres deben alimentar, cuidar, educar, apartar de él enfermedades y riesgos, también aquellos que deriven de la conducta de otras personas o del otro progenitor; además existe un deber de cuidado patrimonial (...). Los deberes van reduciéndose conforme se incrementa la autorresponsabilidad del hijo y concluye con su mayoría de edad, puesto que a partir de ese momento el hijo no está obligado a obedecer a su padre”. El delito que sí podrían cometer los progenitores, respecto a sus menores hijos, por principio de especialidad, sería el de sustracción de menor, que se encuentra contemplado en el artículo 147° del Código Penal, siempre y cuando uno de los padres ejerza la patria potestad y el otro sustraiga al menor hijo o rehusé entregarlo al que posea el derecho, este ilícito penal cuenta con una pena máxima de dos años.

Concluye que:

En la actualidad es necesario y primordial cambiar el artículo referido, por cuanto al momento de la comisión del delito se da en forma de violencia ya sea física y/o psicológica, lo cual solo se perjudica al niño, niña y adolescente.

En los casos planteados, se ordenó la prisión preventiva de los progenitores por el delito de secuestro agravado, lo cual es injusto. Estas decisiones del Poder Judicial son motivadas o por la presión que ejercen los medios de comunicación (ambos fueron casos mediáticos), o porque existen algunos operadores de justicia que impulsan un derecho penal paternalista, que sea la respuesta a todos los problemas sociales, olvidándose del principio de intervención mínima, que considera que el derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurra para proteger determinados intereses -considerados bienes jurídicos-, siempre que no existan formas de control social menos lesivas, esto, por la violencia que ejerce en los ciudadanos, lo que implica, incluso, como en los casos mencionados, la restricción de la libertad personal, lo que no ocurre con ninguna otra rama de derecho.

Concluye que:

Peligrosas consecuencias

Toda interpretación jurídica de los tipos penales, como es el caso del delito de secuestro, de acuerdo a la doctrina, debe partir de una referencia a un sistema social de convivencia humana. La norma penal solo debe comprenderse dentro de ese marco porque existe la necesidad de coexistencia de la persona humana con los demás para alcanzar sus fines y

satisfacer sus necesidades individuales y autorrealización personal. En los casos señalados, los imputados son los progenitores, los que tienen el deber y derecho de salvaguardar los intereses de sus menores hijos. No se ha considerado, además, el perjuicio que se les podría ocasionar a los menores al privárseles de libertad a sus padres, en el aspecto moral y con relación a su cuidado. Asumir que los progenitores pueden cometer el delito de secuestro respecto de sus menores hijos, generaría peligrosas consecuencias para la familia, por ejemplo, que el padre sea denunciado si castiga a su hijo con no salir el fin de semana a una fiesta con sus amigos.

La Atipicidad de la conducta

En las situaciones antes mencionadas, se plantean dos cuestiones: primera, si quien realiza la conducta contando con el permiso o autorización de la autoridad (Kent contaba con la custodia de su hija por resolución judicial de su país) u observando las normas extrapenales ha de quedar impune en virtud de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (autorización justificante). Segunda, si la conducta es ya antes atípica (autorización excluyente del tipo). Desde mi punto de vista, en ambos casos, los hechos serían atípicos al no cumplirse con todos los elementos del tipo penal de secuestro; particularmente, la existencia del derecho, motivo y facultad justificada para configurar el ilícito.

Cuando, por un lado, la normatividad ordena a realizar conductas a las personas, y por el otro, las castiga si las realizan, se tiene que preponderar

uno de esos mandatos, resolviéndose tal contradicción a favor de la licitud del comportamiento.

Por consecuencia, si existe diferencia entre secuestro y sustracción, en el primero no lo comete el progenitor por cuanto el sujeto activo puede ser cualquier persona, en cambio en la sustracción el progenitor si puede cometer este delito ya que un elemento primordial para este delito de acción es necesario la relación parental entre el sujeto activo y sujeto pasivo

2.2.6. Definición Conceptual de la terminología empleada:

Según Cáceres (1994) en su Diccionario jurídico nos da las siguientes definiciones conceptuales:

a. Menor:

La palabra 'menor' es un adjetivo que significa 'más pequeño o chico que otro', podemos entonces entender por qué los niños reciben legalmente el nombre de 'menores de edad', siendo por cierto una de las denominaciones más comunes que se les atribuye.

Según (Castillejos, 2011) debemos entender la terminología menor diciendo que para muchos estudios defensores de la infancia, el término menor se ha interpretado como un "sello" para marcar la condición social de niños, niñas ya adolescentes; éste se utiliza para referirnos a los que no tienen suerte de contar con oportunidades. Por esta razón es que surge el debate interdisciplinario entre profesionales que trabajan de cerca con la infancia y

juventud en América Latina, donde se insiste cada vez más la necesidad de hablar de niños, niñas y adolescentes, en lugar de seguir estigmatizando y reforzando una supuesta condición denigrante al utilizar el término menor para referirnos a éstos; sin embargo, hablar de cambios en la utilización de la terminología jurídica , empleada para referirnos a este grupo de personas, implica modificaciones no sólo de carácter social y cultural, sino también legislativa; por ello la finalidad de obtener y determinar si es que existe ambigüedad y confusión en la norma sobre el uso que se le da al concepto menor, y por la tanto la necesidad de hacer reformas a éstas en el delito de sustracción.

b. Protección al Menor:

Aunque la protección jurídica del menor compete fundamentalmente al Derecho Civil (ya que esta rama del Derecho es la que regula las distintas instituciones de protección del menor: patria potestad, tutela, curatela, guarda, etc.; así como su capacidad de obrar y sus derechos de la personalidad); el estudio de la protección "jurídica" del menor no estaría completo sin hacer referencia a la protección que dispensan al menor y a sus derechos las normas penales.

En efecto, la infracción de los deberes derivados de las relaciones paterno filiales (así como de las demás instituciones de protección del menor) con respecto a la protección, custodia, alimentación y cuidado del menor de edad, aparte de sus consecuencias jurídico privadas, ya estudiadas (suspensión o privación de la patria potestad; pérdida del derecho de alimentos y de derechos hereditarios frente al hijo; suspensión del régimen

de visitas; privación de la guarda y custodia del menor; etc.), es sancionada penalmente.

d. Violencia. i. (Del latín, violentia.)

La violencia fue asociada desde tiempos muy remotos a la idea de la fuerza física y el poder. Los romanos llamaban vis, vires a esa fuerza, al vigor que permite que la voluntad de uno se imponga sobre la de otro. Vis tempestatis se llama en latín el ‘vigor de una tempestad’. En el Código de Justiniano se habla de una ‘fuerza mayor, que no se puede resistir’ (vis magna cui resisti non potest).

Vicio del consentimiento que consiste en la coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra, con el objeto de que ésta dé su consentimiento para la celebración de un contrato que por su libre voluntad no hubiese otorgado.

La violencia debe ser originada en hecho del hombre: la expresión “cuando se *emplea*” implica el acto realizado conscientemente por un ser racional. Las fuerzas de la naturaleza quedaban excluidas del concepto de violencia como vicio del consentimiento, aunque pueden estar relacionadas con el concepto de estado de necesidad; igual consideración vale para las fuerzas económicas, o de cualquier naturaleza ajena a la del hombre.

e. Violencia física

La agresividad es un componente biológico del hombre, la cual se denomina: conciencia y voluntad de hacer daño, ha llegado a definirse como una agresividad patológica. También se entiende como la fuerza que se ejerce sobre alguien o sobre la colectividad con intención de obtener algo que con la palabra o el derecho no se ha conseguido.

f. Violencia psicológica

El concepto de violencia psicológica es un concepto social que se utiliza para hacer referencia al fenómeno mediante el cual una o más personas agreden de manera verbal a otra u otras personas, estableciendo algún tipo de daño a nivel psicológico y emocional en las personas agredidas.

MODELOS DE TRIANGULACIONES

- 1. TEORIA, NORMA Y JURISPRUDENCIA**
- 2. TEORIAS**

PROPOSICIONES TEÓRICAS:

- 1.- TEORÍA: Proteccionista (Yuri Buaiz)
- 2.- NORMA: Art. 4 - Protección del Niño de la C.P.P y Artículo IX del T.P.- Interés superior del niño y del adolescente del CNA
- 3.- JURISPRUDENCIA: Exp. N° 819-2005-PHC/TC

INTERPRETACIONES:

- 1.- En el marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social, para las personas, permite aproximarnos a la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación (Buaiz V. Yuri. 2007, Pág. 2).
- 2.- De acuerdo a este artículo 4 se señala que se protege al niño, adolescente, madre y anciano en abandono. Lo cual es una protección especial de las personas que, por algún motivo específico, requieren de ayuda y el artículo IX estipula que se considere niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario (C.P.P y CNA).
- 3.- Hay una confusión de los conceptos de "sustracción" con "secuestro", Exp. N° 819-2005-PHC/TC que sin deformar la sentencia, sí pudo haber provocado un error en la jurisdicción ordinaria, si tomamos en cuenta el cumplimiento obligatorio de sus decisiones. Interpreta bien el TC al hacer correcto uso del "interés superior del niño" al considerar que no hubo violación de derechos, toda vez que el menor en cuestión está bajo cuidado de sus abuelos, valorándose la opinión de este de no querer vivir con su madre (por los castigos frecuentes) o con su padrastro (por que toma mucho y le castiga), a pesar de la referencia expresa de la edad cronológica (nueve años) Bajo esta consideración la jurisprudencia constitucional provoca un último comentario, que no ha sido atendido ni por la judicatura ordinaria ni por la doctrina especializada.

RELACIONES EMPÍRICAS:

- 1.- Se relaciona la teoría con la norma porque ambas dan seguridad y protección al menor dándole justicia social, equidad, prioridad absoluta, solidaridad al respeto de sus derechos.
- 2.- Se relaciona la norma con la jurisprudencia porque ambas hacen uso correcto del interés del niño a favor del menor ya sea niño o niña y adolescente.
- 3.- La teoría con la norma se asemeja en el marco de la ley que es garantía hacia al menor.

CONTRASTE:

- 1.- Efectivamente existe diferencia entre la teoría y la norma ya que la legislación prevalece la norma sobre, en este caso prima la Constitución.
- 2.- Asimismo existe diferencia entre la teoría y jurisprudencia, puesto que uno es la idea de justificar la protección al menor y la otra es un precedente vinculante que se puede tomar en cuenta en un caso concreto.
- 3.- Que dicha teoría se basa en argumentación jurídica del autor mencionado dando sus justificaciones y la jurisprudencia se basa en el fallo del juez para que se tome en cuenta en otros casos similares de sustracción de menor.

SELECCIÓN DE PROPUESTAS:

- 1.- Que se considere como fundamento base el Principio de Interés Superior del Niño sobre otros principios.
- 2.- La teoría y la norma sean consideradas por igual cuando sea un caso concreto.
- 3.- Que sea considerado la sustracción indebida de un menor como forma de violencia física y psicológica familiar en el marco de la ley.

CONCLUSIONES:

- 1.- Este Principio ya mencionado en líneas arriba es fundamental y trascendental ya que ayudará a que el menor necesariamente cuenta con una protección especial en nuestra legislación.
- 2.- Que también sea considerado con precedente la teoría
- 3.- Que el legislador considere mi propuesta de modificar parcialmente el art. 147° de sustracción de menor del Código Penal.

PROPOSICIONES TEÓRICAS:

- 1.- TEORÍA GARANTISTA (FERMÍN)
- 2.- TEORÍA PROTECCIONISTA (IGNACIO CAMPOY CERVERA)
- 3.-TEORÍA DE NECESIDAD (ESPERANZA)

INTERPRETACIONES:

- 1.-Para el garantismo resulta relevante entre ser y deber en el derecho de validez y la eficacia de las normas son categorías diferentes entre sí, al igual que son diversas de la vigencia o existencia. Lo anterior influye en modelo de juez y jurista: el garantismo les exige una posición crítica frente a la ley y con el objetivo de evitar su eficacia precaria en el ordenamiento (Torres Z, Fermín. 2007. Pág.103).
- 2.- En el marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social, para las personas, permite aproximarnos a la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación (Buaiz V. Yuri. 2007, Pág. 2).
- 3.-Doya y Gough adoptan una definición desde una perspectiva se afirma que las necesidades universales pueden resumirse en dos, salud física y autonomía, condiciones ambas indispensables para que una persona se integre de forma satisfactoria en una sociedad. Además estas dos necesidades son interdependientes de tal manera que la no satisfacción son interdependientes de tal manera que la no satisfacción de la una compromete a la otra, en la teoría que se acaba de resumir, el enfoque de necesidades no se opone en absoluto al enfoque de derechos en la concepción del desarrollo humano, por el contrario, las necesidades- no solo las de salud física, sino las de autonomía- se consideran el fundamento de los derechos humanos universales (Ochaita A., Esperanza 2012, Pág. 28-29).

RELACIONES EMPÍRICAS:

- 1.-Se relaciona la teoría 1 con la teoría 2 porque ambas dan eficacia de las normas en atención a la protección y garantía hacia la menor.
- 2.-Se relaciona la teoría 2 con la teoría 3 porque ambas se basan de una perspectiva de igualdad y justicia social de las necesidades universales del niño.
- 3.-La Teoría 1 se asemeja con la teoría 2 en cuanto prevalecen ser garantista y dar protección al menor sobre otras personas, lo cual tiene su fundamento en los principios universales.

CONTRASTE:

- 1.-Efectivamente existe diferencia entre la teoría 1 y teoría 2 ya que uno prevalece ser garantista entre el ser y deber del derecho de validez y eficacia de las normas y el otro considera primordial la protección al menor con el Principio Superior del Niño.
- 2.-Asimismo existe diferencia entre la teoría 2 y teoría 3, puesto que uno aporta una propuesta idónea y coherente al momento de que el juez se exige una posición crítica frente a la ley a favor del menor y el otro debe ser justo y igual prevaleciendo el Principio del Interés Superior del Niño sobre otros principios.
- 3.- Que dicha teoría 1 se basa en una investigación netamente de argumentación jurídica en cambio la teoría 2 y teoría 3 se basan en fundamentos facticos.

SELECCIÓN DE PROPUESTAS:

- 1.- Que el menor y sus derechos que le otorga el Estado sea garantista a momento que se le vulnera o agrede su derecho.
- 2.-Que el menor sea protegido por la Constitución y los códigos civiles, penales, entre otros, lo cual prevalezca cuando existe vacío legal o deficiencia de la norma prime los principios universales que favorezca al menor.
- 3.- Cuando se encuentre en estado de necesidad de salud física y autonomía el menor sea considerado incapaz absoluto y por ende el Estado debe proteger sus intereses.

REFORMULACIÓN DE LAS TEORÍAS:

- 1.- Al ser garantista significa la validez y eficacia de la norma puesto que ayuda a que el juez tenga una posición crítica, con el objetivo de evitar ineficacia e invalidez.
- 2.- Al ser proteccionista los derechos humanos prevalecen los principios universales al momento de proteger al menor.
- 3.-Al ser una necesidad se enfoca en el desarrollo de los derechos humanos universales que dan seguridad al menor sobre otras personas.



CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Método

3.1.1. El tipo de investigación:

El tipo de investigación es **Básica o Pura o Científica o Fundamental**. Perteneciente al “contexto del descubrimiento”.

Incrementa los conocimientos teóricos, sin interesarse directamente en sus posibles aplicaciones prácticas inmediatas: conocimiento por conocimiento. Ejs: identidad de amino ácidos, estructura de membrana, cuantificación de pilis, identidad de interleukinas, etc. (Rojas, M. 2010)

3.1.2. El diseño de investigación:

El diseño de investigación es **descriptivo transversal**, lo cual consistió en recolectar datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como tomar una fotografía de algo que sucede. (Hernández, 2014)

Es descriptivo-transversal porque cuenta con dos dimensiones, por lo cual estudiare a distintos sujetos según sus edades en un mismo tiempo.

Este esquema sería el siguiente:

M1-----	O1	
M2-----	O2	
M3-----	O3	T (M)
M4 -----	O4	

3.2. Población

Según Hernández y et al. (2014), puede existir una deficiencia cuando se presenta en algunos trabajos de investigación que no han descrito lo suficiente sus características de la población o consideran que la muestra la representa de manera automática. Es preferible entonces establecer con claridad las características de la población, con la finalidad de delimitar cuáles serán los parámetros muestrales.

La población está conformada por 30 abogados del Colegio de Abogados de Limar Sur. Estos abogados son especialistas en materia penal y familia.

3.3. Muestra

Parta de que el objetivo básico del Muestreo Probabilístico es entender el comportamiento de determinado fenómeno, así como el grado de precisión con que se conoce, es decir, se desea estimar lo mejor posible el valor de una determinada variable y conocer la magnitud del posible error que esté cometándose.

Por tanto, cuando sea necesario contar con el grado de representatividad de una muestra, así como con los errores de muestreo, es recomendable el uso de un muestreo probabilístico. (Pérez, 2010)

Para el presente estudio se consideró un tipo de Muestreo Probabilístico por Aleatorio Simple del investigador:

Teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a.- Profesionales que tengan la especialización de tal área
- b.- Profesionales que estén litigando más de cinco años en dicha área a más.

c.- Abogados que se dedican a trabajar independientemente en un estudio jurídico.

La muestra en total es de 15 personas especialistas en la materia.

3.3.1. Tipo de muestra

El Muestreo Probabilístico en este caso es un muestreo por Aleatorio Simple El muestreo aleatorio simple es el más sencillo de los métodos probabilísticos, que permite obtener estimaciones de alguna característica de la población, así como una medida de la confianza y error de las estimaciones hechas. (Pérez, 2010)

3.4. Hipótesis

3.4.1. Hipótesis general

Hi: La violencia física y psicológica familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ho: La violencia física y psicológica familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

3.4.2. Hipótesis específicos

1)

Hi: La violencia física familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ho: La violencia física familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

2)

Hi: La violencia psicológica familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ho: La violencia psicológica familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

3.5. Variable

3.5.1. Tipo de variable

La variable es Atributiva porque es factible de valorarse o medirse:

Sustracción indebida de un menor

3.5.2. Operacionalización de variable:

LA OPERACIONALIZACION ES UNA REFERENCIA PARA EL CUESTIONARIO QUE SE ENCUESTO A LOS ESPECIALISTAS DE LA MATERIA.

Items	Abg 1	Abg 2	Abg 3	Abg 4	Abg 5	Sumatoria	Valor (V)
Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia física familiar(si, no) ¿En qué forma sucedió?	2	2	2	2	1	9	0.9
Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo sea el padre o la madre (siempre,casi siempre, a veces, nunca) ¿Por Que? (Hay dos preguntas tanto para el padre y madre)	2	2	2	2	1	9	0.9
¿Qué tipo de violencia física familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor? (Aterrorizar, abofeteo, patear, empujar, escupir , jalar el cabello,golpear las manos, codos, o cabeza, lanzar objetos y usar objetos para golpear o agredir) ¿Por qué?	2	2	2	2	2	10	1
Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia física familiar como agravante de la sustracción de menor?(siempre, casi siempre, a veces, nunca) ¿Por qué?	2	2	2	2	1	9	0.9
Usted cree que la pena debe ser pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años cuando incurran en el delito de sustracción de menor (si, no) ¿Por qué?	2	2	2	2	1	9	0.9
Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia psicológica familiar (si,no) ¿Por qué?	2	2	2	2	1	9	0.9
Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica y el sujeto activo sea la madre o el padre (siempre,casi siempre, a veces, nunca) ¿Porqué? (Hay dos preguntas tanto para el padre y madre)	2	2	2	2	1	9	0.9
¿Qué tipo de violencia psicológica familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor? (Rechazo, aislamiento, poner limitaciones no razonables, la manipulacion mental, negligencia, acoso, rechazo y privacion de la libertad) ¿Por qué?	2	2	2	2	2	10	1
Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia psicológica familiar como agravante de la sustracción de menor? (si,no) ¿Por qué?	2	2	2	2	1	9	0.9
Usted cree que la sustracción de menor el sujeto pasivo sea niños(as) de 4 a 9 años y sufran consecuencias mayores a su salud mental este tipo de violencia psicologica familiar (si,no) ¿Por qué?	2	1	2	2	1	8	0.8
							0.91

3.6. Técnicas e instrumentos de investigación

3.6.1.- Técnica:

La técnica que se utilizó en el presente proyecto es la encuesta puesto que es el tipo de encuesta personal para cada uno de los abogados de Lima Sur donde darán su apreciación si están de acuerdo con modificar el artículo ya mencionado.

Asimismo, se utilizó la técnica de análisis de contenido, para verificar la norma y la jurisprudencia en mi tesis.

3.6.2.- Instrumento:

El instrumento de investigación que se utilizó para obtener la recopilación de datos es el cuestionario con preguntas cerradas y abiertas.

Igualmente se utilizó como instrumento la matriz de análisis de contenido para verificar la jurisprudencia y norma sean las correctas.

3.7. Procedimiento de análisis estadístico de datos

3.7.1.- El procesamiento de datos es el siguiente:

1. Se seleccionó a las personas a quien se aplicó el instrumento por ser Muestreo Probabilístico de Aleatorio Simple.
2. Se contactó a los especialistas.
3. Se administró cuantos cuestionarios solo se encuestó.
4. Se recolectó la información durante la semana a los especialistas encuestados.
5. Se aplicó de manera personalizada un día a cada especialista.

3.7.2.- Análisis estadístico de datos:

Luego de haber procesado la información, se utilizó barras para las preguntas cerradas y tablas para el análisis de preguntas abiertas, cuyo fin en la primera es identificar los porcentajes y en la segunda se procedió a la descripción e interpretación de las tablas. Al respecto se procedió a la realización de una lectura comprensiva para identificar que el problema planteado en la tesis es viable.

Por último, se realizó la triangulación entre los datos del cuestionario y de la matriz de análisis de contenido con el propósito de comprobar mi hipótesis.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Resultados de investigación:

Según Briones, G. (1995) nos estipula que Guttman desarrollo una técnica para la medición de actitudes en una dimensión única. Se le conoce como **Escalograma de Guttman**. Lo cual es este caso lo aplique en mi cuestionario, ya que, se caracteriza por medir la intensidad de la actitud a través de un conjunto de ítems.

La escala es unidimensional siempre y cuando sea de carácter acumulativo, es decir, que los ítems que la integran posean un escalamiento perfecto. Lo anterior se refiere a que los conjuntos de ítems están encadenados entre sí de tal forma que si una unidad de análisis expresa estar de acuerdo con el primer ítem deberá estar de acuerdo con el resto de ítems que constituyen el escalograma. Los ítems se ordenan de mayor a menor intensidad.

El instrumento se aplicó a 15 abogados especialistas de la materia.

El objetivo fundamental de la presente investigación es determinar que verdaderamente existe agravantes como forma de violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor, para lo cual presentamos a continuación los resultados los cuales están con sus respectivas tablas y cuadros estadísticos dados de manera objetiva. Todo ello en función a las hipótesis planteadas, respondiendo a ella con los niveles de probabilidades.

PREGUNTAS CERRADAS

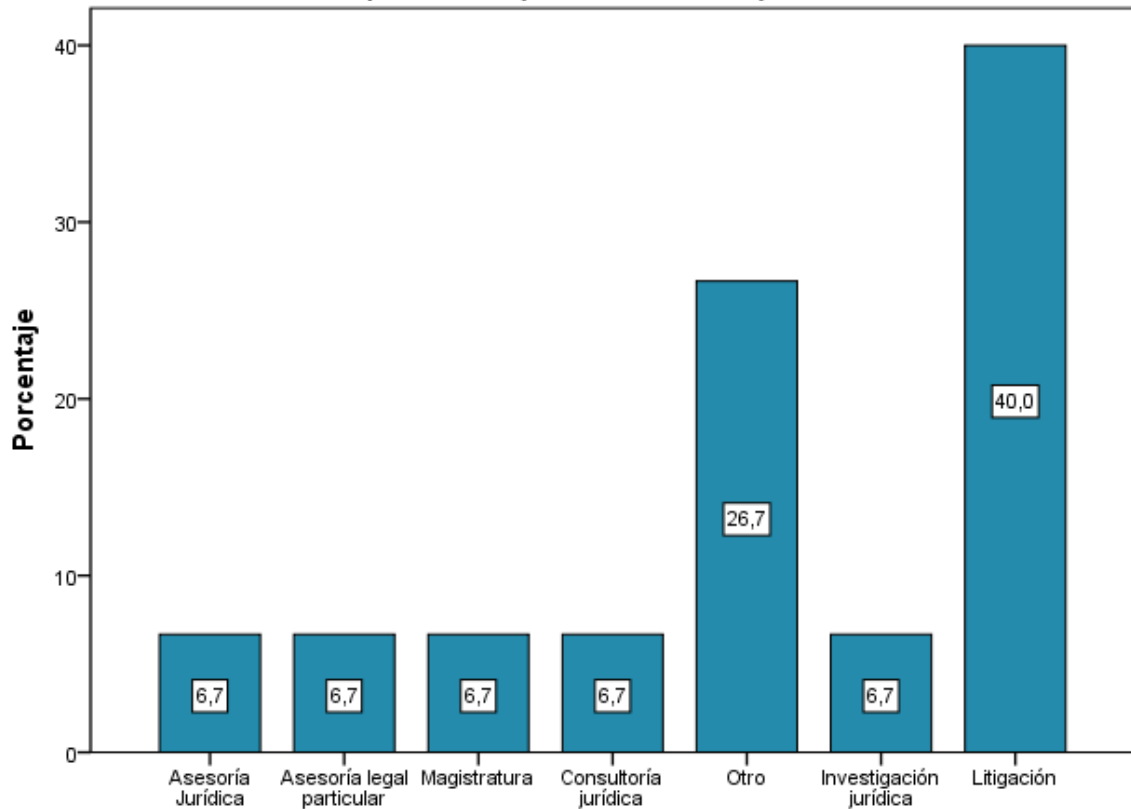
RESULTADOS DE LA ENCUESTA

1.1 Actividad que realiza (la más frecuente) en su carrera

Actividad	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Asesoría Jurídica	1	6,7	6,7
Asesoría legal particular	1	6,7	13,3
Consultoría jurídica	1	6,7	20,0
Otro	4	26,7	46,7
Investigación jurídica	1	6,7	53,3
Litigación	6	40,0	93,3
Magistratura	1	6,7	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

1.1 Actividad que realiza (la más frecuente) en su carrera

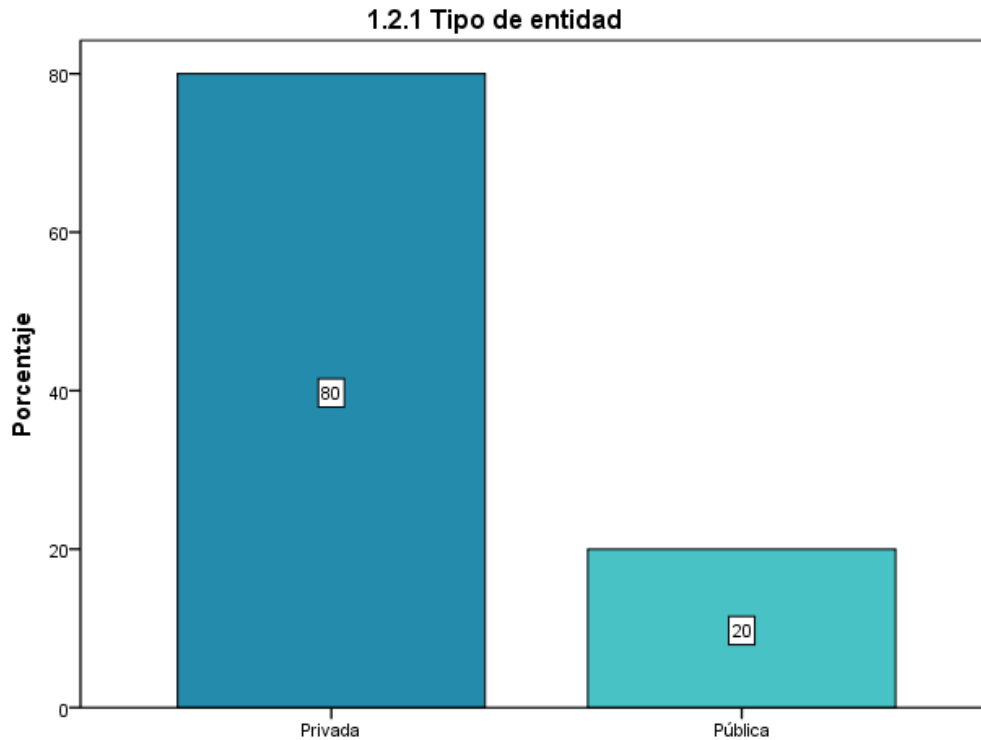


Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 40% de ellos se dedican a actividades de “Litigación” en su carrera, otro 33,3% se dedican a actividades como Asesoría jurídica, Asesoría legal particular, Consultoría jurídica, Investigación jurídica y Magistratura, y el 26.7% restante se dedican a otras actividades.

1.2 Entidad donde labora

Entidad	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Privada	12	80,0	80,0
Pública	3	20,0	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

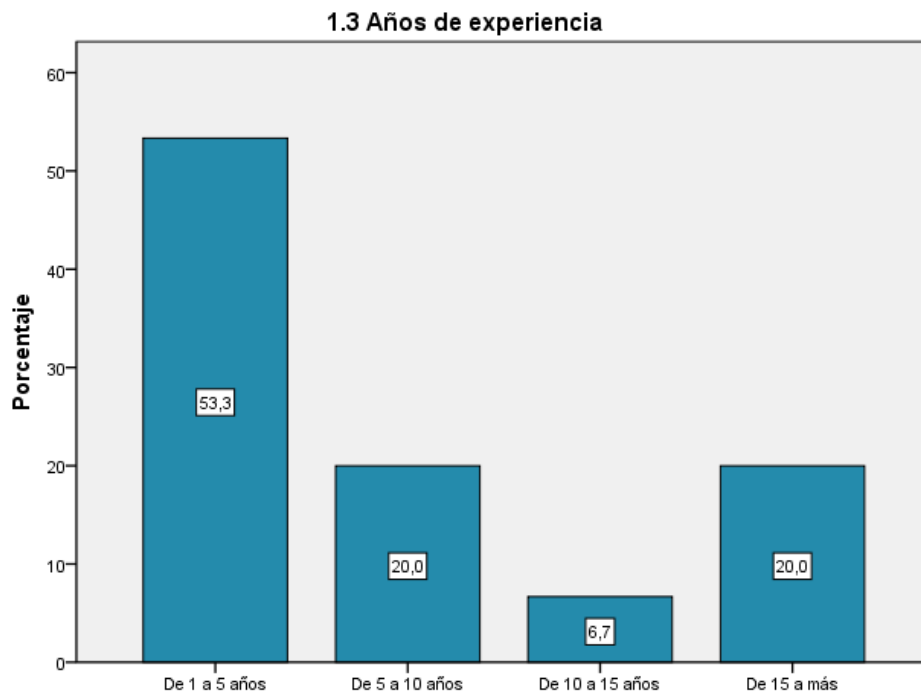


Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 80% de ellos trabajan en entidades privadas, mientras que el 20% restante trabajan en entidades públicas, tales como la Municipalidad de Lurín y Organismos Reguladores.

1.3 Años de experiencia

Años	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
De 1 a 5 años	8	53,3	53,3
De 5 a 10 años	3	20,0	73,3
De 10 a 15 años	1	6,7	80,0
De 15 a más	3	20,0	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

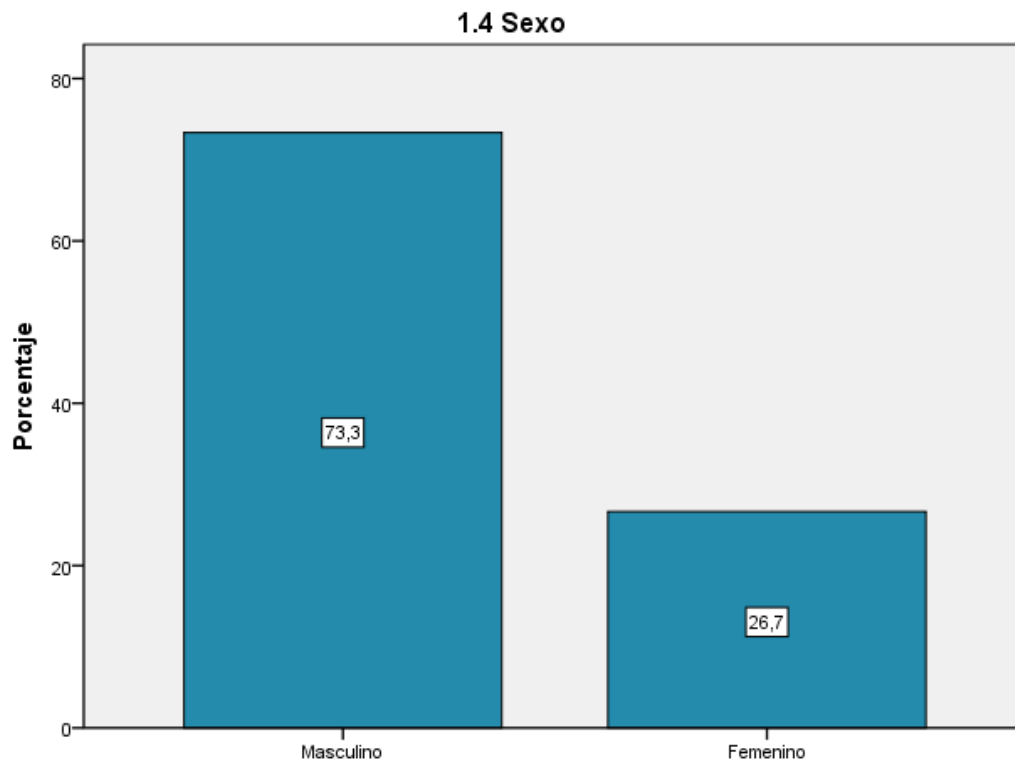


Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 53,3% tienen menos de 5 años de experiencia como trabajador, el 20% tiene entre 5 y menos de 10 años de experiencia, el 6,7 % tiene entre 10 y menos de 15 años de experiencia y el 20% restante tiene de 15 a más años de experiencia.

1.4 Sexo

Sexo	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Masculino	11	73,3	73,3
Femenino	4	26,7	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario



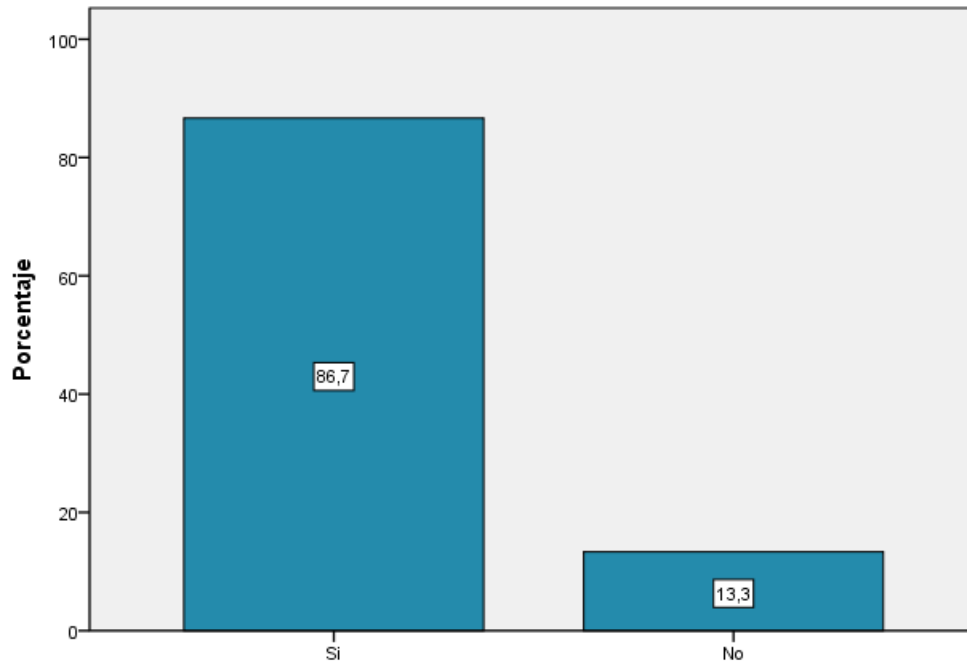
Interpretación: De un total de 15 de encuestados, 11 son del sexo masculino que representan al 73,3% del total y 4 son del sexo femenino que representa al 26,7% del total.

2.1 ¿Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia familiar?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Si	13	86,7	86,7
No	2	13,3	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.1 ¿Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia familiar?

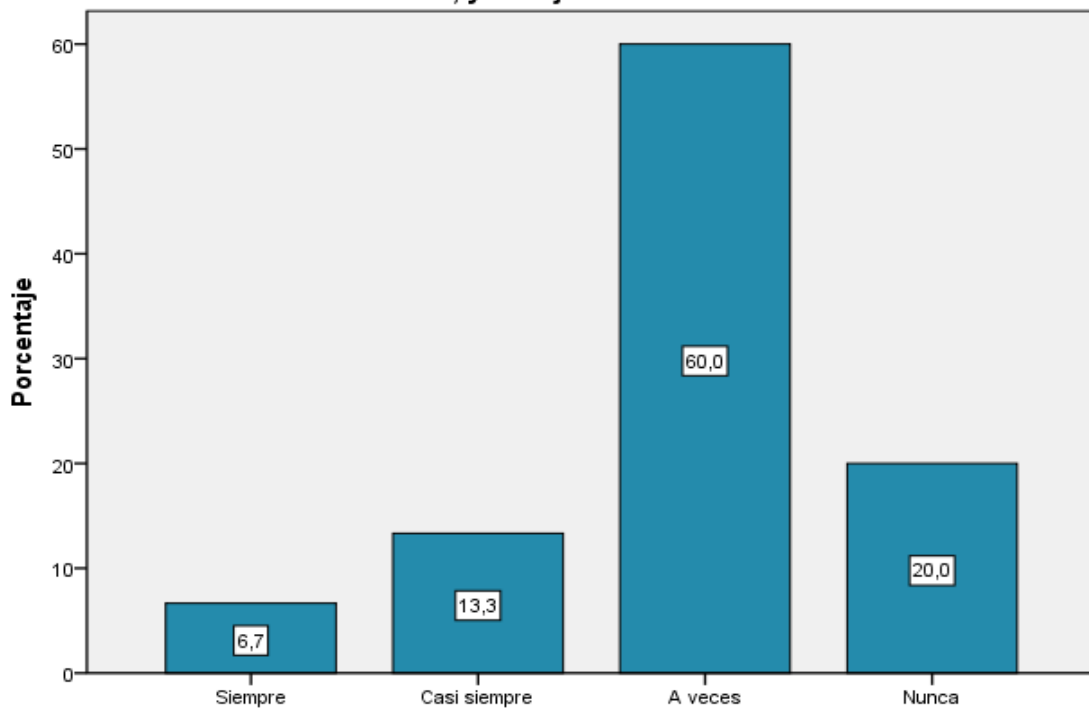


Interpretación: De un total de 15 de encuestados, la mayoría es decir el 86,7% (13 personas) si conocen sobre casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia familiar, mientras que el 13,3% (2 personas) no conoce.

2.2 ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física, y el sujeto activo sea la madre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Siempre	1	6,7	6,7
Casi siempre	2	13,3	20,0
A veces	9	60,0	80,0
Nunca	3	20,0	100,0
Total	15	100,0	

2.2 ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física, y el sujeto activo sea la madre?



Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 20% cree que

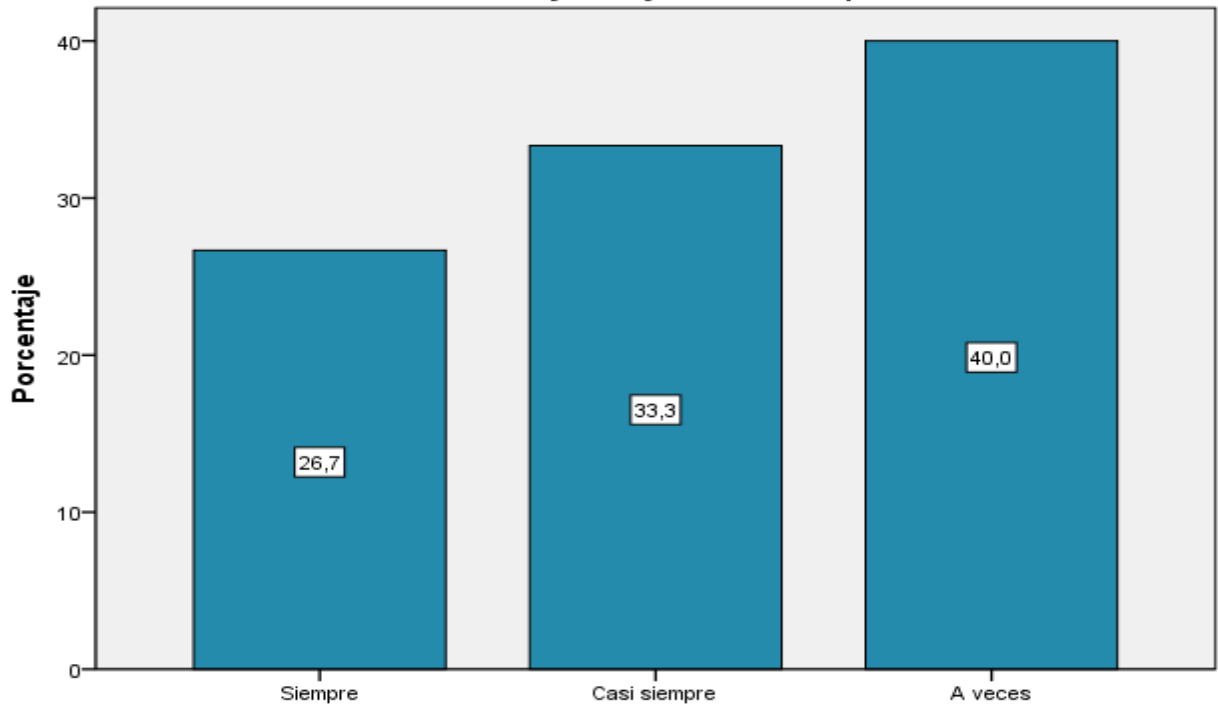
“Siempre” o “Casi siempre” los casos de sustracción indebida de un menor sean de forma física, y el sujeto activo sea la madre, y el otro 80 % restante cree que “a veces” o “nunca” los casos de sustracción indebida de un menor son de forma física, y el sujeto activo sea la madre.

2.3. ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo el padre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Siempre	4	26,7	26,7
Casi siempre	5	33,3	60,0
A veces	6	40,0	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.3. ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo el padre?



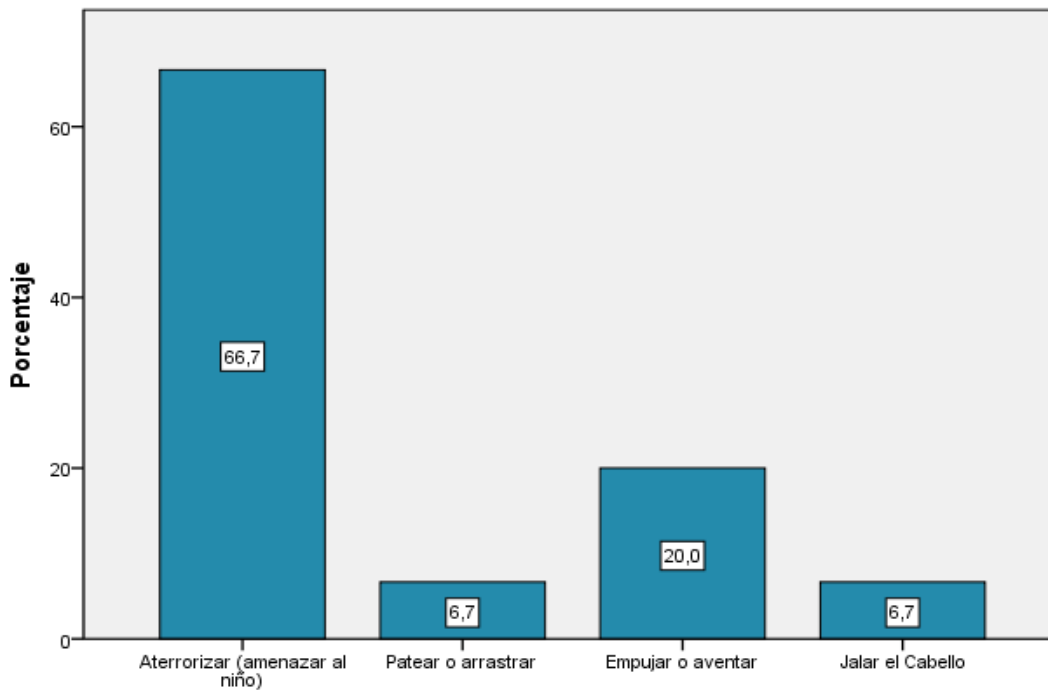
Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 60% cree que “Siempre” o “Casi siempre” los casos de sustracción indebida de un menor son de forma física y el sujeto activo sea el padre, y el otro 40 % restante sólo cree que “a veces”.

2.4 ¿Qué tipo de violencia física familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un Menor?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Aterrorizar (amenazar al niño)	10	66,7	66,7
Patear o arrastrar	1	6,7	73,3
Empujar o aventar	3	20,0	93,3
Jalar el Cabello	1	6,7	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.4 ¿Qué tipo de violencia física familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor?



Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 66,7% cree que el tipo de violencia física familiar que se da con mayor frecuencia en la sustracción

indebida de un menor es aterrorizar (amenazar al niño), y el 33,3 % cree que otras formas son patear o arrastrar, Empujar o aventar y jalar el cabello.

2.5 ¿Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia física familiar como agravante de la sustracción de menor?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Si	15	100,0	100,0

Fuente: Cuestionario

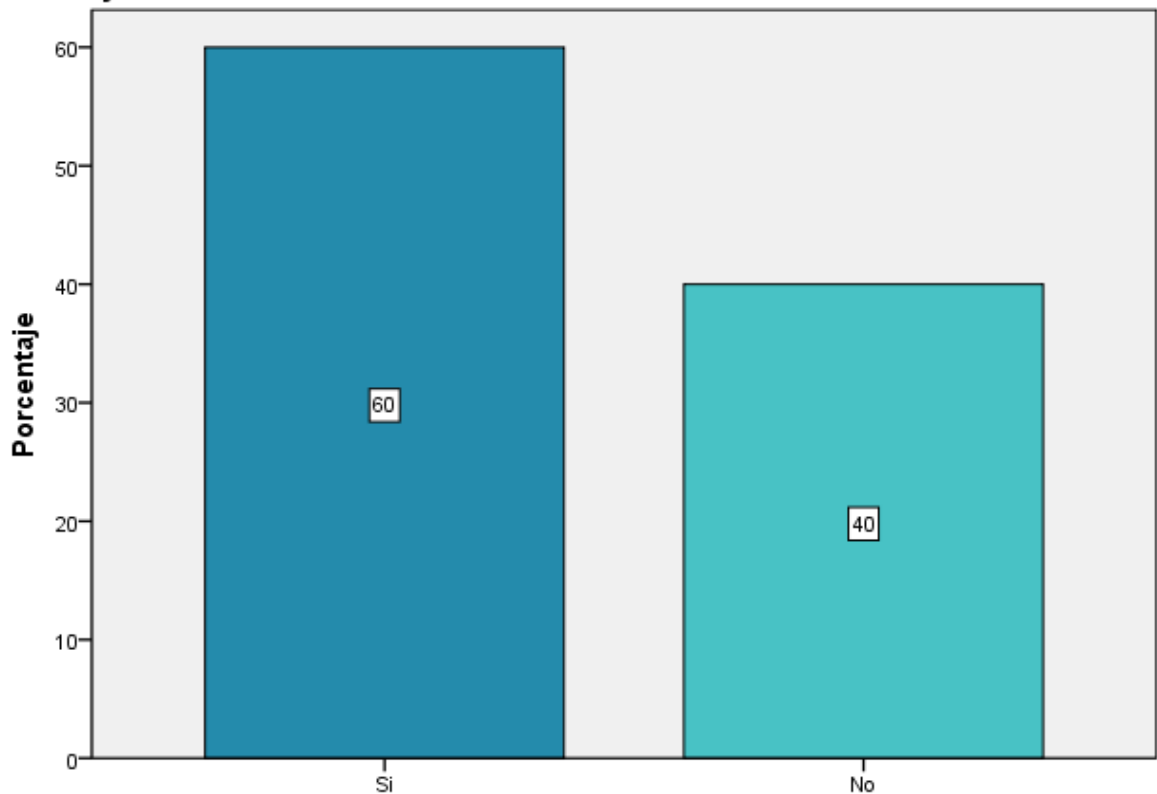
Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 100% considera importante que se tome en cuenta la violencia física familiar como agravante de la sustracción de menor.

2.6 ¿Usted cree que la pena debe ser pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años cuando incurran en el delito de sustracción de menor?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Si	9	60,0	60,0
No	6	40,0	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.6 ¿Usted cree que la pena debe ser pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años cuando incurran en el delito de sustracción de menor?



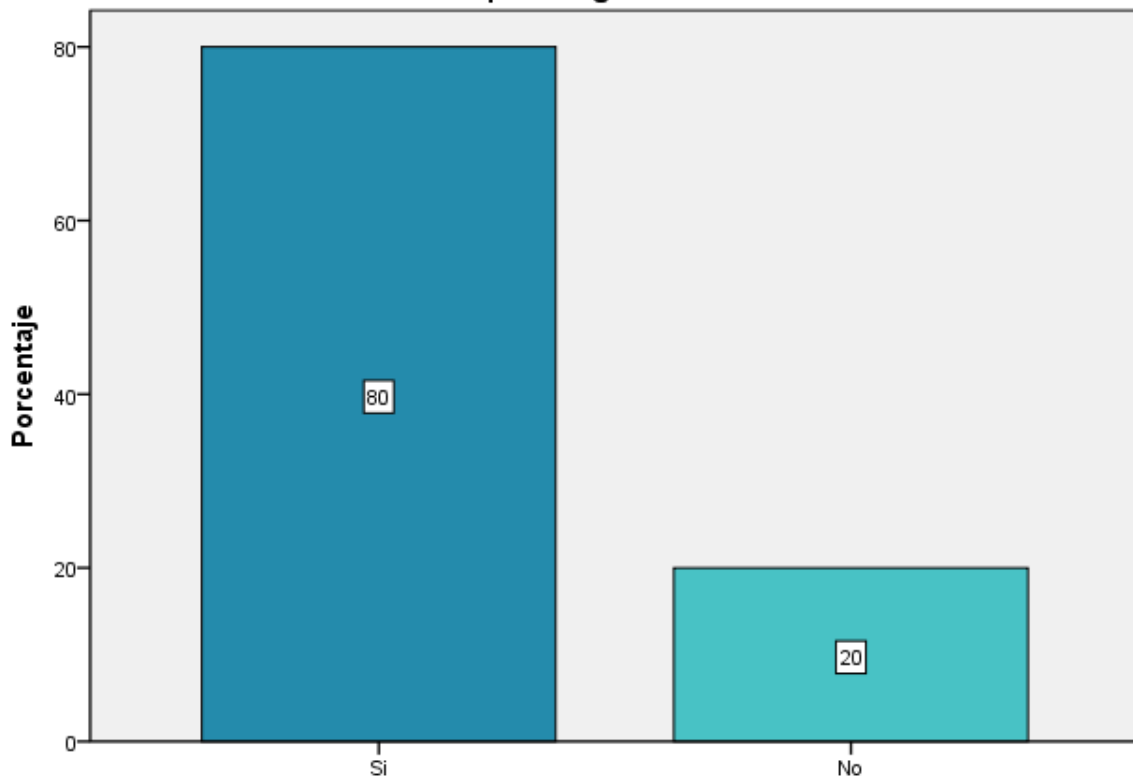
Interpretación: Del total de los de encuestados, el 60% si cree que la pena debe ser pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años cuando incurran en el delito de sustracción de menor, y el 40% no cree.

2.7. ¿Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia psicológica familiar?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Si	12	80,0	80,0
No	3	20,0	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.7. ¿Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia psicológica familiar?



Interpretación: Del total de los encuestados, el 80% si conoce sobre casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia

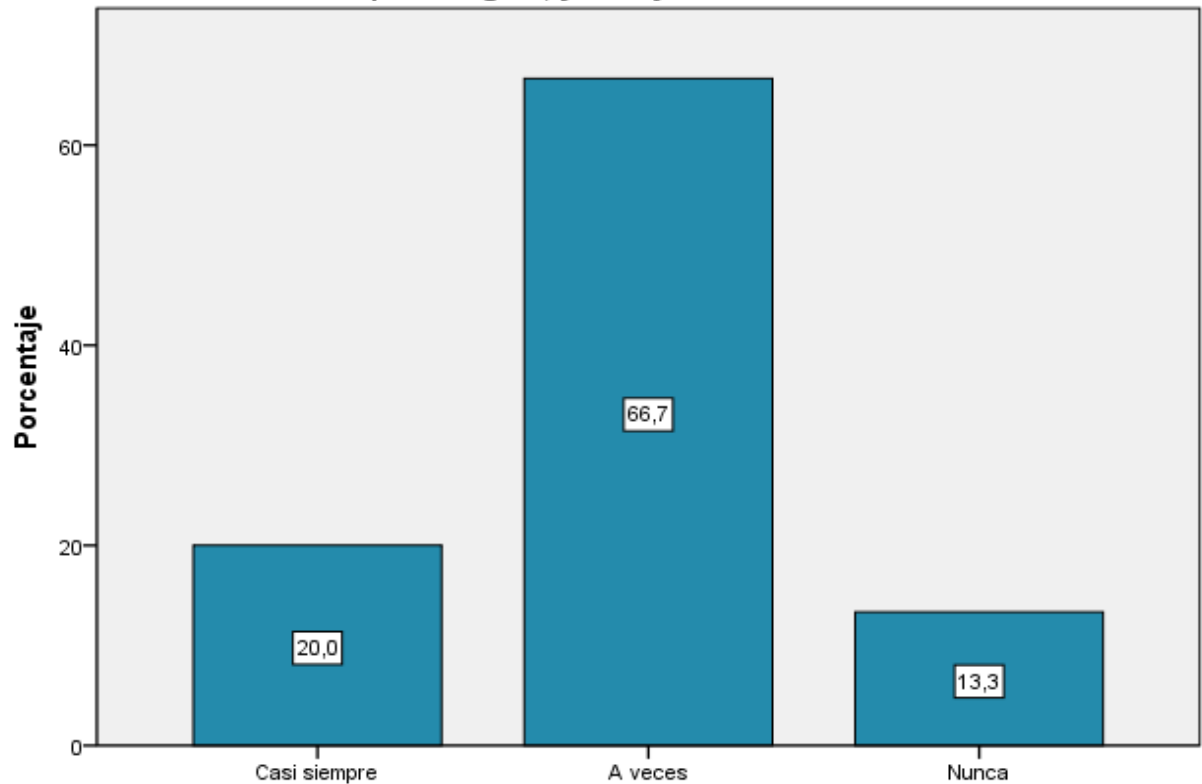
psicológica familiar, y el 20% restante no conoce.

2.8. ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica, y el sujeto activo sea la madre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Casi siempre	3	20,0	20,0
A veces	10	66,7	86,7
Nunca	2	13,3	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.8. ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica, y el sujeto activo sea la madre?



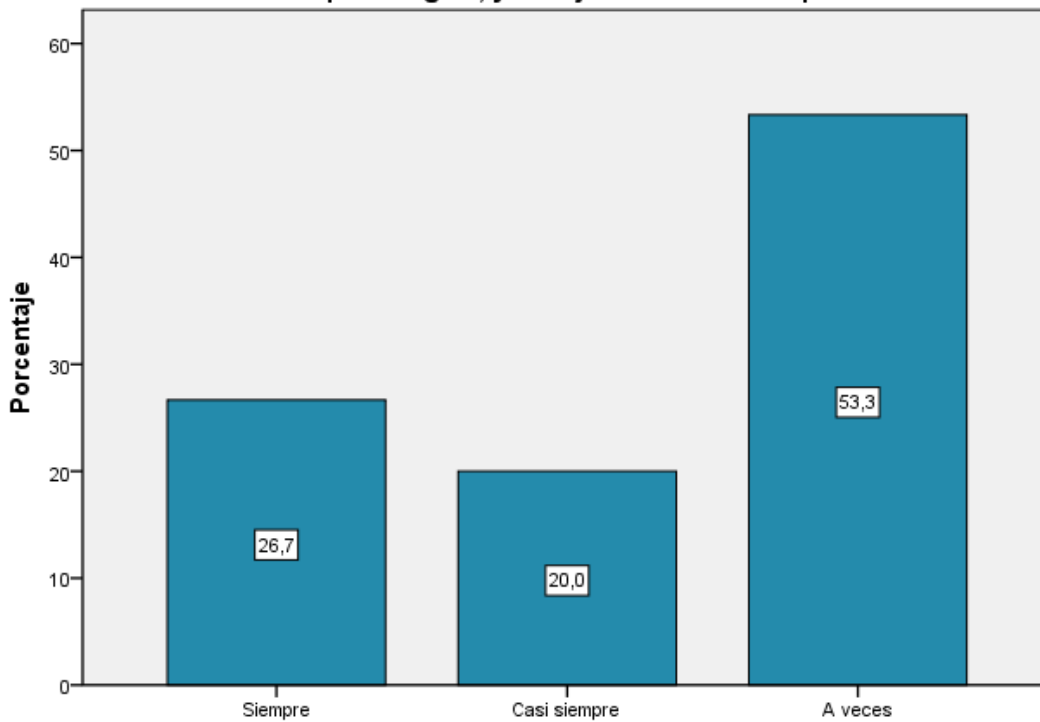
Interpretación: Del total de los de encuestados, el 20% cree que casi siempre los casos de sustracción indebida de un menor son de forma psicológica, y el sujeto activo sea la madre, el 66,7% cree que “a veces” y el 20% cree que “nunca”.

2.9 ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica, y el sujeto activo sea el padre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Siempre	4	26,7	26,7
Casi siempre	3	20,0	46,7
A veces	8	53,3	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.9 ¿Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica, y el sujeto activo sea el padre?



Interpretación: Del total de los de encuestados, el 46,7% cree “siempre” o

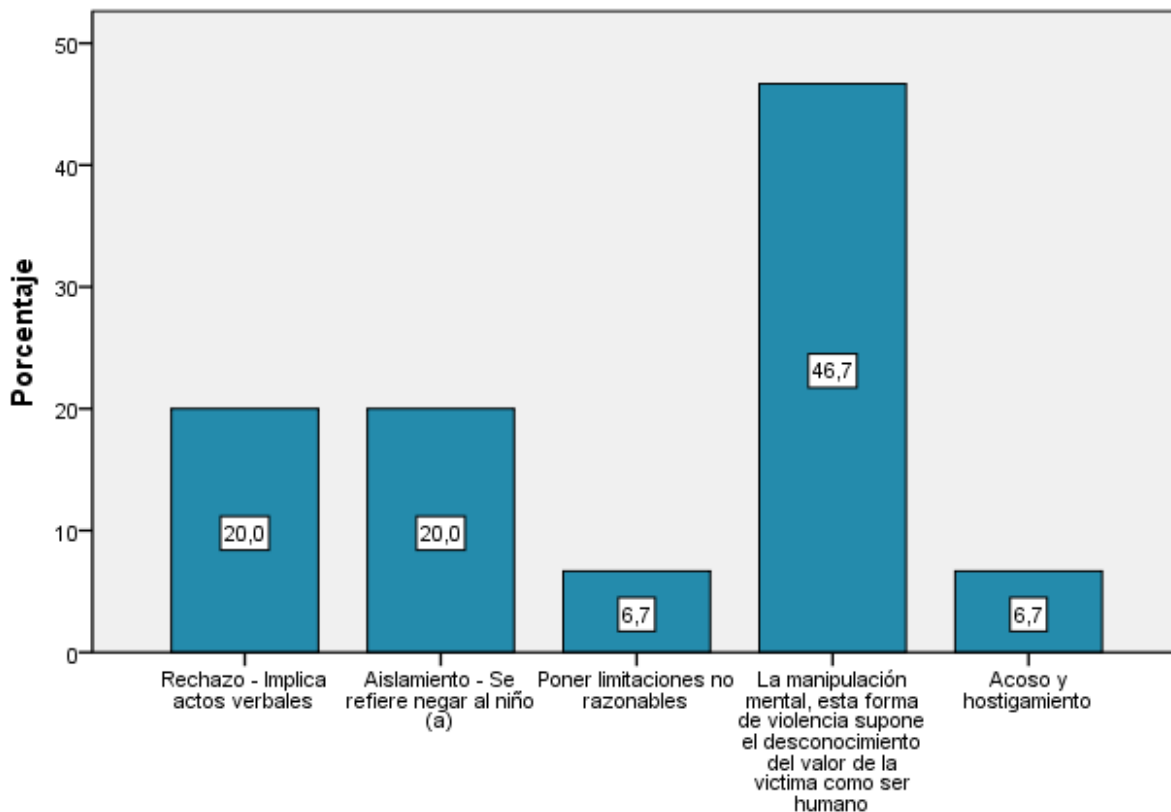
“casi siempre” los casos de sustracción indebida de un menor son de forma psicológica, y el sujeto activo sea el padre, y el 53,3% restante cree que “a veces”.

2.10 ¿Qué tipo de violencia psicológica familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Rechazo - Implica actos verbales	3	20,0	20,0
Aislamiento - Se refiere negar al niño (a)	3	20,0	40,0
Poner limitaciones no razonables	1	6,7	46,7
La manipulación mental, esta forma de violencia supone el desconocimiento del valor de la víctima como ser humano	7	46,7	93,3
Acoso y hostigamiento	1	6,7	100,0
Total	15	100,0	

Fuente: Cuestionario

2.10 ¿Qué tipo de violencia psicológica familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor?



Interpretación: Del total de los de encuestados, la mayoría de los casos; es decir, el 46,7% cree que el tipo de violencia psicológica familiar que se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor es “la manipulación mental”, el 40% cree que es “el rechazo” o “el aislamiento” y el 13,4% restante cree que es “el poner limitaciones no razonables” o “el acoso y hostigamiento”

2.11. ¿Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia psicológica familiar como agravante de la sustracción de menor?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje Acumulado
Si	15	100,0	100,0

Fuente: Cuestionario

Interpretación: De un total de 15 de encuestados, el 100% si considera importante que se tome en cuenta la violencia psicológica familiar como agravante de la sustracción de menor.

PREGUNTAS ABIERTAS

PREGUNTAS:	CATEGORÍAS:
1.- Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia física familiar. ¿En qué forma sucedió?	Las personas que conocen sobre casos de sustracción indebida de un menor, afirman que mayormente la sustracción se efectuó por parte del padre, teniendo como lugar de los hechos el colegio, la casa de los abuelos del menor, un transporte público, la vía pública y la casa de la madre.
2.- Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física, y el sujeto activo sea la madre. ¿Por qué?	Las personas que afirman que a veces o Nunca los casos de sustracción indebida de un menor son de forma física, y el sujeto activo sea la madre, opinan que esto se da debido a que la madre es más la que obtiene la tenencia del menor
3.- Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo el padre. ¿Por qué?	Las personas que afirman que “Siempre” o “Casi siempre” los casos de sustracción indebida de un menor son de forma física, y el sujeto activo sea el padre, opinan que esto se da debido a que el padre es más agresivo, es machista, y porque en la mayoría de casos la madre es quien se queda con la custodia del menor.
4.- ¿Qué tipo de violencia física familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor? ¿Por qué?	Porque siempre el sujeto activo quiere aterrorizar al menor, intimidándole para que se vaya con él o ella de cualquier forma.
5.- Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia física familiar como agravante de la sustracción de menor. ¿Por qué?	En este caso es muy importante que se agregue la agravante de violencia física por cuanto sea más severa el castigo al sujeto activo.
6.- Usted cree que la pena debe ser pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años, cuando incurran en el delito de sustracción de menor. ¿Por qué?	La mayoría asegura con esta medida la pena será más severa en nuestro ordenamiento jurídico.
7.- Usted conoce casos de sustracción	Las personas que conocen sobre casos de

indebida de un menor como forma de violencia psicológica. ¿Por qué?	sustracción indebida de un menor, afirman que mayormente la sustracción se efectuó cuando el sujeto activo se lleva con engaños al menor.
8.- Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica, y el sujeto activo sea la madre. ¿Por qué?	La respuesta más frecuente es que a veces la madre quiere perjudicar al padre
9.- Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica y el sujeto activo el padre. ¿Por qué?	En este caso creen que a veces el padre pueda sustraer al menor de forma psicológica, ya sea manipulación mental o engaños hacia el sujeto pasivo.
10.- ¿Qué tipo de violencia psicológica familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor? ¿Por qué?	La mayoría ha coincidido que la manipulación mental es la forma de violencia más frecuente puesto que el sujeto pasivo desconoce el valor que él es la víctima en todo esto, el perjudicado.
11.- Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia psicológica familiar como agravante de la sustracción de menor. ¿Por qué?	En este caso han respondido la mayoría que es la manera más efectiva de proteger y darle seguridad al menor.
12.- ¿Qué consecuencias existe cuando el sujeto pasivo (1-12 años) sufre violencia psicológica?	Según la opinión de los encuestados, las consecuencias que existen cuando el sujeto pasivo sufre violencia psicológica son las siguientes: <ul style="list-style-type: none"> - Baja autoestima e inseguridad - Problemas de aprendizaje, falta de concentración y bajo rendimiento escolar - Víctimas de bullying - Dependencia - Antisocial, resentimiento, comportamiento violento, hiperactivo y problemático - Trastornos psicológicos y trauma - Confusión sobre lo que significa la unión familiar - Repetirá lo sucedido con sus hijos - Daños irreparables en su futuro

TÉCNICA: ANÁLISIS DE CONTENIDO

INSTRUMENTO: MATRIZ DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

UNIDAD DE ANÁLISIS	CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA
Expediente N° 819-2005- PHC/TC	Hechos:	DESCRIPCIÓN HECHO 1: Hay una confusión de los conceptos de “sustracción” con “secuestro”, que, sin deformar la sentencia, sí pudo haber provocado un error en la jurisdicción ordinaria, si tomamos en cuenta el cumplimiento obligatorio de sus decisiones. HECHO 2: Interpreta bien el TC al hacer correcto uso del “interés superior del niño” al considerar que no hubo violación de derechos, toda vez que el menor en cuestión está bajo cuidado de sus abuelos, valorándose la opinión de este de no querer vivir con su madre (por los castigos frecuentes) o con su padrastro (por que toma mucho y le castiga), a pesar de la referencia expresa de la edad cronológica (nueve años)
	Fundamento Legal:	FUNDAMENTO 1: Si bien el TC ha generado una resolución muy importante para el ámbito de la especialidad familiar, no debemos dejar de considerar que estamos en un contexto diferente, como es el análisis de conceptos penales y existe un Habeas Corpus planteado de por medio.
	RESOLUCIÓN	Bajo esta consideración la jurisprudencia constitucional provoca un último comentario, que no ha sido atendido ni por la judicatura ordinaria ni por la doctrina especializada.

		<ul style="list-style-type: none"> - Al tener el menor involucrado nueve (9) años, el Pleno del TC, ha considerado que esta edad es el límite positivo para ser “tomado en cuenta”, conforme la regulación señalada en el artículo 85º del CNA, dejándose en detrimento de derechos a los niños menores de nueve años, a quienes su opinión sólo será respetada con ser escuchada.
Constitución Política del Perú	PERSONA	<p>Persona:</p> <p>Artículo 4 - Protección del Niño, nos estipula que protege al niño y adolescente.</p>
Código de Niños y Adolescentes	PERSONA	<p>Persona:</p> <p>Artículo I del T.P, nos señala que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los doce años.</p> <p>Artículo IX del T.P, nos estipula que todo lo concerniente al niño y adolescente se le protege con el Principio de Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos.</p> <p>Artículo 4, nos expresa que el niño y adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrían ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.</p>

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADO

5.1. Discusión de Resultado:

Los resultados de ésta investigación comprueban las hipótesis propuestas en la misma. Tras el análisis de los datos obtenidos en el capítulo anterior asimismo coincide con los estudios y teorías expuesto; a continuación, se describen los hallazgos obtenidos contrastados con las teorías, norma y jurisprudencia.

(Rojas, M. 1992) sostiene que: "La discusión es el lugar donde se interpreta, aclara, justifica y relaciona los resultados y las conclusiones (...). Señalar las aplicaciones prácticas y teóricas de los resultados obtenidos, así como las limitaciones implícitas".

(Day, R. 1996,) afirma que: "La finalidad principal de la Discusión es mostrar las relaciones existentes entre los hechos observados (...) y lo más que uno podrá hacer será arrojar un poco de luz sobre la parcela de la verdad"

En la hipótesis general planteada para la presente tesis sobre:

Hi: La violencia física y psicológica familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ho: La violencia física y psicológica familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ginori, A. (2006) realizó una tesis de Sustracción o retención indebida de un menor por parte de uno de los cónyuges como forma de violencia física y psicológica familiar en el distrito Federal donde señala:

Que efectivamente se debe considerar como agravante la violencia física y psicológica familiar en la sustracción de menor.

Por ende, nuestro estudio también influye en incluir como agravantes la forma de violencia física y psicológica familiar en el delito de sustracción de menor, lo cual el 100 % de especialistas de la materia consideraron que si se debe incluir como agravantes la violencia física y psicológica en el delito suscitado.

A la pregunta Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo el padre; respecto a la consulta los especialistas indicaron que 40% piensan que a veces el sujeto activo sea el padre.

A la pregunta Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo la madre; al respecto la gran mayoría piensa que el 60 % a veces el sujeto activo se a la madre puesto que en su mayoría la madre tiene la custodia del menor.

En ese sentido la pregunta Usted cree la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica y el sujeto activo la madre. Al respecto el 66,7% nos dice que a veces el sujeto activo sea la madre puesto que tiene la tenencia del menor.

Asimismo, la pregunta Usted cree la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica y el sujeto activo el padre. Los especialistas piensan que el 53,3 % el sujeto activo sea el padre.

Por lo tanto, estoy influye en cuanto si es fundamental cambiar este artículo y considerar como agravantes la violencia física y psicológica en nuestro país, todavía tendremos que analizar quien realmente en su gran mayoría es el sujeto activo, pero notablemente si se debe modificar este artículo, puesto que ante todo prevalece el Principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

Al respecto también algunos especialistas afirmaron que el 86,7 % conocen casos de esta magnitud, lo cual es más común que el sujeto activo sustrae al menor en el colegio, la casa de los abuelos del menor, transporte público o la vía pública.

En conclusión, se afirma la hipótesis general Hi y por consiguiente se rechaza la hipótesis Ho, por cuanto es primordial incluir las agravantes de violencia física y psicológica en el delito de sustracción de menor.

En cuanto las hipótesis específicas:

1)

Hi: La violencia física familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ho: La violencia física familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

2)

Hi: La violencia psicológica familiar es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Ho: La violencia psicológica familiar no es una agravante en la sustracción indebida de un menor para que concuerde con el tipo penal modificado del art.147 del CPP.

Primera. - En este caso concreto los tipos de violencia más frecuentes en la violencia física es el 66,7% que considera que el sujeto activo lo aterroriza para que se vaya con él, es decir amenaza.

Por otra parte, consideran que el tipo de violencia psicológica más frecuente es la manipulación mental, esta forma de violencia supone el desconocimiento del valor de ser víctima el menor con un 46,7%.

Segundo. - Al mismo tiempo considera que esta forma de violencia física y psicológica debe ser sancionado con una pena mucho mayor, para así tomen conciencia, lo cual el 60% considera necesario que la pena sea no menor de 4 ni mayor de 6 años.

En ese sentido debemos decir que en la actualidad no se da así, ya que sigue existiendo casos de sustracción de menor y todavía nuestra legislación no hace nada cuando verdaderamente se suscita estas agravantes.

Tercero. - Otra pregunta es Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia psicológica familiar como agravante de la sustracción de menor. ¿Por qué?, en este tipo de consulta el 100% considero pertinente que es de vital importante este tipo de agravante.

Es así que este tipo de respuesta en su totalidad deberá considerar nuestra legislación este tipo de agravante.

Cuarto. - Los especialistas de la materia tienen un conocimiento de esta investigación.

Puesto que el nivel de conocimientos implica que definan bien que son agravantes, que implicancia tienen con la realidad, que repercusiones traerá si se modificara el delito y sobretodo concienticen de proteger al menor hasta de sus propios progenitores.

Quinto.- Las consecuencia de que se produzca este tipo de violencia trae consecuencias como abaja autoestima e inseguridad, problemas de aprendizaje, falta de concentración, bajo rendimiento escolar si ya van al colegio, resentimiento, comportamiento violento, trastornos psicológicos, daños irreparables en el futuro, como sabemos el menor está en pleno desarrollo y esto le generaría tener problemas con su salud mental puesto que un menor lo que espera es protección, seguridad y garantía acerca de su progenitores, no lo contrario, lo cual el único perjudicado es el sujeto pasivo a estar en esta circunstancias.

Asimismo, tengo que aclarar que todavía el legislador no piensa que se le está afectando al menor puesto que dichas agravantes mencionadas aún no están contempladas en el delito de sustracción de menor, por cuanto falta cambiar la perspectiva del artículo.

Sexto. - La violencia física y psicológica se ve reflejado el tipo de violencia que más daños producen al menor pero que todavía no se hace nada con estos tipos de violencias cuando se le sustrae al menor, es decir que aún el legislador no le da la debida protección y garantía.

Por consiguiente, en ambas hipótesis específicas se acepta la hipótesis H_i , en ese sentido se rechaza la hipótesis H_o , puesto que es necesario que se modifique el artículo 147 del Código Penal, al existir un vacío legal y por qué no decirlo la de un margen que genera una impunidad camuflada a favor de sujeto activo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Según los resultados de la investigación se evidencia que efectivamente se tiene que modificar el artículo 147 ° del Código Penal, lo cual incluye agregar a dicho artículo las agravantes de violencia física y psicológica.

SEGUNDO. – La violencia física si se debe incluir como agravante en el delito de sustracción de menor, por cuanto en la realidad nacional se evidencia que se comete un daño a la integridad corporal y a su salud al sujeto pasivo.

TERCERO. – La violencia psicológica si se debe incluir como agravante en el delito de sustracción de menor, entendiendo que es la acción o conducta del sujeto activo de sustraer al sujeto pasivo provocando controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos.

RECOMENDACIONES

PRIMERO. – Se debe modificar el contenido del artículo 147° del Código Penal Peruano, para la cual presento un proyecto de ley para la modificatoria del referido artículo, el cual se encuentra anexado en el presente trabajo de investigación.

SEGUNDO. – A los señores directivos del Ministerio de Justicia, tener en cuenta que en la actualidad efectivamente existe violencia física cuando se sustrae al sujeto pasivo, por lo tanto, sería apropiado tener en consideración lo referido en líneas arriba.

TERCERO. – Al Presidente del Congreso, tener como referencia que la violencia psicológica está presente en el delito suscitado, lo cual debería promover un tratamiento psicológico después que se cometió el delito para dar protección y seguridad al sujeto pasivo y su entorno social que encontró afectado.

REFERENCIAS

- Ameghino, C. (2009). *Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas del Interés Superior del Niño*. Pag 5-6. Perú. Recuperado en www.uss.edu.pe/uss/revistavirtuales/ssias
- Bermúdez, M. (2008). *Análisis objetivo del delito de sustracción de menores en el Código Penal*. Gaceta Jurídica. Pág. 1-37. Perú.
- Blanco, J. et al. (2012). *Sustracción Interparental de Menores: una forma de violación de los derechos del Niño, Niña y Adolescente*. Volumen 5. Editorial Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Brasil. Recuperado en la base de datos Dialnet.
- Briones, G. (1995). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. 2ª Edición. Editorial Trillas. México.
- Buaiz, Y (2016), *La Doctrina para la Protección Integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Editorial Dirección de Servicios de Salud. Pág. 4. Perú. Recuperado el capítulo 2 del ensayo Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. (1979). *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Vol. 5. 14ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires.
- Carbajal, A. (2004). *La sustracción internacional de menores Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo*. Jornadas de cooperación judicial europea celebradas. Madrid. Recuperado en la base de datos Dialnet.

- Castro, J. et al. (2005). *El maltrato de menor como excluyente del delito de sustracción de hijo, contemplado en el artículo 263 del Código Penal para el Estado de México*. (Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho). UNAM. México.
- Carrancá, J. et al. (1977). *Derecho Penal Mexicano - Parte General*. 11° Edición. Editorial Porrúa. México.
- Cayetano, J. et al. (2011). *La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional*. Revista de derecho UNED, ISSN 1886-9912, N°. 9. Págs. 261-294. España. Recuperado en la base de datos Dialnet.
- Cáceres, R. (1994). *Diccionario Jurídico*. Editorial Dirección General de Informática. México.
- Day, R. (1996). *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*. 2ª. Ed. Washington, D.S. OPS. (Publicación Científica; 550).
- Flores, P. (1985) *Diccionario de Términos Jurídico*. Volumen 3. Editores S.A. Lima.
- García, O. (2010). *El delito de sustracción de menores y su configuración*. España. Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 4. Págs. 01- 34. Lima.
- Ginori, A. (2006). *Sustracción o retención indebida de un menor por parte de uno de los cónyuges como forma de violencia física y psicológica familiar en el distrito Federal*. (Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho). UNAM. México.
- González, G. et al. (2000). *La violencia de género en México, un obstáculo para la democracia y el desarrollo*. Editorial Plantel Azxapatzalco. México

- Hernández, R. et al. (2014). *Metodología de la Investigación*. 5° Edición. Editorial MC GRASW HILL Educación. México. Recuperado en ISBN 978-607-15-0291-9.
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de la Investigación Holística*. Editorial Fundación Sypal. Pág 164. Caracas.
- Jurista Editores. (2013). *Código Penal*. Actualizado Edición. Lima.
- Mesinas, F. (2007) *El Código Penal en su jurisprudencia: Gaceta Jurídica*. Lima.
- Ochaita, E. et. al. (2012). *Los Derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades*. Editorial Educatio Siglo XXI. Vol. 30 N° 2. Pág. 25-46. Madrid.
- Peñafort, R. (2002). *El Traslado Ilícito de menores en la crisis familiar: Aspectos Jurídicos y Psicológicos*. Vol. 2, N° 3. Págs. 109 - 124. España. Recuperado en Psicopatología Clínica, Legal y Forense.
- Pérez, H. (2010). *Estadísticas para las ciencias sociales, del comportamiento y la salud*. 3° Edición. Editorial CENGAGE Learning. Pág. 185-188. Lima.
- Pérez, J. (2016). *¿Pueden cometer delito de secuestro los progenitores respecto de sus hijos menores de edad?*. Revista La Ley. Editorial El Angulo Real de la Noticia. Recuperado en <http://laley.pe/not/3163/-cometen-secuestro-los-progenitores-respecto-de-sus-hijos-menores-de-edad/>. Pág. 1-6. Lima.
- Vela, M. (2005). *Sustracción y restitución de menores entre México y EE.UU de Norteamérica en relación a controversias del orden familiar*. (Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho). UNAM. México.

- Rojas, Marcelo. (1992). *Manual de Redacción y comunicación científica*. Marcelo Rojas y Felipe San Martín H. UNMSM, 1992. Pág. 7. Lima.
- Rojas, M. (2010). *Manual de Redacción científica*. 2da Edición. (online). Disponible: www.mrojas.perulactea.com. Lima.
- Romero, Y. (2006). *Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores*. España. Revista de Derecho de UNED. Recuperado en la base de datos Dialnet.
- Sáiz, F. (2014). *La sustracción internacional de niños, un problema nada menor*. Revista de Análisis de derecho- ISSN 1965-6508 N°88. España. Recuperado en la base de datos Dialnet.
- Torres, F. et. al. (2007). *El Interés superior del niño en la perspectiva del garantismo jurídico en México*. Editorial Alegatos, núm. 65. Pág. 101. México.
- Yacobucci, G. (2005). *Actuar y omitir: En: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs*. Editorial Ara. Pág. 176.Lima.

ANEXOS

ANEXO I:
PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 147° DEL CÓDIGO PENAL, A FIN DE INCORPORAR LAS AGRAVANTES DE VIOLENCIA FISICA Y PSICOLÓGICA FAMILIAR EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR

Fórmula Legal:

Artículo 147.- Sustracción **del niño, niña y adolescente**:

El que mediando relación parental, sustrae **indebidamente a un niño, niña o adolescente** o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, **mediante las siguientes agravantes**:

1.- Cuando el padre o madre sustrae con violencia física y/o

2.- Cuando el padre o madre sustrae con violencia psicológica familiar

Sera reprimido con una pena **no menor de 4 años ni mayor de 6 años.**

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.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una norma vigente y sus directivas de cumplimiento por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos(MINJUS) viene ocasionando permanente preocupación a la sociedad por cuanto en la realidad se sustrae al sujeto pasivo de manera violenta ya sea física y/o psicológica.

El artículo establece que cuando el sujeto activo sustrae o rehúsa entregarlo al menor tendrá una pena privativa de libertad no mayor de dos años. El presente proyecto de ley busca incorporar que las agravantes de violencia física y psicológica sean incorporadas en el delito suscitado.

La investigación realizada estará dirigida a estudiar a fondo esta problemática, desde sus aspectos jurídico, y psicológico, con miras a procurar una toma de conciencia a nivel social y a propiciar políticas públicas capaces de conjurarlo.

Ya que todo niño, niña y adolescente es sujeto de derecho de protección especial, requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, en mérito a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo que, por la situación de fragilidad, inmadurez, o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se impone a los padres la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano, como la promoción y preservación de sus derechos (incluido el de libertad personal) y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

Debemos empezar definiendo el delito de sustracción de menor, según Ameghino (2009):

Las acciones de sustraer, retener u ocultar a un menor para impedir el derecho de visita o de custodia a sus progenitores, sin importar el ámbito espacial en el que se realicen, implican la violación de los derechos de ese hijo, reconocidos por los ordenamientos legales tanto nacionales como internacionales.

Además, según la Noticia Uno. pe nos dice que nuestro país, el artículo 147º de sustracción de menor dicta: “El que, 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. 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”.

En la actualidad son muchos los casos que se presentan ante el Poder Judicial. Solo basta revisar la página de internet: Sustracción de Menores entre padres Lima- Perú, para darse cuenta de cómo ha ido avanzando esta modalidad de delito.

Según María Del Carmen Santiago Bailetti, Directora General de niños, niñas y adolescentes del Ministerio de la Mujer: “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”.

Por esto, la funcionaria recomendó que, en paralelo a un proceso de tenencia, lo que corresponde es solicitar una medida cautelar, puesto que a diferencia del primer procedimiento este último se consigue de forma inmediata, sobre todo, cuando se trata de niños menores de tres años.

Siguiendo es esta línea de ideas, la problemática de la sustracción indebida de un menor como forma de violencia física y psicológica familiar, nos hace referencia, según Cayetano (2011), llegó a la siguiente conclusión:

En la Convención de Derechos del Niño, actualmente vigente, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución

44/25, del 20 de noviembre de 1989; en la misma se proclama que los menores, sin discriminación de naturaleza alguna, tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, y precisan de protección especial, de tal forma, que con respecto al menor se abandona el concepto de sujeto tutelado, para transformarlo en sujeto de derecho.

Esto nos da entender que ningún menor está desprotegido puesto que el Estado prevale la garantía y protección a cualquier niño, niña y adolescente.

Ginori (2006) nos estipula que la sustracción de Menores se establecerá su fundamento en el ámbito de lo Penal en el Estado de México, analizando primeramente las garantías establecidas por nuestra Carta Magna para todos los mexicanos o personas que se encuentran el territorio Nacional sin distinción de edad, sexo raza o costumbres.

Que la sustracción en términos generales para nuestro país y tomando de referencia a Ginori, significa separar o apartar. Esto significa alejar o bien retirar, una cosa de otra. Y que como figura jurídica se determina, como la acción de separar en este caso al menor del cónyuge que tiene la tenencia del menor sustraído por el sujeto activo.

Por otra parte, según Romero (2005) no da entender que la violencia física se debe a una Sustracción Interparental de Menores –SIM– lo cual, es el acto que impide el ejercicio del derecho de custodia o del derecho de visita a un padre o una madre, mediante la sustracción u ocultamiento de uno o más hijos menores, por parte de algún miembro de su familia. Se entiende por custodia, el derecho y deber que tienen el padre y la madre de criar, educar y orientar a sus hijos menores, y por derecho de visita, el derecho que le asiste al padre y la madre para ver y comunicarse con sus hijos en su residencia habitual o fuera de ella.

Este acto que impide la custodia del menor es resuelto por resolución quien tiene a tenencia por ende el otro cónyuge al ser restringido parcialmente al régimen de visitas recurre a sustraer al menor cuya finalidad es perjudicar a la otra parte ya sea por rencor o por no aceptar que no tiene la tenencia de su menor. En ese sentido no hay paz y tranquilidad entre los padres y el menor por las violencias que se produce.

Es tanto así, que el jurista García (2010) nos determina que la mayor parte de los casos en que alguno de los cónyuges pone fin al matrimonio, se llevan consigo a los hijos sin que todavía haya recaído resolución judicial alguna sobre la custodia de estos, no solo se debe sancionar la sustracción, sino que se debe tomar en cuenta cuando producto de la sustracción indebida la sanción no es mayor de dos años.

En mi opinión se debe modificar el artículo incluyendo las siguientes agravantes: la violencia física y psicológica familiar, por ende, la sanción debe ser mayor cuyo fin es procurar la seguridad y protección del menor.

Otro de los aspectos según Bermúdez (2008), debemos entender que la sustracción es un presupuesto necesario que efectuó el agente, ya que se toma en cuenta como un delito de acción, puesto que implica una actividad que se produce como resultado material, por el sometimiento del menor a la voluntad del sujeto activo del delito, es innegable y el objeto material mayormente se da en el entorno familiar, pero nuestra legislación no ha determinado sancionar cuando uno de los cónyuges sustrae a un menor como forma de violencia física y psicológica.

Así mismo, podemos decir que tanto el entorno nacional como el entorno internacional, el problema más resaltante es que existe una corriente jurisprudencial que requiere ser modificada, sobre la base de los parámetros constitucionales, debido proceso, tutela judicial efectiva, pero sobre todo a la

lógica natural del artículo 147° del Código Penal peruano, lo cual va de la mano con el Principio del Interés Superior del Niño, también conocido como el Interés Superior del Menor, que nos dice que es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

II. LEGISLACIÓN COMPARADA:

España

Cayetano, J. et al. (2011) en su artículo “La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional” en España, llegó a la siguiente conclusión:

La protección del menor, es referente a la sustracción de los mismos, especialmente en el de práctica interparental, cada vez más extendida, que se ha querido plantear desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, sin tomar en consideración las repercusiones tanto desde el punto de vista civil y penal, sin tener en cuenta el carácter interdisciplinar del problema.

Es así que la protección del menor enmarca una garantía limitada por cuanto no se aplica en todos los ámbitos del derecho en cuanto a la sanción civil y penal como se nota claramente en la legislación España, lo mismo sucede con nuestro país cuando sancionan al sujeto activo.

México

Por otro lado, Ginori, A. (2006) en su tesis “Sustracción o retención indebida de un menor por parte de uno de los cónyuges como forma de violencia

física y psicológica en el distrito federal” sustentada en la Universidad Nacional Autónoma de México grado de Licenciada en Derecho, llegó a los siguientes resultados:

La violencia en la familia es aquella que nace del ejercicio desigual de la autoridad en las relaciones de poder que surgen en el núcleo familiar y que se ejecutan cíclica o sistemáticamente por un miembro de la familia, llamado agresor siempre que viva en el mismo domicilio y que tenga un vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato con otro llamado receptor o víctima, a través de la violencia física, psicológica o sexual, con el fin de mantener un estatus de jerarquía frente al receptor de las agresiones.

Por otro lado, se debe considerar que la posible falta de información y experiencias específicas sobre la forma de educar a los hijos aunada a los problemas económicos y la desintegración familiar o parejas unidas en concubinato. En cuanto a la edad, los padres jóvenes como los viejos son los que menos toleran a los hijos, por ser estos demasiados inquietos o desobedientes, actitud por la cual se hacen acreedores de un castigo físico. Por ende, el padre es quien ejerce su derecho de corregir a los hijos y la madre igual, también es necesario considerar a los padrastros y otros familiares como son los abuelos y los hermanos mayores, etc. que maltratan a los menores alegando que es por corregirlos.

Siguiendo, la misma línea este tipo de violencia corresponde a un desate de agresividad, lo cual produce inestabilidad entre los padres, asimismo constituye la desunión de la familia o descomposición del vínculo.

Castro, J. (2005) en su tesis “El maltrato de menor como excluyente del delito de sustracción de hijo, contemplado en el artículo 263 del Código

Penal para el Estado de México”, sustentada en la UNAM, grado de Licenciada en Derecho, llegó al siguiente resultado:

Desde el punto de vista limita el término de menor, toda vez que dentro del campo del Derecho, el menor es la persona que no alcanzado la mayoría de edad, es decir los dieciocho años, por lo tanto el autor en su definición sólo hace alusión al infante, que será la persona que se encuentre dentro del período de la infancia misma que abarca desde el nacimiento hasta el inicio de la pubertad.

González, G. et al. (2000) artículo de investigación “La violencia de género en México, un obstáculo para la democracia y el desarrollo” en México, llegó a la siguiente conclusión:

El menor maltratado es “una enfermedad social, internacional presente en todos los sectores y clases sociales; producida por factores multicausales, interactuantes y de diversos intensidades y tiempos, que afecta el desarrollo armónico, íntegro y adecuado de un menor, comprometiendo su educación y consecuentemente su desenvolvimiento escolar con disturbios que ponen en riesgo su socialización y por lo tanto su conformación personal, y posteriormente social y profesional.

Colombia

Por otra parte, Romero, Y. (2005) en su artículo “Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores” en Colombia, llegó a la siguiente conclusión:

Enmarca en una investigación más amplia sobre los aspectos jurídicos, psicológicos y antropológicos de la sustracción interparental de menores en

Bogotá, D. C, la cual hace referencia a la violencia familiar cuando el menor de edad es maltratado física y psicológica cuando una de las partes tiene los derechos de custodia y el otro la visita respecto a sus hijos menores.

De esta manera, el Interés Superior del Niño hace alusión a las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna a los niños y las niñas debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades –incluyendo cabildos y autoridades tradicionales–, instituciones públicas y privadas y a los padres y las madres; es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; y es una directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas. En síntesis, contribuye al perfeccionamiento de la vida en sociedad.

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

En el entorno nacional, según Bermúdez, M. (2008) en su estudio “Análisis objetivo del delito de sustracción de menores en el Código Penal”, ha llegado a las siguientes conclusiones:

El agente activo; sería por la descripción del tipo penal (mediando relación parental, que puede ser biológica o jurídica), sólo puede ser agente activo de este delito el progenitor “A” (padre/madre) quien ha “sustraído” a su hijo, en cambio el agente pasivo; sólo el progenitor “B” (madre/padre), puede ser el agente pasivo, por cuanto sólo los progenitores tienen el derecho de la patria potestad. En tal sentido, deduce mal Luis Bramont Arias, cuando incluye en este acápite a los menores como “agentes pasivos”, por cuanto sería

imposible que ejerzan patria potestad sobre sí mismos.

El segundo párrafo del artículo 147º CP, señala que los ascendientes del progenitor calificado como agente activo, pueden ser catalogados como cómplices de este delito, al tener el término “otros ascendientes”.

De conformidad podemos decir que el libro III del Código Civil vigente, el término “menores” es un concepto que la legislación penal ha importado, sin considerar la actualización de conceptos que ha planteado el Código del Niño y Adolescente, norma que se convierte en “específica” frente a la “genérica” del código sustantivo.

Concluyendo, que:

Bajo esta introducción, cuando en el tipo penal se describe al “menor de edad”, se debe hacer la adecuación conceptual a los niños y adolescentes que en detalle regula el Código de Niños y Adolescentes.

Por consiguiente, el autor Mesinas, F. (2007) en su estudio “El Código Penal en su jurisprudencia”, llegó a la siguiente conclusión:

La limitación a un período de dos años como pena máxima, ya de por sí genera la de un margen que favorece una impunidad camuflada a favor del sujeto activo del ilícito.

Si el margen de imposición de punición es mínimo, la pena por lo general tendrá una barrera infranqueable de superar, por cuanto la sola investigación fiscal (que incluye la investigación a cargo de la Policía Nacional) excede un promedio cercano a los seis meses.

En la etapa de formalización de denuncia, igualmente las excepciones previas y dilaciones procesales de los denunciados provocan un atraso en la determinación de una responsabilidad penal.

Sin considerar si el proceso es ordinario o sumario, sin considerar si el proceso será guiado con las reglas del Código de Procedimientos Penales o

del Código Procesal Penal.

Bajo esta consideración y sobre una real protección al desarrollo psicológico del niño o adolescente, igualmente el fiscal podría tener mejores facultades para resolver un conflicto social y jurídico sin necesidad de que el problema ingrese a sede judicial.

Lo anterior no indica que estemos en la posición de conmutar estos delitos, pero definitivamente la llamada de atención del fiscal y de la misma PNP hacia el progenitor que realiza la sustracción, podría modificar su conducta equivocada y con ello, el mismo sistema de protección al menor se legitima.

Por esta razón, lo que busco con esta investigación es modificar el artículo 147° del C.P.P, cuya finalidad es prevalecer el Principio Superior del niño, en cuanto la pena sea mayor cuando se produce como forma de violencia física y psicológica, ya que como sabemos hay mayor dificultad determinar la violencia psicológica familiar cuando el menor es sustraído indebidamente por uno de su progenitores, lo cual a mi parecer cuando el legislador aplica la sanción debe tomar en cuenta el aspecto psicológico de cómo se encuentra el menor, es decir su estado emocional, puesto que le causa perjuicio.

EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, según Ameghino (2009) se refiere como pauta interpretativa permitiría solucionar el problema entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores. Debe destacarse que esta propuesta permite evitar que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención. De este modo, cualquier limitación a un derecho del niño esgrimiendo el interés

superior del niño deberá fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención.

Las funciones normativas del interés superior del niño serían, a saber: En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al "núcleo duro" frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales. En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al "núcleo duro" de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención. Consideramos que esta interpretación que hemos propuesto resulta en gran medida acorde al paradigma de "protección integral" al objetivar las relaciones Estado-niños, limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de los niños consagrados en la Convención.

Concluye que:

Este principio prevalece de los demás principios cuando se disputa que principio debe influir ante los demás derechos humanos entre un niño, niña y adolescente con una persona adulta, puesto que primero se salvaguarda y protegen los derechos del niño, niña y adolescente. Asimismo, tanto las autoridades como el MINJUS y el Presidente del Congreso deben considerar ante todo prevalecer el principio de interés superior del niño(a) y adolescente cuando se infringe sus derechos al desarrollo integral, armónico y adecuado

por esta razón, pretendo alcanzar que modifiquen este artículo 147 del Código Penal, a sabiendas que se vulneran sus derechos.

IV. ANÁLISIS DE COSTO- BENEFICIO

La aprobación de esta propuesta legislativa no producirá gasto al tesoro público nacional, por el contrario, va a permitir la correcta aplicación del artículo referido, previniendo que contravengan la correcta administración de justicia.

Como consecuencia de ello, se va a garantizar el libre desarrollo de integridad física y mental del niño, niña y adolescente, teniendo en cuenta el Código de Niños y Adolescentes.

V. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los efectos que se consiguen con la promulgación de la presente norma es corregir el vacío legal de no considerar como agravantes la violencia física y psicológica familiar en el delito suscitado, error que se cometió en la tipificación de este ilícito en el Código Penal.

En ese sentido, esta norma va adecuar una mayor eficacia en la aplicación del artículo referido, en la cual se reconoce, que cuando el sujeto activo sustrae al sujeto pasivo se da la violencia física y psicológica. Por lo tanto, se debió legislar estas agravantes al momento que comete el delito de sustracción de menor.

ANEXOS II: JURISPRUDENCIAS

1. EXP. 0819-2005-PHC/TC

ICA

J.C.C.M.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de marzo de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rocío Elizabeth Caraza Méndez contra la resolución de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 89, su fecha 27 de diciembre de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de agosto de 2004, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus, a favor de su menor hijo J.C.C.M., contra don Marcelo Poma Sigwas. Afirma que el día 20 de julio de 2004, siendo aproximadamente las 9.00 horas, sin que le asista derecho alguno, el emplazado secuestró a su citado hijo del Colegio de Primaria 22538, ubicado en el distrito de Subtanjalla, razón por la cual interpuso denuncia penal ante la Cuarta Fiscalía Provincial de Ica, por el delito de secuestro, asunto sobre el cual aún no ha habido pronunciamiento. Aduce que ha tomado conocimiento de que el menor se encuentra en el domicilio del emplazado y que a la fecha no puede verlo, por lo que solicita que el juez constitucional, luego de verificar la detención

arbitraria, proceda a hacerle entrega del menor. Sostiene que se han vulnerado los derechos a la integridad física, a la libertad individual y de tránsito.

Realizada la investigación sumaria, la demandante se ratifica en el contenido de su demanda y manifiesta además que el demandado es abuelo paterno de su hijo y que se niega a entregar al menor, quien a la fecha cuenta 9 años de edad. Por su parte, el demandado aduce que no existe detención arbitraria ni violación de derecho constitucional alguno, pues el beneficiario es su nieto, por cuanto el progenitor es su hijo José Luis Poma Hernández. Alega que fue la misma demandante la que dejó al beneficiario en su domicilio, cuando adquirió un nuevo compromiso.

El Quinto Juzgado Penal de Ica, con fecha 8 de noviembre de 2004, declara improcedente la demanda argumentando que, estando en trámite ante la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Ica una denuncia penal entre las mismas partes, por el delito de secuestro, no procede amparar la demanda.

La recurrida confirma la apelada con fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto la tutela de la libertad individual y de tránsito del menor beneficiario, así como de su integridad física, derechos constitucionales que la demandante considera vulnerados.
2. Conforme ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia (*cf.* STC 1230-2002-HC, caso Tineo Cabrera), “la libertad personal no solo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico. Por ello, nuestra Constitución ha consagrado el proceso de hábeas corpus como una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona

que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella”.

3. Uno de los fines esenciales de los procesos constitucionales es velar por la supremacía de la Constitución, así como por la vigencia efectiva de los derechos que en ella se reconocen a toda persona.
4. El proceso de hábeas corpus no solo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a la libertad de movimiento, de tránsito y a la integridad personal, prolongándose aun cuando haya cesado la vulneración o esta se haya convertido en irreparable, con el objeto de que, en el futuro, al afectado no se le restrinja tal derecho. Por ello, es legítimo que, ante la afectación de la libertad individual o de un derecho que tiene conexión con ella, se plantee una demanda de hábeas corpus.
5. De autos se advierte que durante la investigación preliminar, el juez constitucional constató que no existe restricción alguna de la libertad del menor beneficiario y que este se encuentra al cuidado de sus abuelos paternos, conforme figura en el Acta de Verificación que obra a fojas 59 de autos.

Al realizarse la entrevista, el beneficiario manifestó que vive con sus abuelos paternos desde que tenía 4 años de edad y que en la actualidad cuenta 9 años y que no quiere vivir con su madre, porque ésta lo castiga y lo deja al cuidado de su padrastro, quien toma mucho y le pega.

6. Las afirmaciones del beneficiario han quedado acreditadas con la Constancia Policial de fecha 27 de febrero de 2000, en la cual don Luis Poma Hernández afirma que su menor hijo, J.C., de 4 años de edad, fue abandonado por la demandante en la casa de sus abuelos paternos (f. 20); con la Denuncia Policial de fecha 2 de abril de 2003, en la cual el

emplazado Poma Sigwas denuncia que su nieto (el beneficiario) fue conducido por su madre a la localidad de Subtanjalla (f. 22); y con la Denuncia Policial de fecha 21 de julio de 2004, en la cual el demandado deja constancia de que, siendo las 14.00 horas del día 20 de julio de 2004, su nieto se presentó en su domicilio y le manifestó que se había escapado de su colegio por temor a que su padrastro lo recogiera a la hora de salida.

También manifiesta que, posteriormente, personal policial de la Comisaría PNP de Subtanjalla, al mando del SO Escate, se presentó en su domicilio para indagar por el paradero del menor y después de recibir respuesta afirmativa se retiró en compañía de la madre del menor, la cual en ningún momento exigió que se lo entregaran, conforme se acredita con la copia certificada que obra a fojas 26 de autos.

7. De lo expuesto precedentemente, se colige que no existe la vulneración de los derechos invocados, por lo que *no* resulta aplicable al caso el artículo 2.º del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLO

2. EXP. N.º 548-2000-HC/TC

LIMA

ARTURO JORGE CHILÍN ROJAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintitrés días del mes de agosto de dos mil, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional con asistencia de los señores Magistrados: Acosta Sánchez, Presidente; Díaz Valverde, Vicepresidente; Nugent y García Marcelo, pronuncia sentencia:

ASUNTO:

Recurso Extraordinario interpuesto por don Arturo Jorge Chilín Rojas contra la Resolución expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas sesenta, su fecha treinta de marzo de dos mil, que declaró improcedente la Acción de Hábeas Corpus.

ANTECEDENTES:

Don Arturo Jorge Chilín Rojas interpone Acción de Hábeas Corpus a favor de sus menores hijos J.A. y L.A. Ch. S. y contra don Juan Félix Paredes y doña Olga Suárez Evaristo de Paredes.

El actor sostiene que los emplazados, sin tener derecho alguno sobre los menores beneficiarios, obrando de manera ilegal, los vienen reteniendo a la fuerza e incluso han llegado al extremo de impedirle al actor poder verlos y brindarles los cuidados necesarios que les debe en su condición de padre.

Realizada la investigación sumaria, la emplazada doña Olga Suárez Evaristo de Paredes depone que "el accionante se ha sustraído a su obligación de padre [...] que no tiene un oficio conocido y estable por lo que no va a poder brindarles a sus hijos la seguridad emocional y económica [...]". Por su parte, el denunciado don Juan Paredes Velásquez declara que "[...] el día nueve de febrero del presente año ha interpuesto una demanda por tenencia y custodia de los menores favorecidos ante el Tercer Juzgado de Familia del Cono Norte [...]".

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas treinta y dos, con fecha diecisiete de marzo de dos mil, declaró fundada la Acción de Hábeas Corpus, por considerar, principalmente, que "[...] no habiendo los denunciados desvirtuado con elementos probatorios suficientes, concretos y objetivos las imputaciones que contiene la denuncia, ésta debe ser amparada".

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fojas sesenta, con fecha treinta de marzo de dos mil, revoca la apelada, y la declara improcedente, por considerar principalmente que, "[...] los menores siempre estuvieron bajo la protección directa de los denunciados, al igual que la madre fallecida, con pleno conocimiento y autorización del pretensor del Hábeas Corpus; en consecuencia, no se prescribe violencia o arbitrariedad por tal parte, a lo que

se acota que el fuero especializado resolverá lo conveniente [...]". Contra esta Resolución, el accionante interpone Recurso Extraordinario.

FUNDAMENTOS:

1. Que el objeto de la presente acción de garantía es proteger la libertad personal de los menores beneficiarios a quienes los emplazados estarían reteniendo en su domicilio impidiéndoles comunicarse y recibir la visita de su progenitor, promotor de esta acción de garantía.
2. Que, del examen de los autos se aprecia que en sede judicial, el promotor de esta acción de garantía, progenitor de los menores así como los emplazados, sostienen disputa judicial ante el Tercer Juzgado de Familia del Cono Norte de Lima sobre derecho de tenencia de los beneficiarios; en este sentido, los actos denunciados como atentatorios al derecho constitucional a la libertad individual en realidad forman parte de una controversia sobre derechos legales, que deben ser dilucidados en la vía ordinaria y no mediante este proceso constitucional que tiene por objeto restaurar derechos con rango constitucional,.
3. Que en el presente caso, resulta de aplicación contrario sensu, el artículo 2º de la Ley N° 23506 que establece que las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica;

FALLA:

CONFIRMANDO la Resolución expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas sesenta, su fecha treinta de marzo de dos mil, que revocando la apelada declaró **IMPROCEDENTE** la Acción de Hábeas Corpus. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

ACOSTA SÁNCHEZ

DÍAZ VALVERDE

NUGENT

GARCÍA MARCELO

ANEXO II: CUESTIONARIO

CUESTIONARIO SOBRE LA VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA FAMILIAR EN LA SUSTRACCIÓN INDEBIDA DE UN MENOR EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Agradeceremos su participación en el desarrollo del presente cuestionario que tiene por finalidad conocer la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor.

El cuestionario es anónimo.

I. Aspectos generales

1.1 Actividad que realiza (la más frecuente) en su carrera

- a) Investigación (Jurídica) ()
- b) Docencia universitaria ()
- c) Magistratura ()
- d) Otro:

1.2 Entidad donde labora:

1.3 Años de experiencia

- a) De 1 a 5 años (), b) de 5 a 10 años (), c) de 10 a 15 años ()
- d) de 15 años a más ().

1.4 Sexo

- a) Masculino ()
- b) femenino ()

II. Preguntas del cuestionario

2.1 Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia física familiar:

- a) Si ()
- b) No ()

¿De qué forma sucedió?

.....
.....
.....
.....

2.2 Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo sea la madre:

- a) Siempre ()
- b) Casi siempre ()
- c) A veces ()
- d) Nunca ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.3 Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma física y el sujeto activo el padre:

- a) Siempre ()
- b) Casi siempre()
- c) A veces ()
- d) Nunca ()

¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

2.4 ¿Qué tipo de violencia física familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor?

- a) Aterrorizar (amenazar al niño) ()
- b) Abofeteó ()
- c) Patear o arrastró ()
- d) Empujar o aventar ()
- e) Escupir ()
- f) Jalar el cabello ()
- g) Golpear con manos, codos o cabeza ()
- h) Lanzar objetos a la persona con el fin de hierla.
- i) Usar objetos o armas de fuego y punzo-cortantes para golpear o agredir. ()

. ¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

2.5 Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia física familiar como agravante de la sustracción de menor:

- a) Si ()
- b) No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.6 Usted considera que la pena debe ser pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años cuando incurran en el delito de sustracción de menor:

- a) Sí ()
- b) No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.7 Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia psicológica familiar

- a) Si ()
- b) No ()

¿De qué forma sucedió?

.....
.....
.....
.....

2.8 Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica y el sujeto activo sea la madre:

- a) Siempre ()
- b) Casi siempre ()
- c) A veces ()
- d) Nunca ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.9 Usted cree que la mayoría de casos de sustracción indebida de un menor sea de forma psicológica y el sujeto activo el padre:

- a) Siempre ()
- b) Casi siempre ()
- c) A veces ()
- d) Nunca ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.10 ¿Qué tipo de violencia psicológica familiar se da con mayor frecuencia en la sustracción indebida de un menor?

- a) Rechazo - Implica actos verbales ()
- b) Aislamiento-Se refiere negar al niño(a) ()
- c) Poner limitaciones no razonables.
- d) La manipulación mental, esta forma de violencia supone el desconocimiento del valor de la víctima como ser humano ()
- e) Negligencia y/o abandono ()
- f) Acoso y hostigamiento ()
- g) Rechazo, discriminación por género ()
- h) Privación de la libertad ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.11 Usted considera importante que se tome en cuenta la violencia psicológica familiar como agravante de la sustracción de menor:

- a) Si ()
- b) No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

2.12 ¿Qué consecuencias existe cuando el sujeto pasivo (1 a 12 años) sufre violencia psicológica?

- a) Si
- b) No

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

CUESTIONARIO SOBRE LA VIOLENCIA FÍSICA Y PSICOLÓGICA FAMILIAR EN LA SUSTRACCIÓN INDEBIDA DE UN MENOR EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Agradeceremos su participación en el desarrollo del presente cuestionario que tiene por finalidad conocer la violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor.

El cuestionario es anónimo.

I. Aspectos generales

1.1 Actividad que realiza (la más frecuente) en su carrera

- a) Investigación (Jurídica) ()
- b) Docencia universitaria ()
- c) Magistratura ()
- Otro:

1.2 Entidad donde labora:

ESTUDIO JURIBICO

1.3 Años de experiencia

- a) De 1 a 5 años (), b) de 5 a 10 años (), c) de 10 a 15 años ()
- de 15 años a más ().

1.4 Sexo

- Masculino (), b) femenino ()

II. Preguntas del cuestionario

2.1 Usted conoce casos de sustracción indebida de un menor como forma de violencia física familiar:

- Si ()