



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho

Implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico

Integral Penal

Trabajo de Titulación previo a la obtención del
Título de Licenciada en Jurisprudencia y
Abogada.

AUTORA:

Paola Michelle López Pacheco

DIRECTORA:

Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2023

Loja, 17 de noviembre de 2022

Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva Mg, Sc.

DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACION

C E R T I F I C O:

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración del Trabajo de Titulación denominado: **Implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal**, previo a la obtención del título de **Licenciada en Jurisprudencia y Título de Abogada**, de la autoría de la estudiante **Paola Michelle López Pacheco**, con **cédula de identidad Nro. 1105828527**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva Mg, Sc.

DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACION

Autoría

Yo, **Paola Michelle López Pacheco**, declaro ser la autora del presente Trabajo de Titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Titulación en el Repositorio Institucional - Biblioteca Virtual.

Firma:

Cédula: 1105828527

Fecha: 13 de marzo 2023

Correo electrónico: paola.lopez@unl.edu.ec

Celular: 0988131654

Carta de autorización de Trabajo de Titulación por parte de la autora, para la consulta, reproducción parcial o total y publicación electrónica de texto completo.

Yo, **Paola Michelle López Pacheco**, declaro ser autora del Trabajo de Titulación denominado: **Implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal**, como requisito para optar el **Título de Licenciada en Jurisprudencia y Título Abogada**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Digital Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de titulación que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los trece días del mes de marzo de dos mil veintitrés, firma la autora.

Firma:

Autora: Paola Michelle López Pacheco

Cédula: 1105828527

Dirección: Loja, La Banda

Correo Electrónico: paola.lopez@unl.edu.ec

Teléfono Celular: 0988131654

DATOS COMPLEMENTARIOS

Directora del Trabajo de Titulación: Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva Mg. Sc.

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación se lo dedico primeramente a Dios por permitirme cumplir una meta más en mi vida, y de todo corazón a mis padres Enrique y Santy, por todo el amor y apoyo que me han brindado en cada paso de mi vida, son mi más grande ejemplo y motivación.

Paola Michelle López Pacheco

Agradecimiento

En primer lugar, agradezco a Dios por la inexplicable bondad y piedad que tiene con esta servidora, y también por haberme concedido la fuerza y voluntad para terminar esta carrera.

Asimismo, agradezco a mí adorada madre la señora Santy de Jesús Pacheco Vera, mi ángel de la guarda, mujer valiente y luchadora, a la cual admiro y amo inmensamente, por su determinación y compromiso; no me alcanzara la vida para regresarle a este ser de luz todo el amor, protección y apoyo incondicional hacia mi persona.

A mi padre, Manuel Enrique López Morocho, por apoyarme incondicionalmente en mis estudios, y por ser un gran ejemplo de superación, y por inculcar en esta persona los valores de honestidad, humildad, respeto y lealtad.

A mi valiente hermana, Mayerly Rosa López Pacheco, por ser mi confidente y por brindarme su apoyo y cariño incondicional.

A mi amado novio, un gran hombre, a quien admiro profundamente porque a pesar de los obstáculos y pérdidas que han tenido lugar a lo largo de su vida, ha sabido sobreponerse y salir adelante; gracias, por apoyarme y cobijarme con tu amor.

Y finalmente, mi sincero agradecimiento a todos quienes siempre han estado a mi lado apoyándome, los llevo por siempre en mi corazón.

Paola Michelle López Pacheco.

Índice de Contenidos

Portada.....	i
Certificación	ii
Autoría.....	iii
Carta de autorización.....	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice de Contenidos.....	vii
Índice de Tablas.....	xii
Índice de Figuras	xiii
Índice de Anexos.....	xiv
1. Título.....	1
2. Resumen	2
2.1 Abstract	4
3. Introducción	6
4. Marco Teórico.....	9
4.1 Derecho de familia	9
4.2 Familia.....	11
4.3 Menor	13
4.4 Progenitor	14

4.5	Desintegración Familiar	15
4.6	Patria Potestad	17
4.7	Tenencia	18
4.8	Régimen de visitas	20
4.9	Interés superior del niño.....	21
4.10	Derecho Penal.....	23
4.11	Delito	24
4.12	Pena	25
4.13	Sustracción de menores.....	27
4.14	Evolución del delito de sustracción de menores.	28
4.15	El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores.....	31
4.16	Sujetos del delito	32
4.16.1	Sujeto Activo	32
4.16.2	Sujeto Pasivo	35
4.17	Posibles factores de riesgo de la sustracción de menores.....	37
4.17.1	Crisis o rupturas conflictivas de parejas.	38
4.17.2	Divorcio	39
4.17.3	Matrimonios o parejas mixtas con entornos culturas y religiosos distintos.	41
4.17.4	Rechazo del menor.	41

4.18	Efectos sobre los menores de la sustracción interparental, a la luz de los instrumentos internacionales.	42
4.18.1	Cosifica al menor.	43
4.18.2	Instrumentaliza al niño.	43
4.18.3	Traumatiza al niño.	44
4.19	Procesos de criminalización, penalización y judicialización.	45
4.19.1	Criminalización.	45
4.19.2	Penalización.	47
4.19.3	Judicialización.	48
4.20	Normas Jurídicas ¡Error! Marcador no definido.	
4.20.1	Constitución de la República del Ecuador.	49
4.20.2	Convención sobre los Derechos de Niño.	52
4.20.3	Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.	53
4.20.4	Código de la niñez y adolescencia.	55
4.20.5	Código Civil.	60
4.20.6	Código Orgánico Integral Penal.	63
4.21	Derecho Comparado.	65
4.21.1	Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.	65

4.21.2 Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 al Código Penal Colombiano	69
5 Metodología	70
5.1 Materiales utilizados	70
5.2 Métodos	70
5.3 Técnicas	73
5.4 Observación Documental	73
6. Resultados	74
6.1 Resultados de las encuestas a profesionales del derecho	74
6.2 Resultados de las entrevistas.	84
6.3 Estudio de casos	88
7. Discusión	93
7.1 Verificación de objetivos	93
7.1.1 Objetivo general	93
7.1.2 Objetivos específicos	94
7.1.3 Contrastación de la hipótesis	100
7.2 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma.	100
8. Conclusiones	107
9. Recomendaciones	109
9.1 Proyecto de Reforma Legal	110
10. Bibliografía	115

11. Anexos.....	123
11.1 Oficio de designación del director del Trabajo de Titulación.	123
11.2. Certificación de traducción del Abstract	124
11.4 Formato de encuesta a profesionales del Derecho	125
11.5 Formato de entrevista a profesionales del tema.	128

Índice de Tablas

-Resultados

1. ENCUESTAS A PROFESIONALES DEL DERECHO.

Tabla estadística Nro.1	73
Tabla estadística Nro.2	75
Tabla estadística Nro.3	76
Tabla estadística Nro.4	78
Tabla estadística Nro.5	80
Tabla estadística Nro.6	81

Índice de figuras

-Resultados

2. ENCUESTAS A PROFESIONALES DEL DERECHO.

Figura1. Representación gráfica	75
Figura.2. Representación gráfica.....	76
Figura3. Representación gráfica.....	78
Figura4. Representación gráfica.....	79
Figura5. Representación gráfica.....	81
Figura6. Representación gráfica.....	83

Índice de Anexos

Anexo 1 Oficio de designación del director del Trabajo de Titulación.	123
Anexo 2 Certificación de traducción del Abstract	124
Anexo 3 Formato de encuesta a profesionales del Derecho	125
Anexo 4 Formato de entrevista a profesionales del tema.	128

1. Título

“Implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal”

2. Resumen

El presente trabajo de titulación, se fundamenta en la necesidad de implementar el delito de sustracción de menores en el código penal ecuatoriano; ya que el modelo tradicional de familia ha sufrido grandes cambios en los últimos años existiendo en las últimas décadas un gran incremento de separaciones y divorcios, que en parte han provocado situaciones donde se ponen en riesgo los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es importante garantizar el derecho de los menores a relacionarse libremente con ambos progenitores, lo que a su vez permite que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen íntegramente; cuando las conductas de sustracción, retención, ocultación y traslado se materializan por parte de uno de los progenitores se desemboca una serie de afectaciones psicológicas como lo es el síndrome de alienación parental (SAP), una de las formas más sutiles de maltrato infantil.

La implementación del delito de Sustracción de menores permitirá que no se vulneren los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, ya que el Estado ecuatoriano está obligado a velar por la seguridad, integridad y salud de los menores en el marco de la aplicación de Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, de tal modo, países Latinoamericanos y Europeos estiman en sus legislaciones la sustracción de menores, como una conducta acreedora de sanción; como forma de prevenir la vulneración de los menores.

En el presente trabajo, se aplicaron materiales y métodos; encuestas y entrevistas a profesionales del derecho, que sirvieron para recopilar una serie de resultados óptimos para formular el planteamiento del proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de incorporar dentro del catálogo de delitos el tipo penal de sustracción de menores, es decir, convertir la sustracción de menores en una conducta penalmente relevante, a fin de sancionar respectivamente esta conducta, para que, mediante la función preventiva de la pena, las personas

se abstengan del cometimiento de este tipo de conductas, y además, se garantice la reparación integral a la víctima, en defensa de sus derechos dentro del proceso judicial.

Palabras Clave: Derecho a relacionarse con ambos progenitores, sustracción de menores, principio de interés superior del niño.

2.1 Abstract

The present degree work is based on the need to implement the crime of child abduction in the Ecuadorian penal code; since the traditional family model has undergone great changes in recent years, there has been a great increase in separations and divorces in recent decades, which in part have caused situations where the rights of children and adolescents are put at risk.

It is important to guarantee the right of children to interact freely with both parents, which in turn allows children and adolescents to fully develop; when the behaviors of subtraction, retention, concealment and transfer materialize on the part of one of the parents, a series of psychological effects arise, such as the parental alienation syndrome (PAS), one of the most subtle forms of child abuse.

The implementation of child abduction crime will allow the rights established in the Ecuadorian Constitution not to be violated, since the Ecuadorian State is obliged to ensure the safety, integrity and health of minors within the framework of the application of International Treaties and Agreements on Human Rights, in this way, Latin American and European countries consider in their legislation the abduction of minors, as a conduct deserving of sanction; as a way to prevent the violation of minors.

In the present work, materials and methods were applied; surveys and interviews with legal professionals, which served to compile a series of optimal results to formulate the approach of the legal reform project to the Comprehensive Organic Criminal Code, with the purpose of incorporating the criminal type of child abduction into the catalog of crimes, that is, to convert the abduction of minors into a criminally relevant conduct, in order to respectively penalize this conduct, so that, through the preventive function of the penalty, persons refrain from committing

this type of conduct, and in addition, comprehensive reparation to the victim is guaranteed, in defense of their rights within the judicial process.

Keywords: Right to relate to both parents, child abduction, principle of the best child interests.

3. Introducción

El presente trabajo de investigación titulado “**Implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal**”, es de absoluta importancia puesto que aspectos como los conflictos familiares, la violencia, maltrato y la infidelidad provocan la desintegración familiar; especialmente cuando el padre y la madre del menor deciden terminar su relación, esto a su vez genera situaciones de riesgo e inestabilidad para el menor, donde en muchos casos ya sea por venganza o por odio hacia la expareja, o también por retomar la convivencia con el menor, uno de los progenitores sustrae, retiene, oculta o traslada de forma arbitraria e ilegal al menor, provocando que uno de los padres no pueda ejercer el derecho de custodia o visita que tiene respecto del menor, y a su vez, que el menor no pueda relacionarse, ni recibir la protección, cariño y cuidado de ese progenitor.

La retención y traslado ilegal del niño, niña o adolescente por uno de sus progenitores constituye una problemática que afecta e involucra el no cumplimiento de derechos fundamentales como el derecho a desarrollarse en un ambiente familiar estable y a la convivencia familiar, el derecho a la libertad, a la integridad personal y otros derechos conexos a estos, se conoce que el Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe y sanciona la retención y traslado ilícito de menores, sin embargo, la sanción no es proporcional al daño que genera en la víctima, por lo que, resulta trascendental la creación de un proyecto de reforma legal, a fin de establecer los lineamientos para establecer la sanción proporcional al victimario y simultáneamente determinar la reparación integral a la víctima de esta conducta.

Por estas razones, el presente trabajo de titulación, ha sido estructurada siguiendo una numeración secuencial ordenada para garantizar el entendimiento de los conceptos y teorías en estudio, es así que, usted, estimado lector, podrá encontrar dentro del marco teórico, una serie de

definiciones abarcadas por diferentes autores respecto del tema planteado. En lo principal se ha desarrollado conceptos como derecho de familia, familia, menor, progenitor, desintegración familiar, patria potestad, tenencia, régimen de visitas, interés superior del niño, derecho penal, delito, pena y sustracción de menores, conceptos que progresivamente terminan vinculándose con el delito de sustracción de menores.

Más adelante continuaremos con el desarrollo de la investigación doctrinaria estructurada por los siguientes temas: Evolución del delito de sustracción de menores, el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores, sujetos del delito, posibles factores de riesgo de la sustracción de menores, efectos sobre los menores de la sustracción interparental o sustracción de menores, a la luz de los instrumentos internacionales, y los procesos de criminalización, penalización y judicialización.

Por su parte, en los siguientes párrafos se realiza un estudio de las normas jurídicas relacionadas con nuestro tema de investigación como son la Constitución de la República del Ecuador, la Convención de los derechos del Niño, el Convenio de Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, el Código de la niñez y adolescencia y el Código Orgánico Integra Penal, y así también se realiza un análisis comparado con las legislaciones de otros países donde sí se encuentra tipificada la sustracción de menores como delito.

Además, este trabajo de titulación está conformado por un conglomerado de materiales y métodos que permitieron recopilar la información necesaria para la correcta fundamentación del proyecto de reforma; además, también se utilizaron técnicas como la encuesta y la entrevista, y estudio de casos, con los cuales se evidencio la pertinencia y necesidad de implementar este delito. Con lo enunciado, se logró satisfactoriamente verificar los objetivos generales y específicos, y de igual forma, contrastar la hipótesis.

Y, en la parte final del presente trabajo de investigación jurídica se exponen las conclusiones y recomendaciones, finalmente con todo lo analizado y estudiado a lo largo de la realización del presente trabajo se presenta el proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, para incorporar dentro del catálogo de delitos, la conducta penalmente relevante de sustracción de menores, a fin de sancionar y prevenir su cometimiento a través de la función preventiva que posee la pena.

4. Marco Teórico

4.1. Derecho de familia

Antes de entrar a la conceptualización del Derecho de familia, es importante definir lo que es el Derecho, Orna Sánchez (2011) lo define como el “Conjunto de normas jurídicas positivas que surge de la sociedad como un producto cultural generado dentro de leyes y que tienen la finalidad de regular las relaciones entre los miembros de esa sociedad, las personas y de estas con el Estado.” (pág. 2)

El Derecho es el conjunto de reglas de conducta de carácter obligatorio que surgen de la necesidad de construir una sociedad pacífica dentro de la cual las relaciones que se generen entre individuos se rijan en el respeto de los derechos de todos, además, de que se garantice el cumplimiento de las obligaciones que le corresponde a cada uno de los individuos que formen parte de la sociedad, esto con el fin de proteger el orden y la paz social.

El Derecho de familia ha sido definido por Bonnacasse como se lo cita en (López Díaz, 2005) como un “conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”. (pág. 91)

De acuerdo al autor el Derecho de familia, es la rama que estudia, protege y regula la organización de la familia desde que la misma se constituye como tal; esta constitución puede generarse ya sea a través de vínculos biológicos, de parentesco, matrimonio o adopción, además se encarga de regular y proteger las relaciones respecto a los derechos y obligaciones que nacen de estas formas de constitución familiar, por otro lado las relaciones jurídicas que se establecen entre dos o más personas con el fin de que una de ellas obtenga determinados servicios o bienes que nacen también de su vida haciendo referencia a las relaciones que se dan dentro de esta con los

individuos que la forman, y con terceras personas; y finalmente de su disolución que se puede dar por causas de separación, muerte, etc.

Ferrara como se cita en (López Díaz, 2005) señala que el Derecho de familia “...es el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los perteneciente a la familia entre sí y respecto de terceros.” (pág. 15)

El Derecho de familia son las reglas que permiten que se regulen las relaciones que nacen de la interacción y comunicación o las relaciones respecto de bienes o servicios que se generan entre individuos de una misma familia o entre estos individuos con personas ajenas al núcleo familiar.

María de Montserrat Pérez (2010) “El Derecho de familia se refiere a las normas de orden público e interés social que regulan y protegen a la familia y a sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana.” (pág. 25)

La familia es considerada de interés social porque es una unidad fundamental y estructural de la sociedad. La familia juega un papel crucial en la formación de la personalidad de sus miembros y en su desarrollo integral, y es por ello que se considera que la protección y regulación de la familia es necesaria para el bienestar y la estabilidad de la sociedad en su conjunto. Además, la familia es un entorno en el que se desarrollan valores, normas y relaciones interpersonales que tienen un impacto significativo en la vida de sus miembros y en la sociedad en general. Por estas razones, la familia es considerada de interés social y, por lo tanto, digna de protección y regulación por parte del Estado y la sociedad en su conjunto; y es ahí donde nace la necesidad del Derecho de familia de protegerla en base a los principios de igualdad, para garantizar que no se discrimine a los miembros de la misma por razones de género, orientación sexual, religión o raza, y así poder

garantizar que estos puedan gozar de todos los derechos que les corresponden y que les garantizan una vida digna.

4.2. Familia

Durante la edad media el término Familia se lo conocía como: Genitor, que hacía referencia a aquel que había gestado al niño; y Pater para hacer referencia a quien le daba nombre al menor y se hacía cargo de él, es decir padre y madre respectivamente. (Sanchez & Huaca, 2019, pág. 11)

Entonces desde la antigüedad la estructura de la familia se encontraba formada por un padre, una madre y un hijo, estos dos primeros se encargaban del cuidado y protección de este último.

Carlos López en su libro Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia (2005) manifiesta que la “Familia es la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación, alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos.” (pág. 17)

Como lo menciona el autor, la familia está unida por diferentes vínculos, que a continuación vamos a definir para lograr comprender mejor el concepto de familia; uno de los primeros vínculos que nos menciona el autor, son los vínculos de filiación, definidos como los lazos legales y emocionales que unen a una persona con su familia biológica o adoptiva. Estos vínculos establecen la identidad y la pertenencia a una familia, así como los derechos y obligaciones que surgen de esa relación. Los vínculos de filiación pueden incluir la paternidad, la maternidad, la adopción, el matrimonio y otros lazos familiares; también, se mencionan los vínculos de alianza, que son los lazos familiares creados a través del matrimonio o de otras uniones legales. Estos vínculos unen a dos familias y establecen relaciones de parentesco entre las personas involucradas. Los vínculos de alianza también pueden tener implicaciones legales y económicas, como la propiedad compartida y la responsabilidad financiera. En algunas culturas, los vínculos de alianza también pueden ser vistos

como un medio para fortalecer relaciones políticas y económicas entre familias; y finalmente, los vínculos de consanguinidad, entendidos, como los lazos de parentesco que existen entre dos personas que tienen un ancestro común. Estos vínculos pueden ser de sangre o de adopción y determinan las relaciones familiares, como padres, hijos, abuelos, tíos, primos, etc.

Entonces a criterio del autor la familia es la unión socialmente aprobada por la sociedad, es decir, la familia compuesta por un hombre, una mujer y sus hijos, quienes por medio de lazos como los mencionados en párrafos anteriores, se encuentran unidos entre sí, y de esta unión despliegan una serie de obligaciones, y derechos, que tanto los miembros de la familia, como el Estado deben proteger y garantizar.

Es importante destacar que esta definición de la familia es tradicional y limitada, ya que en la actualidad existen muchas formas de constituir una familia, incluyendo familias monoparentales, familias homoparentales, familias adoptivas, entre otras.

Por su parte Estrada (1997), asegura que: “La familia es un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo, constituyéndose en la unidad básica de la sociedad” (págs. 47-48)

La familia se constituye o construye por la relación que existe entre un grupo de individuos, relación que puede darse de tres distintas formas, la primera es por medio de vínculos biológicos, es decir, entre individuos que comparten los mismos genes; la segunda es por medio del acto legal por el cual dos individuos legalmente capaces libre y voluntariamente se unen para realizar la comunidad de vida, en la cual ambos se respetan, se asisten y se ayudan, independientemente de si procrean o no hijos; y la tercera, es el acto jurídico por medio del cual una pareja o persona acoge como hijo suyo a un menor que no comparte sus mismos genes, pero este acto confiere al adoptado

la situación de hijo de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno filial.

Ximena Torres y Carmen Puchaicela (2019) manifiestan que “La familia es una comunidad de vida, que dada su estructura, conforma una institución natural con fines y objetivos propios, que se enmarcan en el desarrollo integral y potencial de cada uno de sus miembros. De este modo la familia se constituye en la base de las relaciones humanas.” (pág. 5)

La familia nace espontáneamente, porque no tiene la necesidad de que el Estado intervenga para nacer y formarse como tal, además es una institución que se rige por costumbres y creencias, las cuales se plasman en la educación y comportamiento de los individuos que forman parte de ella; la familia es el núcleo de la sociedad porque se considera el medio de preservación de la vida, además, dentro de ella los individuos desarrollan habilidades y destrezas como resultado de las interacciones que mantienen entre sí o con terceras personas ajenas al entorno familiar, lo que les permiten satisfacer sus necesidades, intercambiar sentimientos, conocimientos y experiencias que a su vez les permiten enriquecer su desarrollo personal.

4.3. Menor

Guillermo Cabanellas (2002), define al menor de edad como “...quien no ha cumplido todavía los años que la Ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres o tutores.” (pág. 203)

El menor es todo individuo que se encuentra al cuidado de sus padres o persona encargada de su guarda, al igual que sus derechos y bienes, porque el Estado y la ley considera que no tiene la suficiente madurez emocional o física para hacerse responsable de sí mismo.

Ossorio (1978) define al menor como la“...persona a la cual se impone una serie de restricciones en el obrar, mas no en la titularidad jurídica, que suplen la patria potestad o la tutela con atenuación en ocasiones de la emancipación o habilitación de edad.” (pág. 594)

El menor es una persona que goza de derechos, los mismos que están representados legalmente por sus progenitores debido a que se considera que este sujeto aún no se encuentra en la capacidad de obrar por sí mismo; capacidad que adquiere cuando cumple la mayoría de edad establecida por la ley o cuando se emancipa ya sea voluntaria o legalmente, mientras tanto el Estado, la familia y la sociedad tienen la obligación de proteger y salvaguardar la vida y derechos de este individuo.

Mónica González (2011) sostiene que “El concepto menor deriva de la posición de menor de edad, pero con el uso se ha convertido en una forma de designar a las niñas, niños y adolescentes.” (pág. 36)

El termino menor a juicio de la autora se utiliza para hacer referencia a todo niña, niño o adolescentes, sin distinción de género, por ende, se sobreentiende que menor es todo individuo que aún no ha cumplido la mayoría de edad que son dieciocho años, edad en la que esta joven ya se hace cargo de sus conductas, y de las consecuencias de estas.

4.4. Progenitor

El término progenitor según Porto y Gardey (2013) “Progenitor, cuyo origen etimológico nos remonta al latín progenitor, es un término que se usa para nombrar al padre de un individuo. En concreto, el concepto refiere al pariente que, respecto a un sujeto, se halla en una línea ascendente” (pág. 2)

Guillermo Cabanellas (1979) define al progenitor como “El padre o la madre. Por extensión, cualquier otro ascendente en línea recta” (pág. 260)

De acuerdo a la definición de los autores, el progenitor es cualquier individuo que se encuentre en línea ascendente de otro individuo, dando a entender que el progenitor sería el padre o la madre, y en caso de no existir ellos los siguientes en la línea serían los abuelos.

Ossorio (1978) conceptualiza o se refiere al progenitor como “El que procrea o engendra. (Ascendientes madre, padre.)” (pág. 781)

El autor manifiesta que el progenitor es el hombre y mujer que por medio del acto sexual han procreado un niño, a quien llamarán hijo, y tendrán la obligación de proteger, criar y cuidar.

4.5. Desintegración Familiar

Fresno García. (2013), define:

La desintegración familiar o familia desintegrada como un conjunto de personas que no forman un grupo, aunque están unidos por vínculos de consanguinidad. Cuando uno o varios miembros de la familia no están cumpliendo con sus funciones, entonces se puede considerar que no hay una integración. (pág. 36)

La desintegración es la acción de dividir algo o de romper algo, dentro del núcleo familiar esta desintegración se produce cuando se quebrantan los lazos de unión y los vínculos afectivos que mantenían unidos a los padres con sus hijos, y a estos últimos entre sí, al desaparecer los vínculos afectivos los integrantes de la familia se ven obligados a buscar la forma de satisfacer sus necesidades, tomando así una posición individualista donde únicamente se vela por el bienestar propio sin importar el resto y esto provoca que se deterioren aún más los lazos afectivos y físicos que los une.

Según Horton (1986) y de Laurens (2006) como se cita en (Losada & Caruso, 2021) “La desintegración familiar es la pérdida de la unidad familiar, significa que uno o más miembros dejan de desempeñar adecuadamente sus deberes y obligaciones.” (pág. 72)

La unidad familiar es el conjunto de individuos que están unidos por vínculos de parentesco cuyas fuentes son el matrimonio, la filiación y la adopción, estas fuentes a su vez despliegan una serie de derechos y obligaciones que tienen estos individuos entre sí, cuando las relaciones familiares se deterioran estas obligaciones e incluso derechos se ven abandonados por sus responsables, esto puede ocurrir por diferentes razones, como conflictos internos o cambios en las formas de comunicación, o por razones económicas, entre otros; lo que finalmente termina provocando una ruptura y separación en la familia.

Además, la desintegración familiar puede tener un impacto negativo en la sociedad en general, ya que la familia es una unidad importante para la transmisión de valores y normas y para el desarrollo de los miembros individuales. Por estas razones, es importante tomar medidas para prevenir la desintegración familiar y para ayudar a las familias a superar los desafíos que puedan enfrentar.

De acuerdo a Villalobos (1999) como si cito en (Karina, Oferne, & Eder, 2020) “La desintegración familiar constituye el factor que más tensión emocional genera a los niños, además se produce una inestabilidad afectiva y física afectando de diferente forma a cada uno de sus miembros.” (pág. 137)

La desintegración familiar no es necesariamente el resultado del divorcio o separación, sino de una familia donde sus miembros ya no se sienten unidos por ningún tipo de vínculo y eso trae consigo consecuencias que principalmente afectan al ámbito emocional y psicológico de los menores, quienes se sienten abandonados, inseguros y solos, estas consecuencias pueden visualizarse en el cambio de personalidad del menor, se vuelven introvertidos, solitarios e incluso explosivos, con bajo control de sus emociones, en la escuela su rendimiento académico disminuye

e incluso pueden llegar a presentar enfermedades o trastornos mentales; las consecuencias que se presentan en los demás miembros de la familia pueden ser del mismo grado o inclusive mayor.

4.6. Patria Potestad

La Patria potestad esta conceptualizado, según D' Antonio Hugo, como: “La institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores para los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos”. (Pérez, 2014, pág. 252)

A criterio del autor la patria potestad protege y compromete a los padres el cuidado, la educación, la alimentación y todo lo que sea necesario para que el hijo se desarrolle de manera óptima.

Ruggiero (2014) sostiene que

La patria potestad es una institución jurídica, y más que una potestad o un derecho en interés de quien la ejerce, tiene una función protectora de los hijos menores de edad, que promueve el desarrollo físico e intelectual de éstos y la salvaguarda de sus bienes materiales y morales, y resulta una carga impuesta a quien debe ejercerla. (pág. 253)

A juicio del autor, la patria potestad es un derecho y obligación que la ley le otorga a los progenitores en beneficio de los hijos; coincide con el autor anterior al mencionar que la función de la misma es protectora, ya que le encomienda a los padres la tarea de velar por los intereses, bienes y derechos de los hijos lo que permite garantizar el desarrollo de sus habilidades en diferentes áreas ya sea perceptivas, motoras, cognitivas, de lenguaje, socio-emocionales y de autocontrol, estas a su vez le permiten al menor desarrollar sus destrezas y habilidades para relacionarse con su entorno.

Josserand como se citó en (Llanos, 2014) menciona que:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos. Aquí también es de notar a la ley como la fuente de la patria potestad, pues es esta la que en última instancia la que concedería los derechos e impondría los deberes. (pág. 14)

La patria potestad se ejerce sobre los hijos no emancipados, porque es la emancipación la que da fin a la patria potestad, y esta puede darse de tres formas: legal, voluntaria y judicialmente; la emancipación legal se efectúa cuando el hijo a cumplido la edad de dieciocho años, por la muerte del padre en caso de no existir la madre, entre otras; la judicial se efectúa por sentencia de un juez, cuando los padres han incurrido en conductas que los hacen incapaces de ejercer la patria potestad como maltratar habitualmente al hijo, cuando se los declare culpables de un delito y se les aplique una pena de cuatro años o mayor, entre otras; y la voluntaria se lleva acabo cuando el padre o la madre declaran emancipar al hijo, y él lo consiente, este acto lo realizan frente a un notario; mientras la emancipación no tenga lugar el padre está obligado a sustentarlo económicamente, además de proteger y efectivizar el goce de todos los derechos que la ley le otorga al hijo.

4.7. Tenencia

Fermín, Flor, Consuelo y Autores (2012) “Desde el punto de vista jurídico, la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres guardadores. Es uno de los derechos que tiene los padres de tener a sus hijos en su compañía.” (pág. 100)

Para la Tratadista Graciela Medina (2001) “La Tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad”. (págs. 2-3)

La tenencia es un derecho de los progenitores, que se entiende como la custodia de el o los hijos a uno de los padres, entendiéndose con esto que el menor vivirá y permanecerá en la vivienda del progenitor al que se le ha acreditado la custodia, esta tenencia la otorga un juez optando siempre por lo mejor para el menor, y escogiendo a quien se encuentre en mejores condiciones para poder hacerse cargo de él.

La tenencia surge como producto de la desintegración familiar, la misma que se da como motivo de la separación conyugal o de una disolución legal del vínculo matrimonial, la primera no altera jurídica ni legalmente al vínculo matrimonial en los términos de la ley, es decir, aunque hayan decidido por voluntad de uno o de ambos terminar la cohabitación de forma permanente, estos continúan unidos en matrimonio; por otro lado, la disolución legal es la disolución absoluta del matrimonio que declara un juez a petición de uno o ambos cónyuges y que requiere de ciertos requisitos para que se autorice.

La autora Patricia Villena (2011) plantea lo siguiente: “La tenencia es una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la custodia y tenencia a uno de los cónyuges, a los dos en forma compartida, o a un tercero si fuere necesario.” (pág. 70)

Por lo general la tenencia se encarga a uno solo de los progenitores, quien tendrá al menor bajo su cuidado y viviendo con él para brindarle el amor, protección y la educación que necesita; pero actualmente, existe la tenencia compartida, donde ambos progenitores divorciados o separados pueden permanecer con sus hijos en partes iguales; Sin embargo cuando ninguna de los padres está en óptimas condiciones para hacerse cargo del menor esta tenencia queda a cargo de un tercero, que puede ser tanto una persona ajena al núcleo familiar o una institución del Estado.

4.8. Régimen de visitas

Para Albán (2010) el régimen de visitas es “La facultad de todo progenitor con el fin de visitar periódicamente al niño, niña o adolescente por efecto de una resolución judicial de tenencia o ejercicio de patria potestad.” (pág. 161)

A criterio del autor el régimen de visitas es la capacidad legal que tiene un progenitor para visitar regularmente a su hijo o hija, y con esto mantener el contacto, y estar presente en la vida y crecimiento del mismo; así también, el texto sugiere que el régimen de visitas es una cuestión regulada por la justicia, y no por la voluntad de los progenitores.

Claramente es un derecho del progenitor y del menor, tomando en cuenta que para ambos es importante mantener la comunicación para fortalecer los lazos entre ellos, pero más allá de eso, este derecho no busca en sí satisfacer los deseos o necesidades de los progenitores, o parientes cercanos al menor, o al menos ese no es su objetivo principal, sino más bien su objetivo es cubrir las necesidades de los niños, niñas y adolescentes; necesidades educacionales, emocionales, psicológicas y afectivas que le permitirán al menor un desarrollo seguro, sano y equilibrado.

El régimen de visitas según Enrique Varsi (2008), es “El derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padre e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico.” (pág. 10)

Las relaciones entre padres e hijos permiten que estos últimos se desarrollen favorablemente, que sus destrezas y capacidades se fortalezcan; cuando las relaciones entre esposos terminan, los hijos pasan a vivir en el hogar de uno de ellos, ya sea del padre o la madre, de ahí nace la necesidad de establecer un régimen de visitas, un derecho, en beneficio de padres e hijos que les permite que estos puedan seguir manteniendo comunicación, al igual que la tenencia, el régimen de visitas es otorgada por un juez el mismo día en que se otorga la tenencia.

El autor Juan Pablo Cabrera Vélez (2009) señala que: “El régimen de visitas es un derecho que fomenta la relación entre familia dentro de cualquier grado y el menor, por tanto actúa como ente organizador de las relaciones familiares; pero además de esto juega un papel básico, en las veces que permite que la familia que ostenta el régimen de visitas, pueda de cierto modo fiscalizar la crianza del menor, ya que de observar malestar, podría solicitar un cambio en la tenencia.” (pág. 27)

El régimen de visitas permite que los padres o familiares que no hayan sido favorecidos con la tenencia o custodia del menor puedan visitarlo periódicamente lo que les permite mantener comunicación con él y participar activamente en su formación tanto educacional como emocional, pero además les permite estar al tanto de si el hogar donde vive el menor es óptimo, si es un ambiente sano para su desarrollo, y si el progenitor a cargo está educándolo con amor, respeto y responsabilidad, y si está cubriendo todas sus necesidades; caso contrario, si se llegara a conocer que este maltrata al menor ya sea verbal o físicamente, los familiares o el otro progenitor pueden pedir que le sea retirada la custodia del menor, y se le otorgue a otro.

4.9 Interés superior del niño.

Eulalio López Contreras (2015) sostiene que “El Interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia, definiéndose como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña.” (pág. 55)

En todo proceso donde se vea inmerso un menor de edad, el interés superior es el principio que siempre debe prevalecer, para proteger los derechos del menor, además, cuando varios

intereses entran en conflicto, este principio obliga que las autoridades ajusten sus decisiones y acciones a favor de lo que sea mejor para el niño, niña o adolescente.

Así también como menciona el autor este principio permite garantizar una mejor protección a los derechos del menor, sobre todo a aquellos derechos encaminados a proteger y preservar la integridad del menor, tanto física como psíquica, logrando así que el menor desarrolle sus habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales, y que su persona en ningún momento se vea expuesta a tratos crueles o denigrantes. Por tanto, el interés superior del niño es de carácter fundamental para asegurarle al menor un ambiente libre de violencia.

Jean Zermatten (2003) indica: “El Interés Superior del Niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social.” (pág. 15)

En la presente definición se establece que el interés superior del niño es un "instrumento jurídico" lo que significa que es una herramienta legal para garantizar que el interés del menor prime al momento de resolver cuestiones que le afecten, entendiéndose por tanto que ni el interés del Estado, ni de la sociedad o los padres son considerados prioritarios en relación a los derechos del niño, puesto que, en todo momento se debe garantizar que los niños, niñas o adolescentes disfruten en todas las etapas de su vida de sus derechos y libertades, las mismas que les permiten desarrollarse saludablemente.

Miguel Cillero Bruñol como se cita en (Revilla, 2011) define brevemente al interés superior del niño y dice que “el interés superior del niño es, nada más, pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.” (pág. 42)

El Estado considera a las niñas, niños y adolescentes un grupo de atención prioritaria, a quienes se los debe proteger, además de garantizar un ambiente donde puedan ejercer libremente sus derechos, desarrollar sus habilidades y destrezas, y mantener relaciones sanas con su entorno,

lo mismo que les permitirá alcanzar una vida con salud física, psíquica y emocional, y que en un futuro les permitirá ser adultos de bien que le aporten a la sociedad con valores, y conocimientos.

4.10. Derecho Penal

Luis Jiménez de Asúa (2005) define al Derecho Penal como un:

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. (pág. 18)

El Estado es quien ostenta el poder punitivo, facultad que le permite crear e imponer penas, además de reprimir todas las conductas que atenten o lesionen bienes jurídicos, y el Derecho penal se constituye como el límite a ese poder punitivo, que mediante reglas o normas jurídicas determina las conductas o circunstancias, que se constituirán como delitos y que son acreedoras de sanciones o penas para quien las haya cometido, por ende, el Derecho penal cumple doble función, por un lado reprime toda conducta que constituye una infracción penalmente relevante y por otro parte tiene una función preventiva, que busca que los individuos se abstengan de cometer infracciones, utilizando a la pena como un medio para causar temor en la ciudadanía.

Para Mir Puig (1976) es el “Conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil.” (pág. 8)

El Derecho penal es el conjunto de reglas por medio de las cuales se impone a las conductas ilícitas o a la intención de cometerlas, sanciones restrictivas de libertad y derechos, medidas cuya finalidad son prevenir el cometimiento de afectaciones futuras y la indemnización de los daños y perjuicios que se haya cometido contra la víctima de la conducta ilícita.

Lascuraín Sánchez (2019), conceptualiza al Derecho penal en su obra Manual de Introducción al Derecho penal, como:

Derecho Penal trata pues de las conductas gravemente castigadas: de las conductas que quien ostenta el poder considera, desde su perspectiva valorativa, como las más nocivas, las más lesivas para la sociedad. Y que, por lo tanto, pretende reprimir: primero, prohibiéndoles, y después, castigando al que se salta la prohibición. (pág. 28)

El Derecho penal, es una rama del derecho público que recoge, determina y agrupa dentro de la ley penal las conductas u omisiones que lesionan derechos o bienes protegidos por el Estado, el cual a su vez en ejercicio del poder punitivo impone medidas de seguridad o penas que son proporcionales a la nocividad y lesividad de la conducta y que están legalmente establecidas; estas conductas se conocen como delitos o contravenciones y tienen la función de prevenir a la sociedad de que se abstengan de cometerlas para mantener la seguridad y paz ciudadana, pero en el caso de ser cometidas se impone la sanción correspondiente al infractor.

4.11. Delito

En la época Romana existieron varias expresiones para referirse al delito, tales como:

“scelus, fraus, maleficium, flagittum, facinus, peccatum, probarum, delictum, crimen, palabras de las cuales solo predominaron las expresiones delicto o delictum, estas que proviene del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse resbalar, abandonar, abandono de una ley” (Asúa, 2004, pág. 2)

Por tanto, se entiende que el termino delito hace referencia a las conductas que no son bien vistas por la ley ya que ponen en peligro o violan los derechos de los ciudadanos, alterando la paz social y la seguridad.

Zaffaroni (2002) El Derecho penal concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con qué actuó). (pág. 13)

El delito es una conducta que produce caos dentro la sociedad, altera el orden social porque genera inseguridad e incertidumbre en las personas; además de que trasgrede derechos o bienes que el Estado protege; quien realiza esta conducta lo hace libre y voluntariamente y con conocimiento de que el acto que está realizando está prohibido por la ley ,por lo tanto, el conocimiento de las consecuencias de esta conducta convierte al infractor en un sujeto imputable al que se le puede imponer una sanción que deber ser siempre proporcional a la falta cometida.

Emmanuel Kant (1986), establece que “El delito es una decisión ética, un acto de libertad que contradice la racionalidad general consensuada de la sociedad, un agravio a la sociedad y en consecuencia un desequilibrio de la justicia.” (pág. 39)

El delito es la acción o conducta que realiza una persona de manera voluntaria aun sabiendo que esto va en contra de lo que dispone la ley, además de que como resultado de dicha acción podría ponerse en peligro o vulnerarse el bien jurídico protegido por el Estado, alterando así la seguridad, la justicia y el buen vivir; derechos constitucionales que son del goce y disfrute de todos. No se podría considerar delito a una conducta que no se encuentra previamente tipificada y sancionada en la ley.

4.12. Pena

La palabra pena etimológicamente, deriva de la expresión latina poena que a su vez deriva del giego poine que quiere decir dolor, que se relaciona con ponos que significa sufrimiento; y en sentido jurídico la pena es el dolor físico y moral que el Derecho aplica como consecuencia

inevitable a quien quebranta la ley al incumplir una obligación, cuando con la obediencia de la norma se satisfagan intereses sociales importantes. (Domínguez, 1991, pág. 107)

La pena es un castigo impuesto legalmente por el Estado a fin resarcir el daño producido por la conducta llevada a cabo por el sujeto infractor, quien con su conducta ha lesionado derechos y ha incumplido la norma.

El autor Cuello Calón (2000), manifiesta: “La Pena es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal.” (pág. 71)

La pena es el resultado de la norma, que se impone cuando se ha cometido una conducta antijurídica, típica y culpable; la pena está ligada intrínsecamente al delito; es decir, por cada delito existe una pena que ha sido determinada previamente a la ejecución de una infracción, y que el Estado le impone al sujeto que ha cometido la conducta ilícita.

El catedrático Mauricio Enrique Pacheco (2015), manifiesta:

La pena es la restricción de la libertad, la cual se encuentra humanizada en la actualidad, se impone a quien ha cometido un delito, previa imposición judicial mediante un debido proceso de su responsabilidad penal, para lo cual, se respetará los derechos y garantías de los condenados. (pág. 85)

La pena se le impone a un sujeto a quien mediante sentencia se lo ha declarado culpable de un hecho ilícito; esta pena tiene efectos jurídicos que recaen sobre el infractor, por lo que la imposición de esta, restringe al sujeto una serie de derechos, por tanto, la persona se encuentra limitada del ejercicio de los derechos de libertad, propiedad o participación; la pena se ha humanizado, evitando así que los estados que son quienes ejercen el poder punitivo establezcan

penas capitales o tratos crueles a los infractores, la pena es ahora más bien considerada como un mecanismo de rehabilitación social.

Antes de la imposición de una pena, se lleva a cabo un proceso para demostrar que el sujeto que está siendo acusado de un delito, es realmente responsable de este, durante el transcurso se debe garantizar al procesado su derecho al debido proceso, el mismo que es un conjunto de garantías y derechos que lo protegen y le garantizan que todo se realice con transparencia y legalidad.

4.13. Sustracción de menores.

(Ledezma, 2021) menciona que “Se denomina sustracción, retención u ocultamiento ilícito a la separación unilateral e injustificada de una niña, niño o adolescente de la persona que legalmente detenta su guarda y custodia, ocultándolo o trasladándolo lejos de su lugar de residencia habitual.” (pág. 18)

La sustracción es el acto de apartar o separar algo o alguien de lo que forma parte o del lugar donde regularmente habita; la retención es conservar algo que debería devolverse u oponerse a que una persona se vaya de determinado lugar; y el ocultamiento se entiende como poner a una persona o cosa en un lugar en el que no pueda ser vista o encontrada, todas estas acciones dentro de la sustracción de menores, se cometen contra un menor de edad y contra quien se encuentra a cargo de su padre o tutor custodio, y se consideran ilícitos estos actos porque se producen contra la voluntad de estos sujetos.

Carillo (2010) “Es el acto de robar, retener y ocultar a uno o varios de los hijos o nietos con el objeto de privar a uno de los progenitores de su convivencia. Este fenómeno está vinculado a contextos de violencia intrafamiliar y a rupturas del vínculo matrimonial o de pareja.” (pág. 5)

De acuerdo a la definición del autor, quienes se entiende como sujetos activos de estas conductas son los progenitores o abuelos, ya que menciona hijos o nietos; quienes de manera

injustificada sustraen, retienen u ocultan al menor del progenitor o persona que se encuentra a cargo de la custodia o que goce de un régimen de visitas, obstruyendo el goce de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes sobre el niño, niña o adolescente, además, menciona que los motivos principales por los cuales se originan estas conductas son los conflictos familiares, el maltrato de uno de los progenitores hacia los hijos o el otro progenitor, ya sea de manera verbal o física, o cuando los progenitores se separan o divorcian por motivos de incomprensión o infidelidad.

Blanco Rodríguez y Raúl Santacruz (2013) “La sustracción interparental de menores o sustracción de menores, entendida como la acción que realiza uno de los padres u otro pariente cercano de un niño o una niña, sustrayéndolo, reteniéndolo u ocultándolo, con el propósito primario de impedirle el derecho de visita o de custodia al otro progenitor.” (pág. 2)

La sustracción de menores tiene como único fin privar a cualquier de los dos progenitores de su derecho de custodia o del derecho de visitas; los sujetos que puede ejecutar la acción son cualquiera de los dos progenitores o los parientes de los progenitores hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, al igual que los ascendientes.

4.14. Evolución del delito de sustracción de menores.

El delito de sustracción de menores no siempre se llamó así, y no siempre quienes figuraban como sujetos activos de este delito eran los progenitores, por el contrario, eran personas ajenas al núcleo familiar.

La Doctrina remonta los orígenes de la sustracción de menores a Roma donde se la conocía como Plagio, y la conducta consistía en “a quién sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad; a los que persuaden a un esclavo a huir, o bien los apresan, ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños,

mermando de tal manera a éstos en su patrimonio. (Corigliano, 2006, pág. 2), al que cometía esta conducta se lo llamaba plagiario y se lo condenaba a la pena de muerte.

Históricamente en España, el delito de sustracción de menores era un tipo que sancionaba a quien raptaba a un menor de edad y lo separaba de sus padres, esta conducta era realizada por un extraño al núcleo familiar.

El Código Penal de 1822 en el Capítulo IV del Título Primero de la Segunda Parte del Código Penal de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas y de la violación de los enterramientos, contiene algunos artículos que podrían considerarse antecedentes de lo que más tarde integraría la figura de sustracción de menores; en el artículo 664, dedicado a los raptos hacía referencia al robo de niños donde se tipificaba la conducta del sujeto que raptaba a una persona para hacerle daño o abusar de ella con violencia, intimidación o simulación de autoridad, dentro de esta figura también se sancionada al raptor de niños impúberes, aunque no tuviera intención de abusar de ellos o dañarlos, y ambas conductas se castigaban con la pena de cinco a nueve años de obras públicas. (Hernández, 2021, pág. 22)

Tras la derogación del Código de 1822, aparece el Código de 1848, en que el que tipificaba la conducta de sustracción de menores por primera vez y se ubicaba en los Delitos contra la libertad y la seguridad, dentro de este título en el artículo 398 se castigaba la sustracción de menores de siete años con una pena de cadena temporal caracterizada por su mayor duración, el individuo incurría en una situación de servidumbre, estando obligado al cumplimiento de trabajos forzados mediante cadenas o grilletes al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado. (Hernández, 2021, pág. 24)

El Código Penal de 1870 sitúa el delito de sustracción de menores entre los artículos 498 y 500 del Capítulo XII, de los delitos contra la libertad y la seguridad, en el artículo 498 se sancionaba

la sustracción de un menor de siete años con cadena temporal; y en el artículo 499 se imponía la misma pena y una multa de 125 a 1.250 al encargado de un menor que no lo presentara ante sus padres o tutores ni diera una explicación satisfactoria acerca de su desaparición: posteriormente, el delito de sustracción de menores se ubicaba en el Título XV del Libro II, del Código Penal de 1928 que recoge los delitos cometidos contra los menores. (Hernández, 2021, pág. 26)

En el Código Penal de 1932, este delito vuelve a reubicarse en el Título XIII del Libro II, relativo a los delitos contra la libertad y la seguridad; específicamente en el artículo 477 se sancionaba la sustracción del menor de siete años con una pena que podía abarcar desde el presidio mayor en su grado medio (ocho años un día hasta diez años) a la reclusión menor en su grado mínimo (doce años y un día hasta catorce años y ocho meses); luego, en el Código de 1944, se da un paso más hacia lo que actualmente se conoce como sustracción de menores, debido a que el artículo 584, castigaba a los padres suspendidos de la patria potestad que incumplieran el acuerdo adoptado por el Tribunal Tutelar, apoderándose del menor o retirándole del establecimiento o familia a cargo de él, extendiéndose la pena a terceros que cooperaran, apoderaran o recibieran al menor. (Hernández, 2021, pág. 29)

Posteriormente en el Código Penal de 1995 desaparece, de forma que la conducta de los progenitores que se trasladaban con los hijos menores sin el consentimiento del otro eran atípicas o conducidas forzosamente hacia los delitos de detención ilegal y secuestro; luego en el año 2002, con la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, la figura es recuperada como una figura específica de sustracción de un menor por parte del progenitor, donde se sancionaba únicamente al progenitor no custodio, esto representaba una desprotección a los derechos de este último, ya que únicamente se protegía el bienestar y derechos del progenitor que tenía a su cargo la tenencia del menor, quién no era sancionado si trasladaba al menor sin consentimiento del otro progenitor; y, finalmente, la

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, modifica el precepto para permitir que cualquiera de los dos padres e incluso algunos parientes cercanos pueda cometer la conducta, sin importar si disfrutan de la guarda y custodia o de un régimen de visitas. (Hernández, 2021, págs. 25-27)

4.15. El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores.

La Doctrina mayoritaria y la jurisprudencia indican que el interés tutelado es la “Protección del derecho del niño a desarrollarse en un ambiente estable...” (Cortina, 2017, pág. 11) ; a “...relacionarse regularmente con ambos progenitores en caso de crisis familiar...” (Cortina, 2017, pág. 11), que a su vez permiten garantizar el derecho al bienestar personal, físico, y psíquico del menor, derechos asegurados a través de una resolución judicial o administrativa. (Martinez, 2020, pág. 8), es decir, a través “del derecho de custodia que ejercen los padres o tutores respecto de los hijos o pupilos menores de edades” (Romo, 2005, pág. 120); derecho que es atribuido por un Juez cuando los padres se separan, entonces el menor se queda viviendo con uno de ellos quien se encarga de su cuidado y protección permanente , así como también por , “...el derecho a visitas...” (Hernandez, 2010, pág. 5) derecho que tiene el progenitor no custodio y parientes de relacionarse con el menor, y contribuir de igual forma en su educación y formación; este derecho se encuentra garantizado a través del régimen de visitas que es otorgado al igual que la custodia por un juez, con el fin de que el progenitor visite periódicamente al menor; y finalmente el derecho del niño a desarrollarse en un ambiente estable se protege a través de “...el derecho del menor de edad a que viva en su hábitat natural. ” (Romo, 2005, pág. 120) En este último la doctrina hace referencia al lugar o espacio que el juez ha designado al menor mediante resolución para que viva; y este lugar, es el hogar del progenitor, persona particular o institución a quien se le asignado la custodia del menor.

Existen algunos derechos que están estrechamente vinculados entre sí, como el derecho a la salud de los niños niñas y adolescentes que comprende otros derechos como el derecho a desarrollarse en ambientes sanos, alimentación, a disfrutar de la convivencia familiar, entre otros, por ello, es fundamental establecer medios de protección contra los factores de riesgo, que puedan producir alteraciones en la salud de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho a relacionarse con ambos progenitores y desarrollarse en un ambiente estable, se relaciona directamente con el derecho a la salud, porque el mismo está enfocado en proteger la integridad del menor, en consecuencia, al garantizar la salud del menor, se evita la vulneración del derecho a la integridad personal, que garantiza desarrollo emocional, físico y psicológico del menor.

Los efectos de la sustracción de menores, se reflejan principalmente en la salud del menor, tanto en su parte psíquica, moral o física; por ende, mediante la represión de la conducta de sustracción de menores, se previene que la misma altere la salud del menor, para evitar que se disminuya o transgreda el derecho que tiene este a desarrollarse en un ambiente sano.

4.16. Sujetos del delito

El tipo penal de sustracción de menores evoluciono con los años experimentando variaciones en su estructura como en los sujetos que se percibían como sujetos activos o pasivos del mismo.

4.16.1 Sujeto Activo

El sujeto activo del delito es el agente que lleva a cabo una conducta típica, y que como resultado de esa conducta se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido.

En los primeros códigos quienes figuraba como sujeto activo era una persona ajena al núcleo familiar.

Posteriormente, el progenitor no custodio era únicamente sujeto activo de este delito, es decir, el padre o la madre que no tenían al menor viviendo con él, y que únicamente le realizaban visitas periódicamente.

Actualmente, son ambos progenitores, es decir, tanto el padre como la madre en cualquiera de los siguientes escenarios:

- El progenitor que no tenga la custodia del menor, y que aprovechando el régimen de visitas, retenga al menor y no lo devuelva o traslade al menor a otro territorio sin consentimiento. (Hernández, 2021, pág. 125)

El primer escenario en el que se configura el delito de sustracción es cuando el progenitor que no tiene la custodia del menor, sino más bien goza de un régimen de visitas, aprovechando ello, retiene al menor evitando que este vuelva con su progenitor, tutor o institución a cargo de su custodia e incluso podría darse el caso en que este retenga al menor y lo traslade a otro territorio dentro del país o fuera de este con la finalidad de ocultarlo , y evitar que el otro progenitor o parientes tengan contacto con el menor.

- El progenitor custodio que retiene al menor para impedir el disfrute del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, o traslade al menor a otro territorio sin el consentimiento de este último. (Hernández, 2021, pág. 125).

El segundo escenario de esta conducta se configura cuando el progenitor a cargo del cuidado del menor, es decir, el padre o la madre con quien vive el menor, retiene y oculta al menor con el fin de que no pueda recibir visitas ni relacionarse con su otro progenitor o con parientes cercanos a él; asimismo, la conducta se configura cuando se traslada al menor dentro o fuera del país con el fin de cambiar su lugar de residencia sin pedir el consentimiento del progenitor no custodio, conducta que priva al progenitor de su derecho de visita.

La doctrina también establece claramente que no existiría una conducta típica en cuanto al traslado del menor cuando la persona haya sido inhabilitada o privada, para el ejercicio de la patria potestad, entendiéndose que dicho ejercicio corresponde en exclusiva a otra persona, ya sea el otro progenitor o una tercera persona a quien se le haya atribuido la custodia del menor de edad, quien podría tomar unilateralmente la decisión de trasladar al menor sin necesidad de contar con el consentimiento del progenitor inhabilitado o privado del derecho de patria potestad. (Hernández, 2021, pág. 137). En otras palabras, no se considera sustracción cuando el progenitor que no ostenta la custodia del menor haya sido deshabilitado para ejercer la patria potestad, y el que tiene la custodia lo traslade a otro territorio y cambie el lugar de residencia sin consentimiento de este porque se entiende que es el único que se encuentra en ese momento ejerciendo la patria potestad y el cuidado del menor.

También son sujetos activos del delito los parientes del progenitor hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad, y los ascendientes del menor. (Hernández, 2021, pág. 143)

Son ascendientes del menor los abuelos y bisabuelos; y parientes de los progenitores hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad: los hermanos, y los conyugues de estos, todos estos sujetos también se configuran como sujetos activos del delito de sustracción de menores, ya sea que actúen en complicidad con uno de los progenitores o por sí mismos.

En conclusión, el sujeto activo de este delito puede ser tanto el progenitor a quien se le atribuido la tenencia del menor como el progenitor que tiene el derecho de visitas, es decir, cualquiera de los dos progenitores, pero también esta conducta puede llevarse a cabo por los ascendientes del menor o parientes del progenitor hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad, independientemente de si alguno de los progenitores se ve relacionado con la

comisión del delito; los demás parientes que no formen parte de este grupo mencionado en líneas anteriores no se entenderán como sujetos de este delito, por lo tanto, si llegaran a sustraer al menor no encajarían en el delito de sustracción de menores, sino serían sancionados acorde a otro delito que se encuentre dentro del código penal, como el secuestro.

4.16.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de un delito se entiende como el titular del bien jurídico que se ha lesionado o se ha puesto en peligro por la comisión de una acción ilícita.

Al igual que el sujeto activo, el sujeto pasivo también ha sufrido variaciones, al inicio eran ambos padres y el menor; posteriormente, el sujeto pasivo era el progenitor custodio y el menor raptado.

Actualmente, ambos progenitores son sujetos pasivos, pero también lo pueden ser los parientes o a la institución a cargo de la custodia del menor.

El menor de edad.

Javier Boix, como se citó en (Hernández, 2021, pág. 156) menciona que “el sujeto pasivo del delito de sustracción de menores debería ser el menor objeto de la sustracción.”

El autor considera que el sujeto pasivo debería ser únicamente el menor, ya que él es quien sufre más las consecuencias, porque es sobre quien recaen las acciones que los progenitores de manera irresponsable llevan a cabo.

Fontan Balestra (2008, pág. 264) argumenta que la víctima de éste delito es “...un menor de diez años, sin distinción de sexos...”

Balestra, coincide con el autor anterior en establecer que el sujeto pasivo es un menor, ya sea niño o niña, con la diferencia, de que en su criterio establece un límite de edad para que el

menor pueda configurarse como sujeto de este delito y es que este tenga una edad igual o menor a diez años.

Por su parte, Octavio García (2010, pág. 12), destaca “no pueden ser sujetos pasivos de este delito los menores de edad que estén emancipados.” Es decir, los hijos que ya no se encuentren bajo el cuidado y control de los padres ya sea porque voluntaria, judicial o legalmente se emanciparon.

En conclusión, quienes se configuran como sujetos pasivos principalmente son los progenitores e hijos menores, y en el caso de que el progenitor no sea quien ejerza la custodia del menor, sino más bien sea beneficiario de un régimen de visitas, y el menor permanezca bajo el cuidado de una institución pública u otra persona distinta del otro progenitor, estos dos últimos serían los sujetos pasivos.

El progenitor, tutor o institución a cargo de la custodia.

La doctrina y la Jurisprudencia italiana, sitúan el bien jurídico en la responsabilidad parental, lo que convierte al padre o al tutor en el sujeto pasivo de la conducta, si bien se reconoce que los derechos del menor (al menos en la modalidad de sustracción sin consentimiento del niño) se ven igualmente lesionados con la conducta. (Garafoli, 2016, pág. 102)

En esta concepción se plantea únicamente al progenitor o tercero encargado de la custodia del menor como sujeto pasivo, y se reconoce que los derechos del menor se ven afectados únicamente cuando se lo sustrae sin el consentimiento del mismo, o sea del menor.

Coincide con ello Maiza como se cita en (Recalde & Biglieri, 2013) quien determina que “...el ofendido directo por el delito es quien tiene legalmente la tenencia del menor y sufre la acción de despojo... Indudablemente, el niño que no ha cumplido 10 años, también resulta afectado, pues

en la mayoría de los casos de apropiación, pierden su estado de familia... sin embargo desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, es el objeto de la acción y ofendido indirecto.” (pág. 9)

De acuerdo al juicio del autor, quien goza de la tenencia es el sujeto pasivo del delito, así que se entiende, que el progenitor, tercera persona o institución a cargo del menor podrían configurarse como tal; porque son quienes sufren de manera directa las consecuencias de la conducta errónea e ilícita del progenitor no custodio, también, considera que el menor se ve afectado por esta conducta pero asegura que no se comprende como sujeto pasivo sino más bien como bien jurídico protegido u objeto del delito, porque es sobre quien recae la acción del sujeto activo.

Progenitor custodio y no custodio.

Posteriormente, el delito de sustracción de menores se modificó dando lugar a que no solo se considere al menor y progenitor custodio sujeto pasivo del delito, sino también al progenitor no custodio, porque, los derechos de este también se ven vulnerados cuando no se le permite mantener comunicación con su hijo a través del régimen de visitas.

Hernández (2021)“El sujeto activo puede serlo tanto el progenitor no custodio que, aprovechando el régimen de visitas, retiene al menor y no lo devuelve, con la consiguiente determinación del otro progenitor como sujeto pasivo; como el progenitor custodio que retiene al menor para impedir el disfrute del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, en cuyo caso sería este último el sujeto pasivo de la conducta.” (pág. 125)

El autor proyecta tanto al progenitor custodio como al que goza del régimen de visitas como sujetos pasivos del delito, dependiendo de quién lleve a cabo la conducta ya sea reteniendo, trasladando u ocultando al menor.

4.17. Posibles factores de riesgo de la sustracción de menores.

Edith Carillo en su artículo “Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México” (2011) analiza la configuración y causas de la sustracción familiar o sustracción de menores a partir de las narrativas de los progenitores quienes viven en carne propia esta problemática. (pág. 561)

Los progenitores que viven la sustracción aluden como causa principal de este hecho el conflicto de pareja y la violencia en los hogares; los cuales finalmente conllevan a separaciones turbulentas y que el padre o la madre decida llevarse a los hijos, ellos mencionan que esas son las principales causas, sin embargo, no descartan otras como los matrimonios mixtos, el rechazo del menor, que finalmente terminan siendo consecuencia de los conflictos de pareja, y el divorcio causa también de ello.

4.17.1 Crisis o rupturas conflictivas de parejas.

Carillo (2011) afirma que “Las situaciones de conflicto son aquellas que se generan cuando sólo uno de los progenitores decide terminar con la relación, ya sea porque simplemente no desea convivir con el otro o porque se tiene una nueva relación de pareja.” (pág. 565)

Principalmente cuando ya no existe entre la pareja o en uno de ellos ese deseo de convivir o seguir juntos, se comienzan a dar situaciones de desacuerdo, que pueden incluso originar agresiones ya sea verbales o físicas, lo que provoca un ambiente de hostilidad en el hogar, por otro lado, pueden presentarse situaciones de infidelidad por parte de uno de ellos o de ambos, lo que finalmente desemboca en una ruptura total de los lazos afectivos.

Espinoza (2014) “No hay duda que la sustracción, traslado o retención del hijo o hija es uno de los mecanismos más efectivos para infligir en la ex pareja el máximo daño posible. ” (pág. 50) Conductas que infligen daño debido al lazo afectivo que existe entre los padres y el hijo, entonces cuando uno de los progenitores sustrae al menor el daño en el otro progenitor es

severamente grave porque principalmente afecta al ámbito emocional y psicológico de la persona, e inclusive después podrían presentarse consecuencias en la salud física.

“Por eso, lamentablemente, en muchas ocasiones la sustracción o retención del menor es una expresión de un conflicto interno de la pareja.” (Espinoza, 2014, pág. 50) Un conflicto es el producto de la mala comunicación y convivencia de la pareja, o en si el resultado del desvanecimiento del amor vínculo afectivo que los mantenía unidos.

Espinoza (2014) manifiesta que se utiliza al menor, sin importar las necesidades del mismo, como instrumento de chantaje emocional contra el otro progenitor, bien para intentar preservar una relación ya terminada, bien por el sólo sentimiento de venganza o de celos en el caso de que su ex pareja comience una nueva relación sentimental, o por el hecho de no asumir la separación y que no verá diariamente a sus hijos. (pág. 50)

Al terminar una relación o durante la misma se originan disputas o rivalidades entre los padres producto como ya lo habíamos mencionado anteriormente de la mala convivencia, infidelidades, y rupturas conflictivas, lo que provoca que estos olviden sus deberes respecto al menor (hijo/a), quien, por lo general, queda en medio de esta situación que claramente no lo beneficia en lo absoluto. Los progenitores en su búsqueda de "ganar" esta rivalidad, priorizan sus sentimientos y necesidades personales, sin velar por lo que verdaderamente importa, que es el bienestar, derechos y estabilidad del menor.

4.17.2. Divorcio

El divorcio es la forma jurídica de disolver el matrimonio, ya sea a petición de uno o ambos cónyuges, con fundamento en las y formas establecidas por la ley.

Las causas pueden ser diversas, pueden ir desde un mutuo acuerdo entre la pareja de disolver el vínculo matrimonial hasta situaciones de conflictos e infidelidades, estas dos últimas

por lo general provocan secuelas y deseos de venganza en las exparejas lo que generalmente desemboca en las conductas que configuran el delito de sustracción de menores.

Carillo manifiesta (2011):

En estos eventos la sustracción se produce porque los progenitores o progenitoras que buscan iniciar “una nueva vida”, buscan eliminar la figura de la madre o del padre, o bien porque el progenitor o progenitora abandonado busca castigar por este medio a su pareja, porque vive como amenaza el ser suplido en su papel como progenitor o progenitora, o porque lo utiliza como medio para negociar la cuestión económica después de la separación. (pág. 565)

Después del divorcio puede darse que uno de los progenitores consiga una nueva pareja, y quiera que sus hijos consideren a esta persona como su padre o madre, por lo que pueda, que ejerza manipulación psicológica sobre el menor para lograr conseguir su objetivo, y de esta manera también lograr que sus hijos se alejen y pierdan toda comunicación con su padre o madre biológica, por otro lado, también podría suscitarse que el progenitor que no quería terminar con la relación, y que guarda en su interior un sentimiento de abandono sustraiga a los menores con el objetivo de infligir daño en su expareja o también porque considere que la pareja de su expareja busca reemplazarlo en su rol de padre o madre, y por último, podría darse que quien esté a cargo de su tenencia evite que el menor conviva debidamente con su padre o madre, con el fin de conseguir que el progenitor eleve la cantidad de dinero de la pensión alimenticia.

Referente al número de divorcios que se han dado en Ecuador a lo largo del año 2021, el Instituto Nacional de estadística y censos, en el boletín técnico de registro estadístico de matrimonios y divorcios (2021) presenta que “La tasa de matrimonios en el año 2021 es mayor que el año 2020, al pasar de 22,4 a 32,1 por cada 10.000 habitantes. Por otra parte, la tasa de divorcios

pasó de 8,3 a 12,7 por cada 10.000 habitantes; registrándose el mayor número de divorcios durante el mes de septiembre con 2.175 registros que representan el 9.67%.”

El número de divorcios del año 2021 es mucho más alto que el del año 2020, por lo que podemos determinar que las situaciones de riesgo de retención o sustracción de un menor pueden presentarse con mayor frecuencia.

4.17.3. Matrimonios o parejas mixtas con entornos culturas y religiosos distintos.

Fernández Espinoza (2014) sostiene, “El fin de una relación no tiene que implicar, por sí mismo, un riesgo de sustracción parental.” (pág. 50) No siempre cuando las parejas llegan a terminar su relación ya sea de hecho o por medio de la figura legal del divorcio, puede afirmarse que está por sí sola se podría configurar como una causal para que los progenitores lleven a cabo las conductas configurativas del delito de sustracción de menores, por lo general, existen otras razones de fondo que sumadas a la separación potencializan el riesgo de que cualquiera de los progenitores sustraiga al menor. “Un elemento que puede incrementar ese riesgo es el caso de matrimonios o parejas mixtas...” (Espinoza, 2014, pág. 51) que se comprende como la unión de dos personas que son de diferente raza, religión o cultura, y esto no siempre pero sí por lo general provoca que “... uno de ellos no se adapte a la cultura del país donde reside ni sea capaz de integrarse.” (Espinoza, 2014, pág. 51), por la diferencia de costumbres, lo que puede provocar desacuerdos entre los padres respecto a la crianza y educación del menor (hijo/a).

4.17.4 Rechazo del menor.

Fernández (2014) “Cuando un progenitor ve que su hijo/a no quiere estar con él...” (pág. 52) Este llega a sentirse rechazado, y le atribuye la responsabilidad de esta conducta a su expareja, además, asume que esta conducta es un “...ataque de su ex pareja hacia él.” (Espinoza, 2014, pág. 52), y generalmente suele ser así, ya que el otro progenitor por medio de chantaje

emocional y mentiras suele poner al menor en contra de su otro progenitor, y le provocan un odio injustificado.

4.18. Efectos sobre los menores de la sustracción interparental, a la luz de los instrumentos internacionales.

Bauman (2005) como se citó en (Carillo, 2011) apunta que en la modernidad los hijos e hijas cobran un nuevo significado para sus madres y padres, ya que se convierten en objetos de consumo emocional, al tener como fin principal el satisfacer las necesidades afectivas de los progenitores y progenitoras. (pág. 569)

Un objeto de consumo es adquirido con la finalidad de que satisfaga ciertas necesidades, así mismo, sucede con los hijos, los padres los desean con la finalidad de que este individuo les brinde felicidad, amor, compañía, entre otras cosas que ningún otro objeto puede brindarles.

Beck-Gernsheim y Beck (2001) explican que esta nueva forma de significar a los hijos e hijas obedece a que, en el contexto moderno, las relaciones de pareja se han vuelto inestables y temporales, lo que convierte al hijo o hija en la última relación primaria irrevocable, insustituible y no intercambiable. (pág. 569)

Considerar al hijo un objeto de consumo emocional, es producto de la creciente tasa de rupturas de parejas donde la falta de comunicación e incompreensión predominan. Los hijos se consideran una relación y fuente de amor, cariño y compañía irremplazable, por lo que llegan a ser utilizados como una “arma” de manipulación o venganza.

Los instrumentos internacionales respecto a los derechos y garantías de los niños han logrado delimitar tres efectos que produce la sustracción del menor por parte de uno de sus progenitores, que son:

4.18.1. Cosifica al menor.

Dentro de las consecuencias de la sustracción interparental o sustracción de menores esta la cosificación del menor que se entiende como reducir al menor ya sea niño o niña a la condición de 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.” (Rodríguez & López, 2012)

La dignidad humana es el derecho de todo ser humano de ser reconocido, respetado y valorado como un ser individual y social, este derecho se encuentra reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, y se considera fundamental para que toda niña, niño y adolescente puede gozar y ejercer libremente todos sus derechos reconocidos en esta convención y demás instrumentos internacionales. Cuando un menor es cosificado por sus padres, se lesiona este derecho.

4.18.2. Instrumentaliza al niño.

(Rodríguez & López, 2012) manifiestan que es este efecto surge “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.” (págs. 197-198) Por lo general, cuando las rupturas de pareja han sido conflictivas, florecen entre la expareja sentimientos de odio y venganza que los llevan a utilizar al menor (hijo/a) como un instrumento para infligir daño; el padre o madre que actúa así no toma en consideración al niño, no le importan las consecuencias que para el niño pueda tener su criticable acción; lo único que importa, es infligir el mayor daño posible en

su expareja, sin tomar, en cuenta que, únicamente será el menor quien llevara la peor parte, ya que sus derechos y su integridad, se verán cruelmente violentados.

4.18.3. Traumatiza al niño.

Este es considerado el impacto más grave; el delito de sustracción de menores, se considera un delito de violencia emocional, debido a las consecuencias que acarrearán las conductas de los padres sobre el ámbito emocional y psicológico del menor, quien está sujeto a traumas que habrán de reflejarse en toda su vida adulta.

(Steffen, 2006) como se lo cita en la obra de (Rodríguez & López, 2012) manifiesta que “El menor se convierte en una víctima del síndrome de alienación parental que afecta el equilibrio emocional, y origina la exclusión de una de las figuras parentales. (pág. 198)

Uno de los progenitores con el objeto de destruir todo vínculo que el menor pueda tener con su otro progenitor transforma y programa la conciencia del menor, por medio de distintas estrategias como mentiras y manipulaciones para provocar el odio del menor hacia su otro padre, y ponerlo por tanto únicamente a su favor; una vez, que el síndrome está presente y se ha internalizado en el menor, es el mismo menor quien contribuye con la campaña de desacreditación del padre alienado.

El síndrome de alienación parental no solo destruye la salud psicológica, sino también familias, crea ciudadanos socialmente incompletos, llenos de inseguridades, que posteriormente trasladarán estas inseguridades a su entorno, en donde quizá que ciclo se vuelva a repetir.

La psicóloga sanitaria y forense Sonia Rodríguez en su artículo Como demostrar el Síndrome de Alienación Parental (SAP): La prueba psicológica (2020, pág. 20); determina algunas consecuencias que se pueden presentar en el menor víctima de esta forma de abuso psicológico, y que pueden manifestarse a corto, medio y/o largo plazo, pero siempre terminan siendo

devastadoras para el psiquismo infantil. El menor que sufre el síndrome, presenta problemas de autoestima y frustración; dificultades en el desarrollo de habilidades sociales al construir relaciones de pareja o amistad; problemas en el ámbito escolar, su rendimiento académico disminuye; presentan sensaciones de miedo, timidez, violencia y odio patológico; también se originan problemas de depresión crónica, trastornos de identidad e imagen, sentimientos de culpabilidad, aislamiento o confusión, hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica e intentos de suicidio, y en algunos casos se vuelven manipuladores. “Y aun de adultos, los niños víctimas de manifiestan una clara inclinación al alcohol, la droga y presentan otros síntomas de marcado desajuste social y personal y un profundo malestar.” (Cambra, 1998, pág. 20)

Las secuelas del síndrome de alineación parental, como hemos podido describir en los párrafos anteriores, son realmente graves, y pueden provocar daños irreparables en el menor, e incluso provocar la muerte de este, puesto que, la depresión o sentimientos de culpa pueden desembocar en que este se quite la vida, por otro lado, estas secuelas pueden estar presentes hasta la vida adulta impidiendo que lleve una vida tranquila, con salud física y psicológica.

4.19. Procesos de criminalización, penalización y judicialización.

4.19.1. Criminalización

La “Criminalización puede ser concebida como el proceso por el cual cierto tipo de conducta es incluida en una lista de actos criminales; o sea, el proceso por el cual surge una ley que describe la conducta que se considera pasible de pena.” (Postaloff, 1982, pág. 14)

De acuerdo a lo antes citado, el proceso de criminalización es el acto por el cual el derecho a través de la norma criminaliza una conducta, es decir, hace que una conducta configure como una

infracción la misma que puede estar categorizada según el nivel de gravedad en delito o contravención.

Para Rodríguez Mourullo (1977), un proceso de criminalización es “el conjunto de actos sociales, políticos y jurídicos, que llevan a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita.” Entonces de lo citado podemos concluir que el proceso de criminalización es el conglomerado de actos sociales, puesto que, nace de la necesidad social de castigar aquellas conductas que se consideran inmorales; políticos porque son actos que atentan contra lo que se encuentra establecido en la ley; y finalmente jurídicos, debido a que la sociedad y el derecho evolucionan constantemente y con ello la necesidad de criminalizar aquellas conductas que atentan contra el Derecho, alteran el orden y paz social, afectan el buen vivir, y transgreden derechos o bienes jurídicos protegidos.

El proceso de criminalización se compone de dos fases, la primera comprende la selección de aquellas conductas que deben estar contenidas en la ley penal, porque lesionan bienes jurídicos protegidos; y, la segunda fase que refiere a la descripción normativa de la infracción penal, que el legislador debe dar, con el objeto de configurar mediante ley la conducta de carácter punible a penar o sancionar. (Cántaro & Sierra, 2005)

En la primera fase, el legislador recoge y analiza los datos que le van a permitir determinar las conductas que están alterando el orden social, lesionando derechos o bienes jurídicos protegidos, para que estas puedan ser implementadas como infracciones dentro de la ley penal, la segunda fase comprende la redacción clara y precisa de la conducta que se está tipificado como infracción, a fin de que se le establezca una pena.

La criminalización de las conductas de sustracción, retención y traslado, responden a la necesidad social de incorporar infracciones penales que protejan el bien jurídico del derecho del niño a desarrollarse en un ambiente estable y a relacionarse con ambos progenitores y los derechos

conexos que se derivan de estos, como lo son el derecho a la salud e integridad personal; por consiguiente, este proceso tiene como fin crear un tipo penal que norme esta conducta.

La sustracción de menores es un fenómeno social que denigra la integridad física y psíquica del menor, por tanto, merece ser objeto de criminalización, para que, mediante la tipificación de la misma dentro de la ley penal, se sancione al infractor y se promueva la reparación de la víctima.

4.19.2. Penalización

Para el tratadista Guillermo Cabanellas (2009), la penalización “Es una sanción prevista en la ley penal para una acción u omisión en concreto.” (pág. 289)

El proceso de penalización surge después del proceso de criminalización de la conducta penalmente relevante, puesto que, primero debemos partir de que es lo que se debe criminalizar, para luego proceder con la determinación normativa de la pena, que le ha de corresponder a la infracción creada.

Entonces, la penalización es asignarle una sanción penal a la conducta criminalizada; la pena, en si se constituye como el efecto jurídico por la ejecución de una conducta punible. Para establecer la sanción que le corresponde a determinada conducta el legislador debe realizar una valoración fáctica a fin de establecer dentro del tipo penal, sanciones proporcionales a la conducta del sujeto activo de la infracción.

(Ardila, 1999) “La penalización se puede efectuar mediante la creación de una norma nueva o por medio de la reforma o enmienda a una norma penal ya establecida.” (pág. 104)

Es claro el autor al determinar la forma en la que el legislador puede llevar a cabo el proceso de penalización, por un lado, la opción es crear una nueva ley donde se determine la conducta criminal que amerita una pena punitiva; y, por otro lado, la opción de realizar este proceso mediante una reforma a la ley penal.

La penalización en el delito de sustracción de menores o sustracción interparental, debe ir enfocada a determinar el daño o peligro que este tipo de conductas pueden llegar a provocar a la víctima, con el objetivo de retribuirle al sujeto activo de la infracción un justo castigo, en este caso una pena restrictiva de libertad, a fin que este se rehabilite para posteriormente ser reinsertado en la sociedad. Por medio de la penalización de esta conducta, que denigra la integridad física y psíquica de la menor víctima de esta conducta, se busca garantizar la reparación integral del menor y la restitución de sus derechos vulnerados en la medida que sea posible, o a su vez, crear todos los mecanismos de satisfacción, para, suavizar el impacto del efecto de la infracción.

4.19.3. Judicialización

La judicialización comprende todo un proceso, por el cual, la infracción penal debe transcurrir para llegar a la resolución judicial, que impondrá una pena o no, y consecuentemente establecerá la debida reparación integral a la víctima. Este proceso debe ir acorde a lo normado en la constitución, a fin de evitar vulneración de derechos. (Perricone, 2020, pág. 74)

Una vez que se ha creado y tipificado dentro de la ley penal la conducta penalmente relevante, el proceso para la represión de la misma está determinado en la judicialización; el proceso de judicialización comprende una serie de fases que le permiten al administrador de justicia juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, a fin de imponer justicia, con lo que a su vez garantiza el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

La judicialización determina un esquema legal, por medio del cual se desarrolla el proceso de determinación de la responsabilidad penal del procesado o no; para ello, se reglan los pasos y fases que la infracción penal debe seguir, a fin de que, posteriormente se exponga aquellos actos y medios de prueba, para que el órgano o funcionarios con jurisdicción y competencia resuelvan la causa.

4.20. Normas Jurídicas

En el presente apartado, se realizará un estudio minucioso de las normas jurídicas inherentes al objeto de estudio del presente trabajo investigativo.

4.20.1 Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República es la norma jurídica con mayor jerarquía dentro de la legislación ecuatoriana; en su primer artículo consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que, todas las normas infra constitucionales deben remitirse a ella, para tener validez jurídica, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, determinado en el artículo 425 del cuerpo jurídico en mención.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 35 decreta que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria, y en el mismo cuerpo legal en su artículo 44 establece que “El estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La protección de los niños, niñas y adolescentes y de sus derechos son responsabilidad del Estado y de todos los ciudadanos, se debe priorizar siempre el bienestar e interés del menor sobre los intereses de los demás con el fin de garantizarle al menor el efectivo goce de sus derechos en un ambiente familiar sano que le permita desarrollarse óptimamente en los ámbitos físico, emocional y psicológico; además, todas las decisiones y acciones que el Estado o la sociedad deba tomar respecto a un menor, deben ser siempre en función del principio de interés superior, que dispone que todo lo que se decida en relación a un niño, niña o adolescente debe estar orientado a proteger su bienestar y el pleno ejercicio de sus derechos.

En el artículo 45 del cuerpo legal en mención se establecen los derechos de los niños niñas y adolescentes como son “el derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria..., y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. ” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En este apartado se describen todos los derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes, entre ellos el derecho de tener una familia y mantener relaciones con sus progenitores; cuando existe una sustracción, retención, ocultamiento o traslado injustificado e indebido de un menor, estos derechos y otros conexos a estos se ven transgredidos.

El derecho a tener una familia y convivir con todos los miembros de la misma, se relaciona con el ejercicio de otros derechos como lo son el derecho a la salud o la integridad personal, en lo que concierne al derecho a la salud, este se encuentra establecido en el artículo 32, en el mismo se vincula expresamente con el derecho a la educación, el derecho a ambientes sanos y demás derechos que promuevan el buen vivir.

Dentro de los derechos de libertad comprendidos en el artículo 66 numeral 3 de la norma suprema, está incorporado “el derecho a la integridad personal, el mismo que está compuesto por la integridad física, psíquica, sexual y psicológica.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), los que a su vez garantizan la salud de una persona, en este caso del menor, quien necesita que se le respete y proteja su integridad para alcanzar su desarrollo integral y una vida digna.

El artículo 46 numeral 4 establece que “El Estado adoptará medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato,

explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La obstaculización de las visitas o de la tenencia, es una forma de violencia y maltrato que los progenitores ejercen al evitar que el menor conviva debidamente con el padre o la madre, es ahí donde el Estado como garante de protección de derechos debe garantizar que los menores no se vean impedidos de gozar de este derecho conexo a otros derechos igual de fundamentales. Por tanto, es menester del Estado sancionar estas conductas que impiden que el menor disfrute de relaciones paterno filiales, y que impide que el progenitor cumpla con sus obligaciones y goce de sus derechos que tiene respecto del menor.

Así mismo la norma constitucional en el artículo 69 establece la maternidad y paternidad responsables, así como de corresponsabilidad compartida entre el padre y la madre, al respecto manifiesta:

“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Constitución establece que el padre y la madre deben ejercer los derechos y obligaciones que tienen con sus hijos de manera responsable, no se le puede impedir a ninguno de los padres que participe activamente en la crianza y educación del menor (hijo/a), sobre todo cuando estos se encuentran separados; ni tampoco los progenitores pueden utilizar de manera indebida los derechos que tienen sobre el menor, para obtener beneficios para su persona; El Estado es quien debe garantizar que estos derechos y obligaciones se ejecuten de manera eficiente y siempre en beneficio del menor, tomando en cuenta su interés superior.

4.20.2. Convención sobre los Derechos de Niño

En el artículo primero de la presente Convención se establece que será considerado niño, todo individuo menor de dieciocho años; El artículo 3 numeral 2 compromete a los Estados partes de la presente Convención "...a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas." (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Los Estados están comprometidos a garantizar que el menor goce en todas las etapas de su vida de los derechos que le corresponden como tal, derechos que le garantizaran una vida digna donde este pueda desarrollarse adecuadamente ,además, se reconocen los derechos y obligaciones que tienen los padres o tutores respecto de los niños, niñas y adolescentes; obligaciones como las de criar, cuidar, proteger, y cubrir todas las necesidades que requiera el menor, buscando siempre que este se desarrolle en un ambiente sano y armónico.

Finalmente, las medidas que tomen los Estados deben ser siempre en observancia del principio de interés superior, puesto que, siempre se debe optar por lo más favorable para el menor.

El artículo 9 numeral 3 establece “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Algo primordial para el bienestar y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, es buscar un equilibrio en el que ambos padres puedan mantener contacto con sus hijos, y participar de la crianza, cuidado, protección y desarrollo de los mismos, principalmente, cuando estos se encuentren separados; los derechos de tenencia y visita permiten y garantizan esto tanto para el menor como para el progenitor.

El artículo 11 establece “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

La retención y traslado ilícito son conductas que lesionan derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, además, provocan secuelas en el ámbito psicológico que a su vez afectan al menor en su desarrollo, es por ello, que la presente Convención compromete a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para proteger al menor frente a estas conductas, y evitar en el mayor grado posible que puedan ser ejecutadas.

4.20.3. Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Es un convenio multilateral, creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con el fin de proteger al menor, en el plano internacional, frente a un traslado o una retención ilícita, estableciendo procedimientos para restituirlo inmediatamente al Estado en que tenga su residencia habitual, así como para garantizar la protección del derecho de visita.

El artículo 3 establece los escenarios en los cuales el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

(Convenio de la Haya, 1989)

El artículo en mención establece dos supuestos en los que las figuras de retención y traslado serán ilícitas, así cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia o si su ejercicio no se produce por efecto del traslado o retención ; dicho de otra manera, el desplazamiento del menor o su retención en un Estado en el cual este no tiene su residencia habitual son los componentes de la Institución Jurídica denominada restitución internacional de menores, procedimiento que busca el retorno del menor frente a un traslado o retención ilícita.

El artículo 4 de esta Convención también establece que este convenio se aplicara a todo menor hasta los 16 años que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita (Convenio de la Haya, 1989); entonces, una vez que el niño, niña o adolescentes cumple 16 años, este no convenio no será más de aplicación.

En el artículo 13 se establece en qué casos la autoridad judicial o administrativa del Estado donde ha sido retenido o trasladado el menor no está obligada a ordenar la restitución del menor, y esto es, si la persona, institución u organismo a cargo de la persona del menor no ejercía

efectivamente el derecho de custodia o si acepta el traslado o retención; también, cuando exista un riesgo de que la restitución ponga al menor en un peligro físico o psíquico. (Convenio de la Haya, 1989), entonces, un riesgo inminente para la salud física o psíquica del menor o un mal ejercicio del derecho de custodia por parte de quienes se la ejercen constituirán causales para que se niegue la restitución del menor a su residencia habitual.

4.20.4. Código de la niñez y adolescencia.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se encarga de regular el ejercicio y protección de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes, por lo que, emite disposiciones normativas con el objeto de garantizar esa protección.

En el artículo 9 del cuerpo legal en mención, se determina la corresponsabilidad compartida del padre y la madre de respeto, protección y cuidado de los hijos y sus derechos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

La norma plantea que el padre y la madre, biológicos o adoptivos comparten responsabilidades respecto de sus hijos, puesto que, son ellos quienes principalmente deben garantizar que el menor goce de todos los derechos que le aseguren una vida digna en donde su integridad tanto física como psicológica se respete.

En el Artículo 11 del cuerpo normativo en mención se determina el principio del interés superior del niño, orientado a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

El principio de interés superior es una garantía que potencia el reconocimiento de todos los derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes; además, este principio rige sobre toda medida

o norma porque en toda decisión donde se vean involucrados niños o adolescentes se debe tener en cuenta siempre aquello que aporte al reconocimientos de los niñas, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, y para ello se debe garantizar su participación y opinión en el proceso de toma de decisiones; sancionar las conductas de sustracción, retención, ocultación o traslado indebido e ilícito de un menor garantizaran la efectiva aplicación de este principio.

El artículo 21 reconoce y protege el derecho de los niños niñas y adolescentes de conocer a sus progenitores, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando estos se encuentran separados. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

Respecto a la patria potestad, tema de interés en nuestro trabajo de investigación, la norma en mención la define en el artículo 105 como “...es el conjunto de derechos y también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

El artículo en mención nos permite concluir que, así como los padres tienen derecho sobre sus hijos que aún no se han emancipado, tienen obligaciones sobre los mismos que el Estado, la sociedad y la ley les impone para así garantizar que los derechos de los menores sean protegidos y que estos no sean expuestos a situaciones de riesgo.

El artículo 112 y 113 enumeran las causas para la suspensión o pérdida de la patria potestad, misma que se suspende o pierde mediante resolución judicial; en relación, a nuestro tema de investigación, analizaremos los siguientes numerales:

Numeral 2 del artículo 112:

“Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

Numeral 1 del artículo 113:

“Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

Entre ambos numerales hay una ligera diferencia y es respecto a la continuidad y el grado con el que se maltrate al menor, que a su vez permitirá establecer las consecuencias tanto físicas como psicológicas que pueda presentar el menor.

Si estas secuelas son leves se procederá con la suspensión caso contrario con la pérdida.

Numeral 6 artículo 113:

“Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

La patria potestad como ya se ha analizado a lo largo del desarrollo de la presente investigación, son los derechos y deberes que tienen los padres con los hijos, y entre esos deberes se encuentra la responsabilidad que tienen los mismos de proteger los derechos del hijo o hija, principalmente, el derecho a su integridad tanto física como emocional; cuando uno de los progenitores realiza una de las conductas del delito de sustracción de menores, pone a su hijo o hija en una situación de riesgo donde pueden presentarse secuelas emocionales que pueden escalar al plano físico, y provocar en el menor daños de por vida. Por otro lado, cuando se da un ocultamiento, que es una de las conductas de la sustracción, el menor se ve privado de su libertad, puesto que, se ve impedido de realizar sus actividades con normalidad.

La tenencia y régimen de visitas son las figuras por medio de las cuales se le garantiza al menor relacionarse con ambos progenitores cuando estos se encuentren separados; ambas, las dispone un Juez evaluando lo más conveniente para el desarrollo integral del menor, y en el presente cuerpo legal se encuentran legalmente normadas en los artículos 118 y 122 respectivamente.

El artículo 50 establece el Derecho a la integridad personal, y señala que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes.”; Y en el artículo 51 del mismo cuerpo legal se encuentra normado que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su libertad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, y los progenitores y responsables de sus cuidados los orientarán en el ejercicio de este derecho. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

La sustracción, retención, ocultamiento y traslado de un menor por parte de los progenitores para evitar que este mantenga contacto con su otro progenitor con la finalidad de infligir daño en el mismo, u obtener algún beneficio personal, cosifican e instrumentalizan al menor, por tanto, trasgreden su integridad física y psicológica como su libertad, puesto que, el menor se ve en una situación perjudicial, en la que no es escuchado, y mucho menos respetado.

La retención y traslado ilícito dentro del Código de la niñez y adolescencia se encuentran contemplados como tal, en el artículo 77 y 125, de la siguiente manera:

Art. 77.- Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes.

“Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

Cuando uno de los progenitores quiera salir fuera del país con uno de sus hijos menores de edad, este debe pedirle la autorización al otro progenitor, y si este desea concedérsela la deberá otorgar ante el Juez o Notario Público; en caso de que no se la conceda, o exista ausencia o incapacidad por parte de este progenitor, se podrá solicitar esa autorización al Juez, quien la otorgará o denegará en un plazo no mayor de quince días.

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija.

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

Las rupturas entre parejas deben ser manejadas de forma madura para que los niños, niñas y adolescentes no se vean afectados. La tenencia y régimen de visitas son derechos de los niños, niñas y adolescentes, por medio de los cuales pueden hacer efectivo su derecho de mantener relaciones paterno filiales con ambos progenitores y con todo su entorno familiar, inclusive con personas con las cuales tenga cierto grado de amistad, entonces quienes impidan que estos derechos

impuestos a favor del niño se desarrollen de manera efectiva, e incumplan decisiones legítimas emitidas por autoridad competente; según el cuerpo normativo en mención se sancionara con apremio personal, además, de que deberá indemnizar los daños y gastos ocasionados por la retención.

4.20.5. Código Civil

El Código civil en el artículo 21 realiza una clasificación de las personas por la edad, y además establece el término que se utiliza para referirse a cada grupo, empezando por el término infante o niño, empleado para referirse al individuo que no ha cumplido los siete años; para referirse al varón que no ha cumplido catorce años y a la mujer que no ha cumplido doce establece que se utiliza el término impúber, por otro lado, determina que el término adulto, hace referencia a aquel que ha dejado de ser impúber; y finalmente; mayor de edad, es el término utilizado para referirse a aquel que ha cumplido 18 años, y menor de edad, para el que no ha llegado a cumplirlos. (Código Civil, 2018)

La clasificación de las personas por edad dentro de la ley es importante por varias razones. En primer lugar, se utiliza para determinar la capacidad legal de una persona, es decir, su habilidad para realizar actos jurídicos y asumir responsabilidades legales. Por ejemplo, según la ley, una persona menor de edad puede tener limitaciones para comprar un bien o contraer un matrimonio.

En segundo lugar, la clasificación por edad también se utiliza para proteger los derechos de los niños y jóvenes, especialmente en cuestiones relacionadas con su bienestar y desarrollo. Por ejemplo, existen leyes que establecen una edad mínima para trabajar o para ser considerado como testigo en un juicio.

Además, la clasificación por edad también se utiliza para establecer diferentes sanciones penales según la edad del infractor. Por ejemplo, un menor de edad puede ser tratado de manera diferente por la justicia penal que un adulto que cometió el mismo delito.

En resumen, la clasificación por edad dentro de la ley es una herramienta importante para proteger los derechos de las personas y para garantizar un tratamiento justo y equitativo ante la ley.

Dentro de nuestra investigación, la edad de un individuo es importante para determinar qué derechos se están vulnerando, y como puede esto afectar en el desarrollo de ese individuo.

Respecto a la patria potestad el artículo 283 de la presente norma la define como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados; puesto que, la emancipación da fin a la patria potestad así lo establece el artículo 308. (Código Civil, 2018) El artículo 284 establece que esta no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo. (Código Civil, 2018)

Como lo define específicamente la norma en mención la patria potestad se refiere a los derechos y obligaciones legales que tienen los padres respecto a sus hijos menores de edad. Sin embargo, en algunos casos, estos derechos y obligaciones pueden ser limitados o modificados si el hijo menor ejerce un empleo o cargo público. Esto se debe a que el hijo menor, al desempeñar un papel en el servicio público, tiene responsabilidades y obligaciones específicas que deben ser respetadas y protegidas. Por lo tanto, los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo no estarían sujetos a la patria potestad de sus padres.

Por otro lado, el artículo 305 establece que en los casos en los que se le suspenda o termine la patria potestad a cualquiera de los dos progenitores por cualquiera de los casos contemplados en

el Código de la niñez y Adolescencia, lo reemplazara el padre o madre a quien no se la haya suspendido. (Código Civil, 2018)

Como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, la patria potestad es el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar y proteger a sus hijos, y de tomar decisiones en su nombre. Esta responsabilidad incluye decisiones sobre su educación, salud y bienestar.

Pero este derecho y deber puede suspenderse o terminarse cuando uno de los progenitores o ambos realicen acciones u omisiones que vulneren los derechos del hijo/a, como maltratar psicológicamente o físicamente al menor, tener problemas de alcoholismo o dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, ya que puede poner en peligro el desarrollo integral del menor; inducir al menor a la mendicidad, entre otras.

Privado uno de los progenitores del ejercicio de la patria potestad, la ejercerá el otro, si es que no está inhabilitado, en caso, de que ambos lo estén, se encargara al menor con un tutor. En ausencia de los familiares legalmente llamados a ejercer la tutela, ya sea porque no existen o porque no pueden hacerlo, el Juez dictará en la misma resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

En los casos de suspensión de patria potestad, esta se restituirá una vez desaparecida la causa que la motivo.

Así también el artículo 307 establece que en el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa. (Código Civil, 2018)

Este texto se refiere a la regulación de la patria potestad en casos de divorcio o separación, donde según la regla general, la patria potestad corresponde al padre con quien el hijo se haya

quedado después de la separación. Sin embargo, los padres pueden acordar y solicitar la autorización del juez para cambiar esta regla y decidir de manera diferente sobre la patria potestad.

4.20.6. Código Orgánico Integral Penal.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, es un conjunto sistematizado y organizado de normas jurídicas de carácter punitivo, es decir, agrupa todas las infracciones penales, el procedimiento y la ejecución de las penas.

Ahora bien, como se ha venido anunciado a lo largo del presente trabajo investigativo, uno de los objetivos específicos es implementar el delito de sustracción de menores, por cuanto, dentro de nuestro cuerpo normativo penal no existe ningún tipo penal que sancione las conductas de sustracción, retención, ocultamiento y traslado injustificado, indebido e ilícito de menores por parte de sus progenitores o parientes.

Artículo 1.- Finalidad.

“Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.” (Código Orgánico Integral Penal , 2014)

La ley penal regula el poder punitivo del Estado, con el fin de que no abuse de su derecho y poder al momento de sancionar aquellas conductas que han sido determinadas como ilícitas; para ello, norma las infracciones penales, y las distribuye en contravenciones y delitos, además de que determina para cada una de ellas una pena, la misma que es impuesta de acuerdo a ciertos parámetros determinados en las atenuantes o agravantes, y en la gradualidad que el legislador de a

la conducta, para la retribución de la pena; además, promueve la rehabilitación social del infractor, para que posteriormente sea reinsertado en la sociedad; y finalmente la ley penal, busca la reparación integral de la víctima y del bien jurídico protegido en la medida que sea posible.

Artículo 3.- Principio de mínima intervención.

“La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas.” (Código Orgánico Integral Penal , 2014)

El derecho penal se constituye de última ratio; es decir se aplica cuando los parámetros establecidos en otros cuerpos normativos hayan resultado insuficientes; sin embargo, en lo que respecta a la sustracción de menores, la imperiosa necesidad de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, legítima la intervención penal. Esto con el objeto de que, mediante la tipificación de esta infracción penal, se repare a la víctima de aquella conducta por la vulneración de sus derechos que son bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, se establezca la debida sanción al infractor, para que esté se abstenga del cometimiento de la misma infracción a futuro, y, además, para prevenir que estas conductas no sean ejecutadas por ningún individuo.

Artículo 22.- Conducta penalmente relevante.

“Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.” (Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Toda conducta en la que se lesione un derecho y esto pueda ser demostrable por medio de pruebas, debe ser de interés del Estado, para que se tipifique y sancione; en el caso, del delito de sustracción de menores, son demostrables los daños que principalmente se presentan en el ámbito psicológico del menor, además, de que también de lesionan los derechos del progenitor contra quién se cometa la conducta que puede ser tanto el progenitor, tutor o institución a cargo de la tenencia como el progenitor que ejerce el derecho de visitas; derechos fundamentales para el

efectivo desarrollo del menor; de ahí la necesidad de que se sancionen estas conductas ejecutadas por progenitores o parientes.

Artículo 51.- Pena.

“La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.” (Código Orgánico Integral Penal , 2014)

A quien trasgrede la ley penal y ejecuta conductas penalmente relevantes, es decir, acciones u omisiones que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, se les retribuye una pena la misma que se establece de forma legal, es decir, que no se podrán imponer penas más severas de que las que ya encuentran determinadas en los tipos penales, por otro lado, se establecen las penas en observancia al principio de proporcionalidad, esto es, que una pena debe ajustarse a la gravedad de la conducta, y bien jurídico protegido por la figura delictiva. La pena persigue distintos fines; las modalidades preventivas tanto de prevención general como de prevención especial, son uno de esos fines, y con ello se espera que la pena inhiba a las personas para que se abstengan de cometer infracciones penales, y para que con ello los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal no sean transgredidos; la pena también busca garantizar la reparación integral a la víctima de la conducta ilícita.

4.21. Derecho Comparado

4.21.1 Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.

El delito de sustracción de menores, se ubica en el artículo 225, sección II del capítulo III de los delitos contra los derechos y deberes familiares, perteneciente al título XII de los delitos contra las relaciones familiares; y se establece de la siguiente manera:

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

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas. (Codigo Penal de España, 1995)

La legislación española tipifica como delito la sustracción de menores, con el objeto de proteger el derecho del menor de crecer y desarrollarse en un ámbito familiar estable, y de mantener relaciones paterno filiales con ambos progenitores, además el efectivo ejercicio de los derechos de custodia y visitas, por lo cual, le retribuye una sanción determinada en una pena privativa de libertad de dos a cuatro años además de que queda inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad por un tiempo de cuatro a diez años; tanto la pena como la inhabilitación se aplican dependiendo del grado de la conducta; por ejemplo, el tipo agravado de la conducta radica en el hecho de trasladar al menor fuera del territorio español o exigir una condición para proceder a su restitución; la exclusión de la pena se da cuando se haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o si la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas; y el tipo privilegiado o atenuado en el que se produce una rebaja de la pena, siempre y cuando el progenitor sustractor de manera voluntaria en un plazo de quince días restituya al menor.

Y finalmente en el quinto apartado se establece que serán sujetos activos de este delito a los ascendientes del menor lo cual solo incluye a abuelos y bisabuelos, y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado que comprende hijos, cónyuge, hermanos y cuñados.

En nuestro Código de la niñez y adolescencia, podemos encontrar el siguiente artículo:

Art. 77.- Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes.

Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país.

Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código.

El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

En el caso de España la sustracción, retención y traslado ilícito de los menores son un delito que se sanciona con una pena privativa de libertad e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, en el Ecuador estas conductas se encuentran prohibidas y normadas en el Código de la niñez y adolescencia, y en donde, en el caso que el menor sea reteniendo y traslado, el Estado deberá tomar las medidas necesarias para reintegrar al menor en su entorno familiar, y cuando esta retención o traslado se hayan dado fuera del país, el Estado en observancia al Convenio de la Haya, deberán tomar las medidas administrativas y legislativas para recuperar al menor.

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija.

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

Y a diferencia de la legislación española, la legislación ecuatoriana norma que a quien retenga e impida el ejercicio de la tenencia u obstaculice el régimen de visitas se lo requerirá judicialmente, y en el caso que este no lo entregue de inmediato, el Juez dictara apremio personal, el mismo que puede dictarse hasta por treinta días, y en la misma resolución en la que se ordene el apremio personal, el juez ordenara el allanamiento de lugar donde se encuentra el menor para recuperarlo y devolvérselo a quien deba tenerlo bajo su cuidado.

4.21.2. Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 al Código Penal Colombiano

Colombia por su parte norma el delito de Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad; específicamente en el artículo 230, donde tipifica que: El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Código Penal Colombiano, 2004)

En la legislación colombiana únicamente sanciona al progenitor que no ostenta la custodia del menor con una pena privativa de libertad de uno a tres años y una sanción de carácter pecuniaria, cuyo objeto es indemnizar a la víctima, al contrario que en Ecuador, donde la sanción sigue siendo no proporcional a la gravedad de la conducta.

La semejanza entre la legislación colombiana y ecuatoriana es la indemnización de los daños provocados por la conducta, a pesar de que la legislación ecuatoriana no se especifica la cantidad, ni a quien va dirigida la indemnización.

5. Metodología

5.1. Materiales utilizados

Los materiales empleados para la realización del presente trabajo de investigación jurídica que coadyuvaron al desarrollo y perfeccionamiento de este Trabajo de Titulación dentro de las fuentes bibliográficas tenemos: libros jurídicos de autores extranjeros y nacionales, leyes nacionales y otras legislaciones, instrumentos internacionales ratificados por Ecuador, artículos científicos, revistas jurídicas, y páginas web. Todos los instrumentos de donde se obtuvo la información se encuentran debidamente citados al final de la presente investigación.

Entre otros materiales se emplearon: computador, celular, cuaderno de apuntes, esferos y lápices, internet, impresora, correo institucional, hojas de papel bond, fotocopias e impresiones, anillados, impresión de los borradores del Trabajo de titulación y empastados de la misma, etc.

5.2. Métodos

Por métodos debemos entender, aquel conjunto ordenado de procesos y técnicas de investigación que facilitan el desarrollo de la investigación socio – jurídica. Para la realización del presente Trabajo de titulación, se aplicaron los siguientes métodos:

Método Científico: Determinado cómo el conjunto de lineamientos investigativos, que permite adquirir nuevos conocimientos fehacientes, a partir del análisis y razonamiento lógico; es utilizado en el presente trabajo, para el análisis minucioso de las diversas obras jurídicas desarrolladas en la revisión de la literatura, las cuales constan en citas y en la bibliografía correspondiente, como datos complementarios.

Método Deductivo: Este método consiste en el estudio de conceptos genéricos a lo específico. El presente método fue aplicado en el análisis respectivo de las diversas conceptualizaciones, sobre la conducta investigada contenida en la revisión de la literatura; por lo

cual, con la aplicación de este método se estableció las particularidades del delito de sustracción de menores y su incidencia en la vulneración de derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes.

Método Inductivo: Es un método utilizado para sacar conclusiones de manera general partiendo de hechos particulares; dentro del proyecto de investigación se utilizó éste método para describir la necesidad de implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal, para lo cual, se realizó el estudio de casos donde se demuestra la falta de tipificación de este.

Método Analítico: Se aplicó este método en la valoración analítica conceptual de la revisión de la literatura, por lo cual, se pudo establecer la naturaleza, objeto, causas y efectos de las conductas que conforman el delito de sustracción de menores. En consecuencia, mediante el análisis minucioso de la información recopilada se valoró objetiva y lógicamente el marco conceptual, doctrinario, jurídico y el derecho comparado. Además, este método también fue aplicado en la interpretación y análisis de los resultados de las entrevistas y las encuestas.

Método Exegético: Aplicado en el análisis lógico y racional de los artículos de los distintos cuerpos normativos utilizados para la fundamentación jurídica del trabajo de investigación, tales como: Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales, Código de la niñez y adolescencia, y el Código Orgánico Integral Penal.

Método Hermenéutico: Este método tiene como finalidad aclarar e interpretar textos de carácter legal con cierta complejidad para dar un significado entendible y acertado. El referido método fue empleado al momento de interpretar las normas en el Marco jurídico, para dotarles de un sentido vinculado con el trabajo investigativo, así como también, para explicar en términos simplistas los conceptos de los textos doctrinarios referente al tema.

Método Mayéutica: Método enfocado en la realización de una serie de preguntas, cuyo objeto es alcanzar la verdad por medio de la resolución de interrogantes. Se utilizó este método para la respectiva realización de las entrevistas a los profesionales del derecho y, para las encuestas; con las cuales se obtuvo resultados relevantes para el respectivo sustento del Trabajo de Titulación. Para la aplicación de este método, se elaboró previo a su ejecución, una batería de preguntas, que enfocan y contextualizan el tema central del trabajo de investigación.

Método Comparativo: Consiste en analizar similitudes o diferencias y, a partir de aquello, realizar una comparación objetiva sobre lo investigado. Por lo cual, este método se utilizó en el análisis respectivo de la legislación comparada, donde la normativa nacional de los Estados analizados, han normado esta conducta dentro de la Ley penal, con el objeto de dotar de protección normativa, a fin de motivar a los individuos a abstenerse del cometimiento de esta conducta, establecer la sanción respectiva y determinar la reparación integral.

Método Estadístico: Este método es necesario para graficar los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos a través de las entrevistas y encuestas realizados en el presente trabajo de investigación, empleado al momento de realizar tabulaciones, cuadros estadísticos; y de esta manera, simplificar el análisis de las respuestas derivadas de los profesionales del Derecho objeto del estudio de campo.

Método Sintético: Consiste en la técnica de sintetizar y unir los elementos más relevantes de una investigación con el propósito de reconstruir la información obtenida en forma resumida, mismo que fue empleado en la parte final del presente trabajo de investigación en lo que respecta a la verificación de objetivos, fundamentación legal de la propuesta de reforma legal, así como también, en la contratación de la hipótesis planteada, puesto que, en cada uno de estos apartados se emitió una apreciación personal sumaria con la información desprendida de los mismos.

Método Histórico: Es aplicado este método, en la descripción histórica del delito de sustracción de menores dentro de las distintas legislaciones de los Estados, para determinar finalmente, la necesidad objetiva de tipificar como tipo penal la sustracción de menores por menoscabar o transgredir los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se encuentra desarrollado, en la revisión de la literatura.

5.3. Técnicas

Encuesta: Las encuestas consistieron un cuestionario de seis preguntas enfocadas en los objetivos e hipótesis del trabajo investigativo con la finalidad de que las respuestas otorgadas alimenten la discusión del presente proyecto de investigación, para lo cual, me serví de las herramientas digitales a mi alcance como lo fue los formularios Google Forms. La población en estudio se circunscribió a treinta profesionales del Derecho, con conocimientos en materia penal y niñez y adolescencia.

Entrevista: Es la técnica donde se establece una conversación o diálogo entre dos personas o más, donde una de ellas realiza preguntas sobre determinado tema en específico, y obtiene respuestas de la otra persona, la cual es conocedora absoluta del tema planteado en la entrevista. En el presente trabajo de investigación, se aplicaron 3 entrevistas a profesionales del derecho especializados y conocedores sobre la conducta investigada.

5.4. Observación Documental

Procedimiento para el estudio de casos respecto a la sustracción, retención o traslado de menores, que han suscitado en el Ecuador, y que tiene como objeto demostrar y fundamentar el trabajo de investigación en relación al problema jurídico en estudio.

Los resultados obtenidos, son expuestos en el trabajo de investigación a manera de tablas, gráficos y otras formas representativas que permiten una interpretación íntegra y objetiva de los mismos;

representada en el respectivo análisis de los criterios y datos específicos con los cuales se estructura la revisión de la literatura, verificación de objetivos, contrastación de hipótesis y, para la formulación de las respectivas conclusiones y recomendaciones que tienen como finalidad dar solución objetiva al problema planteado.

6. Resultados

6.1. Resultados de las encuestas a profesionales del derecho

En el presente apartado se realizará un análisis descriptivo estadístico respecto de los resultados obtenidos a través de la técnica de encuesta. La muestra a la cual se aplicó la técnica en mención fueron treinta profesionales del Derecho, a quienes se les consultó sobre seis preguntas relacionadas con el objeto de estudio de la presente investigación, cuya interpretación y análisis se realiza a continuación.

Primera Pregunta: ¿Conoce Usted en que consiste la sustracción de menores o sustracción interparental?

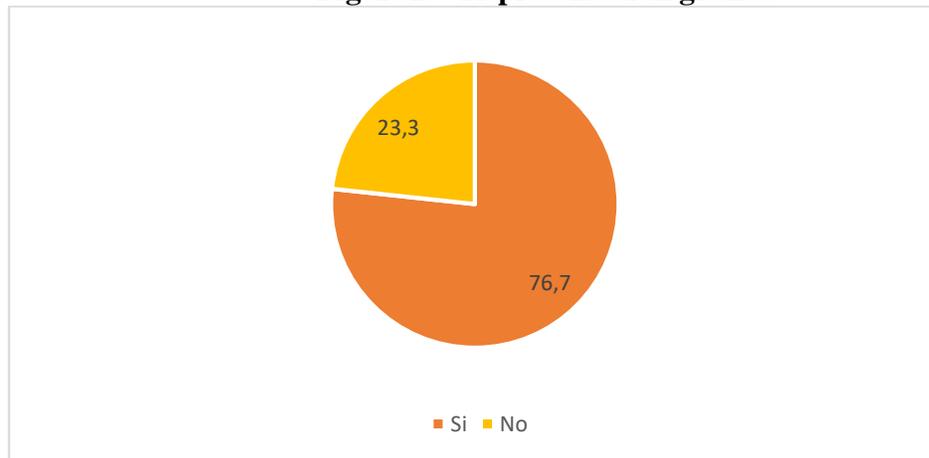
Tabla estadística Nro.1

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	23	76.7%
No	7	23.3%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del derecho, de la ciudad y provincia de Loja

Autor: Paola Michelle López Pacheco.

Figura1. Representación gráfica



Interpretación. –

En relación a la primera pregunta, se ha obtenido como resultado que veintitrés de treinta profesionales del Derecho, que representan el setenta y seis punto siete por ciento, conocen en que consiste la sustracción de menores o sustracción interparental; en contraste, con siete de 30 profesionales del derecho, que representan el veintitrés punto tres por ciento, que no conocen que es la sustracción de menores.

Análisis. -

La gran mayoría de profesionales del Derecho afirman conocer en que consiste la sustracción de menores porque durante su ejercicio profesional se les han presentado este tipo de casos. Respecto a la minoría de encuestados, manifiestan no conocer en que consiste la sustracción interparental debido a que no es una figura que se encuentre en la legislación ecuatoriana.

Segunda pregunta: ¿Cree Usted que cuando se da por finalizado el vínculo matrimonial, los progenitores priorizan sus intereses personales, y minimizan los derechos e intereses del menor (hijo/a), evitando que este conviva debidamente con el progenitor custodio o con el que goza de un régimen de visitas?

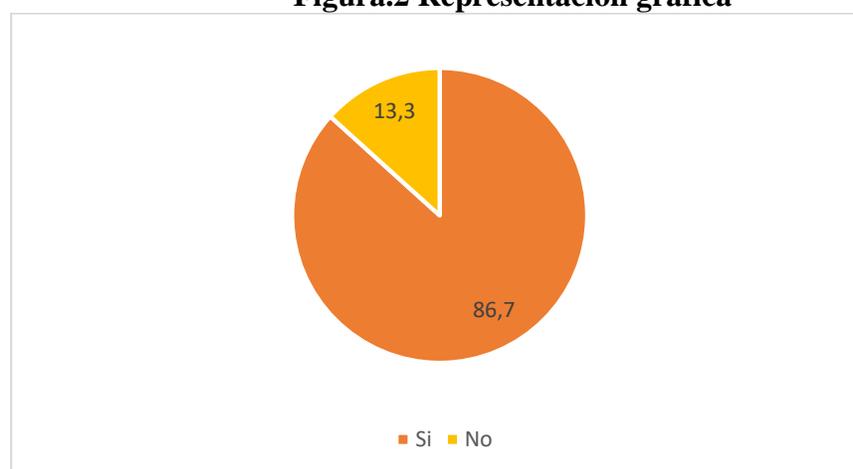
Tabla estadística Nro.2

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	26	86.7%
No	4	13.3%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del derecho, de la ciudad y provincia de Loja

Autor: Paola Michelle López Pacheco.

Figura.2 Representación gráfica



Interpretación. –

Del cuadro estadístico número dos y de la representación gráfica con idéntica digitación, tenemos que veintiséis de treinta profesionales del derecho, que representan el ochenta y seis punto siete por ciento, están de acuerdo con la interrogante planteada, mientras que, cuatro de treinta juristas que representan el trece punto tres por ciento, no están de acuerdo.

Análisis. -

Respecto del razonamiento obtenido de la mayoría de los profesionales encuestados, manifiesto mi entera conformidad, por cuanto, es criterio unánime que cuando se da por finalizado

el vínculo matrimonial, y principalmente cuando quedan entre los progenitores problemas sin resolver, estos utilizan al menor (hijo/a) como una herramienta para infligir daño, y vengarse de su expareja, lo que pone en evidencia el interés por satisfacer sus intereses personales excluyendo totalmente los intereses, derechos y el bienestar físico y psíquico del menor, por tanto, el menor queda en total estado de desprotección.

Por otro lado, la discrepancia del trece punto tres por ciento del total de la población encuestada radica en que no cree que en todos los casos donde se dé por terminado el vínculo matrimonial, los progenitores prioricen sus intereses personales.

Tercera pregunta: ¿Conoce Usted si en la legislación ecuatoriana se sanciona penalmente al progenitor o pariente que injustificada e indebidamente sustrae, retiene, traslada u oculta al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?

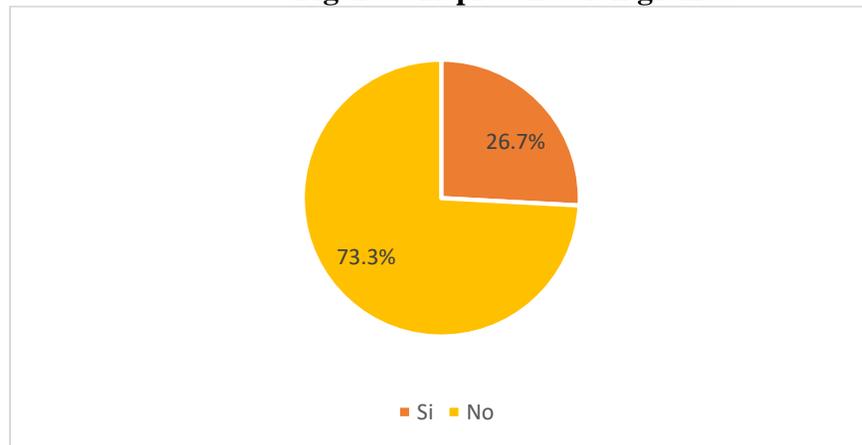
Tabla estadística Nro.3

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	8	26.7%
No	22	73.3%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del derecho, de la ciudad y provincia de Loja

Autor: Paola Michelle López Pacheco.

Figura3. Representación gráfica



Interpretación. –

De la tabla y gráficos estadísticos plasmados en la parte superior, se desprende que ocho de treinta profesionales del Derecho, que representan el veintiséis punto siete por ciento del total de los encuestados, manifiestan que, si se sanciona en la legislación ecuatoriana al progenitor que realiza las conductas planteadas en la interrogante; mientras que, veintidós de treinta profesionales del derecho que representan el setenta y tres punto tres por ciento, manifiestan que no se sanciona penalmente estas conductas.

Análisis. –

De los resultados obtenidos, podemos observar que la tercera pregunta, presenta una considerable división de criterios, el setenta y tres punto tres por ciento sostiene que no se sancionan penalmente estas conductas, es decir que no se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal ningún delito que proteja los derechos e intereses del menor frente a estas conductas realizadas por progenitores o parientes; manifiestan que existe la figura del secuestro más esta no encasilla al progenitor como sujeto activo, por lo que consideran necesario que sean de control punitivo estas conductas.

Por otro lado, el veintiséis punto siete por ciento del total de la población encuestada, manifiesta que tanto la retención como el traslado son conductas prohibidas por el Código orgánico de la niñez y adolescencia específicamente en el artículo 77 y 125, donde el progenitor que realice las conductas queda obligado a indemnizar los gastos y daños ocasionados.

Cuarta pregunta: ¿Cuáles cree usted que son las principales causas que llevan a los padres o parientes a sustraer, retener, trasladar u ocultar al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?

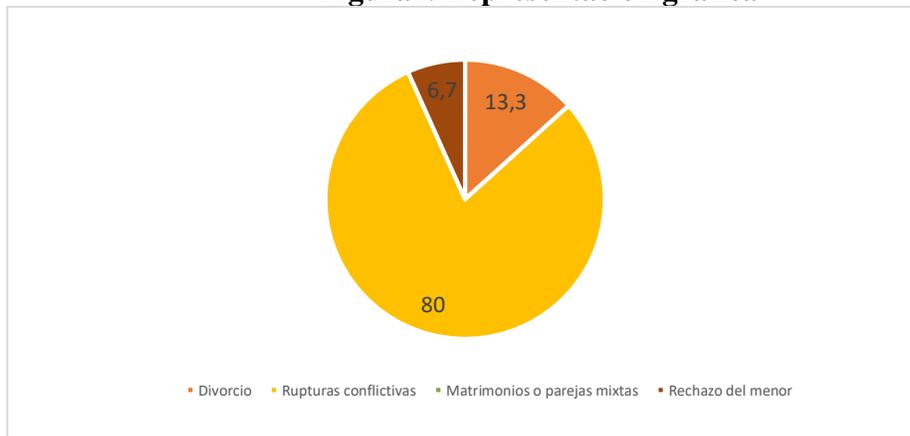
Tabla estadística Nro.4

Indicadores	Variables	Porcentaje
Divorcio	4	13.3%
Rupturas conflictivas	24	80%
Matrimonios o parejas mixtas	0	0%
Rechazo del menor	2	6.7%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del derecho, de la ciudad y provincia de Loja

Autor: Paola Michelle López Pacheco.

Figura4. Representación gráfica



Interpretación. –

En relación a esta interrogante, los resultados están determinados en que, veinticuatro de treinta profesionales del derecho los cuales representan el ochenta por ciento, establecen como causa principal de la conducta de sustracción , las rupturas conflictivas entre parejas; mientras que, cuatro de treinta profesionales que representan el trece punto tres por ciento, establecen que la causa principal es el divorcio; finalmente dos de treinta profesionales del derecho que corresponden al seis punto siete por ciento de la población encuestada, establecen que la causa es el rechazo del menor.

Análisis. -

En idéntico asentimiento con la pregunta anterior, concuerdo con la respuesta dada por la mayoría de profesionales del Derecho encuestados, pues, en efecto, las rupturas conflictivas son la principal causa para que padres o parientes sustraigan, retengan, oculten o trasladen indebidamente e injustificadamente al menor.

Por su parte, cuatro de los juristas encuestados, estiman que la causal que origina estas conductas es el divorcio.

Finalmente, dos profesionales encuestados afirman que la causal de estas conductas es el rechazo del menor, resultado del chantaje emocional que los progenitores ejercen sobre el menor para ponerlo en contra de uno ellos.

Quinta pregunta: ¿Cree usted que es necesario implementar el delito de sustracción de menores, a fin de proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos, derecho que les permite un desarrollo sano y óptimo en los ámbitos físico, psíquico y emocional?

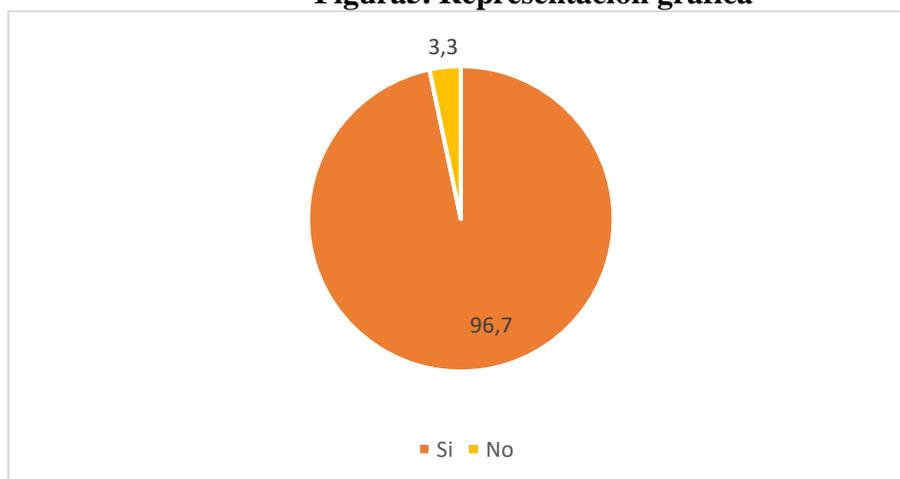
Tabla estadística Nro.5

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	29	96.7%
No	1	3.3%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del derecho, de la ciudad y provincia de Loja

Autor: Paola Michelle López Pacheco.

Figura5. Representación gráfica



Interpretación. –

De la población total de profesionales del Derecho encuestados, se obtuvo que, veintinueve de treinta juristas lojanos, que representan el noventa y seis punto siete por ciento, manifiestan estar de acuerdo con la necesidad de implementar el delito de sustracción de menores, a fin de proteger los derechos de los niños; mientras que, por otra parte, uno de treinta profesionales, que representa el tres punto tres por ciento de la población encuestada, difiere del criterio vertido por la mayoría y consideran que no es necesario implementar el delito de sustracción de menores.

Análisis. -

Tal como se desprende del cuadro y gráfica número cinco, la gran mayoría de los profesionales del Derecho encuestados han manifestado que si creen necesario que se implemente el delito de sustracción de menores; criterio al cual me sumo y comparto expresamente, puesto que, el interés superior del menor debe ser efectivizado, no se puede pretender proteger al menor si se está dejando un vacío enorme en la norma.

Finalmente, un jurista lojano, considera que no es necesario implementar el delito de sustracción, puesto que, estas conductas en el Código de la niñez y adolescencia se encuentran prohibidas, y considera que eso es suficiente.

Sexta pregunta: ¿Considera pertinente que se implemente en el Código Orgánico Integral Penal el delito de sustracción de menores, para sancionar al progenitor o pariente que de manera injustificada y haciendo uso indebido del derecho de tenencia o del régimen de visitas sustraiga, retenga, traslade u oculte al menor?

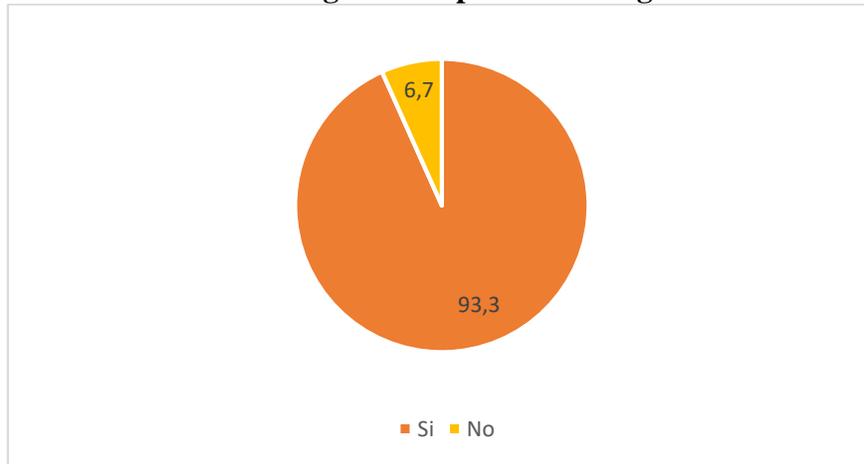
Tabla estadística Nro.6

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	28	93.3%
No	2	6.7%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del derecho, de la ciudad y provincia de Loja

Autor: Paola Michelle López Pacheco.

Figura6. Representación gráfica



Interpretación. –

En la presente interrogante, se obtuvo como resultado que veintiocho de treinta profesionales del Derecho, que representan el noventa y tres punto tres por ciento, están de acuerdo con la implementación del delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal. Por su parte, dos de treinta encuestados, que representan el seis punto siete por ciento, discrepan en que sea pertinente implementar el delito de sustracción de menores.

Análisis. -

De los datos constantes en el cuadro y gráfico número seis, se desprende que prácticamente la totalidad de los encuestados están de acuerdo con la implementación del delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal para prevenir y sancionar estas conductas perjudiciales que atentan contra el bienestar, derechos y desarrollo integral del menor.

Finalmente, tan solo dos profesionales del Derecho, que representa el seis punto siete por ciento de la población total encuestada, consideran que la incorporación del delito de sustracción de menores no es pertinente ni necesario.

6.2. Resultados de las entrevistas.

Dentro de la metodología detallada dentro del presente trabajo investigativo, se hizo alusión a la aplicación de entrevistas realizadas tres profesionales del Derecho con conocimientos en materia penal y en materia de niñez y adolescencia, esto con el fin de nutrir el contenido de la investigación y abarcar diferentes perspectivas respecto del objeto en estudio.

Primera pregunta: ¿Se sanciona penalmente en la legislación ecuatoriana al progenitor o pariente que sustrae, retiene, traslada u oculta al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?

Respuestas de los entrevistados.

No se sanciona penalmente.

Comentario de la autora:

De las respuestas obtenidas por parte de los entrevistados, podemos colegir que los tres profesionales del Derecho están de acuerdo en que no se sanciona penalmente en nuestra legislación las conductas que conforman el delito de sustracción de menores debido a que este ilícito penal no se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal.

Segunda pregunta: ¿Cuál es su criterio, respecto que no exista un tipo penal que sancione a los progenitores o parientes que sustraen, retienen, ocultan o trasladan injustificada, indebida e ilícitamente a un menor?

Respuesta de los entrevistados.

El Código de la niñez y adolescencia sanciona la retención indebida del menor, pero no lo hace de forma penal, debería incorporarse un tipo penal para sancionar este tipo de conductas, evidentemente tendría que observarse los principios de proporcionalidad especialmente para determinar cuál es la conducta penalmente relevante, pero en sí debería existir una sanción.

Comentario de la autora:

Efectivamente, comparto con la opinión de los juristas entrevistados, debido a que actualmente en la legislación ecuatoriana no existe un tipo penal que permita la adecuada sanción de progenitores o parientes que realicen las conductas de retención, sustracción, ocultamiento o traslado de un menor.

Las sanciones actuales, respecto a la sustracción, retención, traslado y ocultamiento de menores se establecen en el artículo 125 del Código de la niñez y adolescencia, donde si se comprueba la conducta, se procede con apremio personal, y con la indemnización de los daños ocasionados incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

En consecuencia, el régimen jurídico sancionatorio actual de estas conductas, no es proporcional al daño provocado, lo que produce impunidad en el infractor y transgresión de los derechos a la víctima, por lo que resulta necesario, establecer sanciones proporcionales y graduales, para el infractor de esta conducta que afecta derechos fundamentales para los niños.

Tercera pregunta: ¿Qué derechos cree usted que se ven lesionados con las conductas anteriormente mencionadas?

Respuestas de los entrevistados.

Principalmente el derecho al buen vivir, tanto de la persona del progenitor como del niño, los derechos en este caso del niño a gozar de una familia, de relaciones parentofiliales con sus progenitores y parientes, y el derecho de los progenitores a tener en cambio relaciones de familia con sus hijos; si hablamos de que el menor está bajo una situación de retención u ocultamiento entendemos que el menor no podría acceder a su derecho a la educación, entonces este también se vería lesionado, y finalmente también el derecho a la libertad, derecho al que todo ser humano tiene acceso.

Comentario de la autora.

Respecto a las respuestas brindadas por los entrevistados, manifiesto mi entera conformidad con el criterio vertido por cada uno de ellos, pues, realmente todos los derechos que se mencionan, se ven vulnerados con este tipo de conductas inapropiadas por parte de los padres.

Pero a criterio personal considero que además de esos derechos también se transgreden otros derechos igual de fundamentales para el menor como lo es el derecho a la salud, el mismo que se lesiona cuando los padres cosifican y utilizan al menor como instrumento para infligir daño, esto afecta a la salud emocional y psicológica del menor y por ende, esto no le permiten alcanzar un adecuado desarrollo integral.

Por otro lado, los derechos de custodia y visita en beneficio tanto de los padres como los hijos también se ve lesionado.

Cuarta pregunta: ¿Estima necesario que se implemente el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal?

Respuestas:

Primer entrevistado.

Sí, con la recomendación de que no se tipifique como una sustracción de menores, sino más bien que sea una circunstancia agravante del delito de raptó de personas cuando se de en estas circunstancias familiares.

Segundo entrevistado.

Sí.

Tercer entrevistado.

Sí, pero no necesariamente como un delito, considero que podría establecerse como una contravención, en razón, de la proporcionalidad y dependiendo de las circunstancias del caso.

Comentario de la autora.

La cuarta interrogante planteada, se circunscribía a constatar el criterio de los profesionales entrevistados respecto a la pertinencia de la incorporación del delito de sustracción en el Código Orgánico Integral Penal, es así que, producto de su conocimiento y análisis reflejado en cada una de las respuestas brindadas durante la entrevista , han arribado de forma unánime a la conclusión de que, sí es necesario y viable la propuesta de un proyecto de reforma legal a nuestro cuerpo normativo penal, con la diferencia de que dos de los entrevistados están de acuerdo de que se tipifique como delito mientras que uno de los entrevistados sugiere que sería mejor establecerlo como contravención, pero más allá de eso, se reconoce que hay derechos esenciales que se están lesionando y que deberían ser protegidos por la normal penal, además de que las sanciones establecidas deben ser proporcionales a las conductas, razonamiento con el cual estoy completamente de acuerdo, puesto que, el artículo 76 de la Constitución, establece que las penas deben imponerse acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena, lo que permite una efectiva reparación de los derechos lesionados; claramente las penas dentro del delito de sustracción dependerán del tiempo, forma, grado y gravedad de la conducta llevada a cabo por el progenitor o pariente en contra de los derechos del menor.

Quinta pregunta: ¿Qué sugerencias daría usted para solucionar el problema planteado?

Respuestas de los entrevistados.

En primer lugar, creo que se debe incluir sanciones por incumplimiento en el Código de la niñez y adolescencia, y en caso de resultar insuficientes esos parámetros, atendiendo los principios de mínima intervención se sancionarían de forma penal, es decir, debería ser de última ratio; pero, en si implementar este tipo penal es totalmente necesario y pertinente.

Comentario de la autora.

Finalmente, las sugerencias proporcionadas por los entrevistados respecto de la problemática planteada, es que primero se refuercen las sanciones de estas conductas en el Código de la niñez y adolescencia; así como también, que se tipifique en el Código Penal el delito de sustracción, para sancionar estas conductas cuando ya resulten insuficientes las sanciones que se encuentren en el Código de la niñez y adolescencia

Personalmente, creo que son de total relevancia estas conductas, y que merecen ser sancionadas por la norma penal puesto la gravedad y las consecuencias que provocan principalmente en el menor;

6.3. Estudio de casos

En el presente apartado se desarrollará un análisis de cuatro noticias de recuperación de menores por retención indebida por parte de uno de sus progenitores; a efectos de verificar la presencia de esta conducta en la sociedad ecuatoriana, su sanción y efectos en los menores.

6.3.1. Caso Nro. 1

1. Datos referenciales.

Retención indebida de menor

Año: 2014

Ciudad: Guayaquil

Fuente: Diario El comercio

Redacción: Diego Bravo

2. Antecedentes

Andrea C. denunció a su conviviente el 14 de mayo del año pasado. Él se llevó a su hija que entonces tenía 1 año, sin su consentimiento, de Guayaquil a otra provincia.

El maltrato psicológico que ella vivió durante el tiempo que convivió con Miguel B. la obligó a tomar la decisión. Él quería volver con ella y se llevó a la niña con la intención de que lo perdonara.

El abogado de la mujer, Marco Toledo, señala que este fenómeno "es frecuente" y la mayoría de casos son de mujeres que denuncian a sus parejas por temas sentimentales. "Se da cuando ellas abandonan a sus maridos por maltratos y estos quieren retomar la relación que se rompió. Generalmente, ellos buscan en sus hijos un chantaje emocional para volver con sus esposas. Así surgen los problemas", precisa Toledo.

Agentes de la Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (Dinapen) consultados por este Diario indican que este fenómeno ocurre principalmente cuando los niños o niñas son llevados a otras provincias o ciudades del Ecuador por sus padres.

Este no es el único caso que se registró a escala nacional. Según datos de la Dinapen, en los dos últimos meses del año pasado y enero del 2014 hubo 93 hechos de este tipo, la mayor parte en la ciudad de Guayaquil.

Comentario de la investigadora

Como se puede constatar es evidente la irresponsabilidad de los progenitores, en este caso en específico, del padre al utilizar a la menor como un medio de chantaje para obligar a la ex pareja a retomar la relación; se puede evidenciar claramente que se privó a la menor de su derecho de convivir con su progenitora, y de recibir los cuidados y amor de su madre y demás familiares; además, de que su integridad personal y emocional se vio denigrada por la conducta del padre, y el efectivo ejercicio del derecho de custodia se vio igualmente entorpecido.

Y, además, la Dinapen reporto 93 casos más como este, es realmente alarmante conocer que los progenitores utilizan a los menores como un objeto de chantaje o venganza, y que por estas

acciones no sean severamente castigados; porque las secuelas a nivel psicológico que dejan estas acciones, son graves, provocan daños permanentes.

Es por ello que es necesario que se establezca una sanción ejemplar y proporcional al daño que sufren las víctimas; y así poder garantizar una verdadera reparación y protección de los derechos que se ven lesionados por el accionar de los padres.

6.3.2. Caso Nro. 2

1. Datos referenciales.

Retención indebida de menor

Año: 2021

Ciudad: Imbabura

Fuente: Diario el Universo

2. Antecedentes

El 7 de marzo en la comunidad de Huaycapungo, en Otavalo, Imbabura, una infanta, de siete meses, fue sustraída de su hogar y retenida indebidamente por el padre, según información policial. Luego de la denuncia efectuada por la madre de la niña, se inició la búsqueda.

Durante el proceso de indagación, la Unipen activó los respectivos protocolos y las alertas Emilia y Amarilla de la Interpol. Luego de varias semanas de labores de seguimiento, la menor fue localizada este martes 25 en el sector fronterizo El Pan, parroquia Mataje, en San Lorenzo, Esmeraldas.

El inmueble donde estaba el bebé fue allanado por efectivos de la Unipen, la Unidad de Mantenimiento del Orden y la jefa política de San Lorenzo. La vivienda está ubicada en una zona de difícil acceso, donde funcionaba un negocio que es administrado por los abuelos de la menor.

Pablo Dávila, comandante de la subzona de Policía de Imbabura, hizo la entrega de la menor a la madre, horas después de su hallazgo.

Dávila comentó que la niña estuvo desaparecida 80 días. “Es una felicidad haber recuperado a mi hija, porque ella es mi vida”, dijo Mishell Montalvo, madre de la criatura.

3. Resolución.

Para la recuperación de la menor se autorizó el allanamiento de la vivienda donde se creía se encontraba la menor, y tres boletas de apremio contra el progenitor, Manuel T., y los abuelos paternos.

4. Comentario del autor.

En el caso en análisis, se evidencia que existe vulneración del derecho de custodia, del que gozan tanto progenitores como el menor, también se ve transgredido el derecho a desarrollarse en un ambiente estable, y el derecho a convivir regularmente con ambos progenitores; puesto que la menor durante ochenta días se vio privada del amor, cuidado y protección de su madre, ya que su progenitor y abuelos la mantenían oculta para evitar que su madre la localizara. La menor fue cosificada e instrumentalizada, se denigro su integridad y sus derechos.

En este caso de retención el Juez autorizo el allanamiento de la vivienda donde se encontraba la menor para ser recuperada y entregada a su madre, además, de apremio personal para el padre y los progenitores de este, es decir, los abuelos del menor; esto en virtud del inciso segundo del artículo 125 del Código de la Niñez y adolescencia.

6.3.3. Caso No. 3

1. Datos referenciales.

Retención indebida de menor

Año: 2015

Ciudad: Manta

Fuente: Diario el Manaba

2. Antecedentes.

Una mujer se acercó a las oficinas de la Dinapen para expresar que su ex conviviente se negaba a entregarle a sus dos hijos, uno de 2 años de edad y el otro de 6 años de edad. Los agentes policiales se contactaron con el ciudadano, quien expresó que se encontraba en la Ciudadela Urbirrios, específicamente en la calle 307 cerca de la Policía Judicial y que entregaría a los niños.

Los funcionarios policiales se movilizaron hasta el lugar y el ciudadano entregó a los menores de edad. Mediante la firma de acta de responsabilidad, la madre recibió a sus hijos y los gendarmes comunicaron a las autoridades el procedimiento que se llevó a cabo la noche del domingo 19 de julio y madrugada del 20 de julio.

La teniente Paola Dávila, jefa de la Dinapen Manta, mencionó que cuando existe retención ilegal conforme a lo que esta normado se debe realizar un documento con el Juzgado de la Niñez y Adolescencia para la recuperación inmediata de los niños o adolescentes.

“En caso de ser problemática la situación podría ser con orden de allanamiento en el lugar donde se presume esté el o los niños. Pero antes de eso se efectúa la verbalización y se apela a los sentimientos de quien tenga retenido ilegalmente a los menores de edad. Adicionalmente, se les manifiesta que realicen todos los trámites de la tenencia o visitas, basados en la Ley”, dijo la uniformada.

Comentario de la investigadora

En este caso el padre voluntariamente entregó a los menores, que fueron posteriormente entregados a la madre. No existió una sanción para el sujeto, por lo tanto, este podría volver a cometer estas conductas, por eso creo que es realmente necesario implementar el delito de

sustracción de menores a fin de aplicar una sanción proporcional al daño y en observación de los derechos que se vulneran; como en este caso el derecho de custodia.

7. Discusión

En el presente capítulo se realizará la comprobación de los objetivos planteados al inicio del trabajo investigativo, en relación con la información recabada a lo largo de este proyecto, así como a la contratación de la hipótesis.

7.1. Verificación de objetivos

En el proyecto de Trabajo de titulación legalmente aprobado se presenta: un objetivo general y tres objetivos específicos, los cuales serán verificados a continuación;

7.1.1. Objetivo general

El objetivo general plasmado en el proyecto de Trabajo de titulación legalmente aprobado es: ***“Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico respecto a implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal.”***

El objetivo enunciado ha quedado plenamente dilucidado y verificado en el capítulo de revisión de la literatura, la cual consta de un marco conceptual, doctrinario, jurídico y derecho comparado.

En referencia al estudio conceptual, se realizó una investigación fundamentada y bibliográfica de trece conceptos básicos vinculados con el tema de investigación, mismos que sirvieron para dotar de un mayor entendimiento al contenido del Trabajo de titulación. Los conceptos desarrollados fueron: Derecho de Familia, Familia, Menor, Progenitor, Desintegración Familiar, Patria Potestad, Tenencia, Régimen de visitas, Interés superior del Niño, Derecho Penal, Delito, Pena, Sustracción de menores; Por su parte, el estudio dogmático se realizó en una vasta investigación dentro del marco doctrinario, donde se desarrollan los temas de Origen y evolución

del delito de sustracción de menores, El bien Jurídico Protegido del Delito de Sustracción de Menores, Sujetos del delito, Posibles factores de riesgo de la Sustracción de menores, Efectos sobre los menores de la sustracción interparental o de menores, a la luz de los instrumentos internacionales, Procesos de criminalización, penalización y judicialización.

Finalmente, en el marco jurídico se interpreta y analiza normas, reglas y principios relacionados a la retención y traslado conductas configurativas del delito de sustracción de menores, y la protección de los derechos de los niñas, niños y adolescentes de desarrollarse en ambiente familiar estable y convivir con ambos progenitores, sobre todo cuando estos ya no estén juntos; y demás derechos conexos a estos, determinados en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico Integral Penal. En el derecho comparado la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español y la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 al Código Penal Colombiano.

7.1.2. Objetivos específicos

El primer objetivo específico plasmado en el proyecto de Trabajo de titulación legalmente aprobado es: ***“Determinar que no existe en la legislación ecuatoriana el delito de sustracción de menores.”***

Este objetivo se logra verificar por medio del marco jurídico, y la aplicación de las encuestas, y entrevistas y el respectivo análisis estadístico. Primeramente, con el análisis del Código de la niñez y adolescencia se verifico que tanto la retención como el traslado son conductas prohibidas por esta norma, pero no se establecen sanciones proporcionales al daño que provocan las mismas, y con el análisis del Código Orgánico Integral Penal se logró determinar que no existe

ningún tipo penal que encaje como bien jurídico protegido el derecho del menor a desarrollarse en un ambiente estable y relacionarse con ambos progenitores de manera normalizada en caso de crisis familiar, por medio de los derechos de custodia y visita, esto a su vez evidencia presupuestos normativos determinados en derecho, garantías y principios que deben ser normados con el objeto de crear un sistema normativo íntegro, el cual permita tutelar y proteger efectivamente los derechos vulnerados por el delito de sustracción, que a su vez refleja la necesidad de incorporar esta conducta dentro del catálogo de infracciones penales, para con ello, establecer una sanción, y reparación integral proporcional al daño que provoca este ilícito; y además, para por medio de la función motivadora de prevención general y especial, evitar que estas conductas de sustracción, retención, traslado y ocultamiento de menores por parte de progenitores continúen perpetrándose.

Con la pregunta tres de la encuesta realizada a profesionales del derecho se verifica el objetivo específico planteado; la pregunta número tres consiste: ¿Conoce Usted si en la legislación ecuatoriana se sanciona penalmente al progenitor o pariente que injustificada e indebidamente sustrae, retiene, traslada u oculta al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas? El 73.3 % de los profesionales encuestados manifestó que no existe sanción penal para estas conductas; que en el Código de la Niñez y Adolescencia se encuentran normadas, pero no se sancionan de manera proporcional y efectiva.

La entrevista también verifica este objetivo, ya que, en la primera interrogante se preguntó: ¿Se sanciona penalmente en la legislación ecuatoriana al progenitor o pariente que injustificada e indebidamente sustrae, retiene, traslada u oculta al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas? Obteniendo como respuesta de los profesionales del derecho que no existe en la legislación ecuatoriana ningún tipo penal que sancione estas conductas, y que encaje como sujeto activo al progenitor.

Por otro lado, los estudios de casos también nos permiten determinar que no existe una sanción penal ni proporcional para este tipo de conductas, como podemos determinarlo en el estudio de caso número 2, donde se detalla la retención indebida de una menor realizada en la ciudad de Imbabura por parte de sus padres y abuelos, quienes la mantenían oculta para evitar que la madre quien tenía la custodia de la menor conviviera con la misma; las acciones que se llevaron a cabo para recuperar a la menor, fueron el allanamiento del inmueble, y el apremio personal del padre y los progenitores de este, en virtud del artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece que si de ser necesario y si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez puede autorizar el apremio personal de esta persona, y el allanamiento del inmueble donde se encuentre la menor retenida; y en concordancia con esto, el artículo 137 del código orgánico general de procesos sobre el apremio personal determina que este se puede establecerse hasta por treinta días junto con la prohibición de salida del país; y así también en caso de reincidencia este se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días.

Con lo mencionado en el párrafo anterior, podemos determinar, que no se está sancionando de forma proporcional y correcta a los progenitores que realizan estas conductas, tomando en cuenta que, el daño psicológico que se provoca en el menor le genera daños irreversibles; como en párrafos anteriores habíamos manifestado uno de las principales consecuencias de estas conductas es el Síndrome de alineación parental, donde se presentan enfermedades como la depresión y ansiedad que pueden provocar deseos de suicidio en el menor, por tanto, la sanción prevista en el código de la niñez y adolescencia no es significativa ni proporcional ni le garantiza una verdadera reparación a la víctima, puesto que, en muchos de los casos, ni siquiera existe apremio personal contra el progenitor o familiar que realiza estas conductas quedando estos exentos de toda responsabilidad.

El Derecho comparado también nos permite verificar la ausencia de una sanción penal en nuestra legislación para las conductas del delito de sustracción; comparando nuestra legislación con las legislaciones de España y Colombia, donde sí se encuentra tipificado un tipo penal que sanciona estas conductas.

El segundo objetivo específico constante en el proyecto de Trabajo de titulación legalmente aprobado es: ***“Analizar el delito de sustracción de menores.”***

El objetivo específico número dos se verifica en el desarrollo del marco doctrinario donde se estudió el origen y evolución del delito de sustracción de menores principalmente en los países de España e Italia, donde apareció por primera vez este tipo penal; sufrió varios cambios en su contenido a lo largo del tiempo, pasando de ser un delito común, ejecutado por personas ajenas al núcleo familiar, a ser un delito especial, puesto que los progenitores son quienes ahora figuran como sujeto activo, y después de ellos los ascendientes del menor y parientes de los progenitores hasta el segundo grado de afinidad y consanguinidad; también se estudió y analizó el bien jurídico que protege, y quienes son los sujetos que participan en el ilícito penal.

La pregunta uno de la encuesta realizada a profesionales del derecho, nos permitió, establecer y analizar que era la sustracción de menores para aquellos que manifestaban si conocerla, quienes la conceptualizaban como una conducta que consiste en retener o trasladar a un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor o persona a cargo de su custodia.

Por su parte, las preguntas de la entrevista realizada a profesionales especializados en materia penal y en niñez adolescencia, nos permite determinar la estructura del delito de sustracción de menores, que la origina y qué efectos tiene en el menor, así como también si esta se encuentra debidamente sancionada en nuestra legislación.

El tercer objetivo específico constante en el proyecto de Trabajo de titulación legalmente aprobado es: ***“Establecer las causas y consecuencias del delito sustracción de menores.”***

El objetivo en cuestión se logra verificar en primer lugar en el desarrollo del Marco Doctrinario específicamente en los temas respecto a las causas del delito, y los efectos que esta conducta provoca en los niñas, niñas y adolescentes.

Así mismo se desprende de la pregunta cuatro ¿Cuáles cree usted que son las principales causas que llevan a los padres o parientes a sustraer, retener, trasladar u ocultar al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?

Un 80% por ciento de los profesionales del derecho encuestados, situaron a las rupturas conflictivas de parejas como la causa principal de estas conductas que configuran el delito de sustracción de menores, alegando que la falta de comunicación y desacuerdos, no permiten que las parejas logren terminar la relación de manera pacífica.

Y en la tercera pregunta de la entrevista, planteada de la siguiente manera ¿Qué derechos cree usted que se ven lesionados con las conductas anteriormente mencionadas? A la que los encuestados respondieron de manera unánime que principalmente son los derechos del menor los que se transgreden, de ese conjunto de derechos, destacaron el derecho de este a mantener relaciones paterno filiales con ambos progenitores, el mismo que le permite al menor alcanzar su desarrollo integral.

Finalmente, el cuarto objetivo específico constante en el proyecto de Trabajo de titulación legalmente aprobado es: ***“Elaborar un proyecto de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal”.***

El objetivo específico cuatro se verifica con la aplicación de la quinta pregunta de la encuesta, que manifiesta lo siguiente: ¿Cree usted necesario implementar el delito de sustracción

de menores, a fin de proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos, derecho que les permite un desarrollo sano y óptimo en los ámbitos físico, psíquico y emocional? A la que el 96.7 % respondieron afirmativamente, puesto que, consideran que se debe de manera urgente brindar protección a este derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, de la sexta pregunta de la encuesta ¿Considera pertinente que se implemente en el Código Orgánico Integral Penal el delito de sustracción de menores, para sancionar al progenitor o pariente que de manera injustificada y haciendo uso indebido del derecho de tenencia o del régimen de visitas sustraiga, retenga, traslade u oculte al menor?

A la que el 93.3% contestó estar de acuerdo con que se realice una reforma legal al Código Orgánico Integral Penal a fin de que se implemente el delito de sustracción de menores, delito que sanciona a progenitores y parientes que sin causa justificada sustraen retienen, trasladan u ocultan a un menor; además, alegan que la tipificación del mismo garantizaría una sanción proporcional al daño que provocan estas conductas, puesto que las sanciones que se aplican en el Código de la Niñez y Adolescencia no lo son, por tanto no existe una verdadera reparación integral a la víctima.

La entrevista también contribuye a verificar el objetivo, ya que, en la pregunta cuatro se consultó a los profesionales del derecho ¿Estima necesario que se implemente el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal? A la cual respondieron afirmativamente, puesto que, consideran totalmente pertinente la implementación de este delito para que el sujeto que ejecute estas conductas no quede impune, y se brinde al menor que se configura como víctima de este delito una efectiva protección.

El estudio de casos también nos permite verificar este objetivo, puesto que, en el análisis de los mismos, logramos determinar la ausencia de una sanción ejemplar para el sujeto que realiza

estas conductas, dejando así un gran vacío en la norma, derechos desamparados y una víctima sin protección y reparación integral.

Por lo tanto, la suma de todo lo antes expresado da como irrefutable resultado la necesidad de que regulen a través de la ley penal estas conductas.

7.1.3. Contrastación de la hipótesis

La hipótesis propuesta en el proyecto de Trabajo de titulación debidamente aprobado fue la siguiente:

“La falta de implementación del delito de sustracción de menores en la legislación ecuatoriana vulnera derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, como el Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos, y otros derechos conexos a estos, que le garantizan al menor alcanzar su desarrollo integral.”

La hipótesis ha quedado plenamente contrastada, en el marco doctrinario el que permite reflejar los alcances y efectos negativos que el delito de sustracción de menores produce en la víctima, en el desarrollo de las categorías planteadas se dilucida los trastornos que produce esta conducta en el menor sujeto pasivo de la infracción; además, de que la no tipificación de este delito, conlleva que el mismo no tenga una sanción acorde al daño producido en la víctima sumado a que la ausencia de este tipo penal no produce ningún tipo de intimidación o coerción normativa para el agresor, quien, podría llegar a ejecutar estas conductas de manera habitual, puesto que las sanciones que se aplican son medianamente leves, y nada proporcionales al daño.

7.2. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma.

La propuesta del Proyecto de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, referente a la Sustracción de menores, tiene su fundamento en tres aspectos importantes, el primero un

enfoque desde el punto de vista, doctrinario, el segundo de carácter jurídico y el tercero un fundamento de opinión.

Es por ello que con el estudio y análisis del delito de Sustracción de menores se llegó a la conclusión que su cometimiento violenta derechos fundamentales para el desarrollo integral del menor, como la integridad física y psíquica, la libertad, la salud, el derecho a desarrollarse en un ambiente estable y afectivo, y convivir con ambos progenitores, los derechos de custodia y visita, y otros conexos a estos. Al ser un delito que resulta de los conflictos familiares, en donde los progenitores utilizan al menor como instrumento de venganza o chantaje para hacer daño o para obtener algún beneficio personal , resulta realmente alarmante, puesto que es el menor quien lleva la peor parte, la sustracción sobre todo afecta al ámbito psicológico del menor convirtiéndole en una víctima del síndrome de alienación parental , que a su vez acarrea otras consecuencias como la depresión, ansiedad, sentimientos de culpabilidad, entre otras; además, denigra la dignidad e integridad del menor puesto que los padres reducen al menor a la condición de una cosa que posteriormente es utilizada para infligir daño o para chantajear, estas son consecuencias que acarrea el menor víctima del delito de sustracción de menores, lo cual se encuentra sustentado adecuadamente en el desarrollo del marco doctrinario.

En el ámbito jurídico, la Constitución de la República del Ecuador, establece los derechos de los que son titulares todos los ciudadanos, y determina que los niñas, niños y adolescentes, son un grupo de atención prioritaria y que sus derechos prevalecerán sobre todo los demás, para garantizar ello, en el artículo 3 se establecen los deberes primordiales del Estado y en numeral 1 específicamente dispone que es deber, por su parte, el numeral 3 del artículo 11 que todos los derechos y garantías serán cumplidos inmediatamente por medio de las autoridades competentes y no se alegará falta de normativa ni se justificara su violación o desconocimiento y, para ello, el

numeral 8 del artículo en cuestión manifiesta que el Estado apoyará el desarrollo progresivo de normas, jurisprudencia y política pública, que genere condiciones para el ejercicio de las mismas, declarando inconstitucional toda acción u omisión de carácter regresivo, ya que como lo establece el artículo 9 del mismo artículo el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador.

Mencionado esto y abordando la temática del presente trabajo de investigación la Constitución de la República en el artículo 44 establece que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar y proteger el desarrollo integral y pleno ejercicio de los derechos, como los previstos en el artículo 45 del cuerpo legal en mención, en el que se establece que este grupo de atención prioritaria tiene derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar; derecho a la integridad física y psíquica, a la salud integral, a la educación, al respeto de sus libertad y dignidad, así como a ser consultados en los aspectos que les afecten; y para ello, el artículo 46, en el numeral 4 establece que el Estado debe tomar las medidas necesarias para asegurar al menor, la protección y atención contra todo tipo de maltrato ,violencia, explotación sexual, o contra la negligencia que provoquen tales situaciones, así también en el artículo 66 de los derechos de libertad en el numeral 3 literal b dispone que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y eliminar toda forma de violencia, es especial la ejercida contra los más vulnerables, como lo son los niños, niñas y adolescentes.

La Convención de los derechos de los niños en su artículo 3 numeral 3 compromete a los Estados a garantizar y asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar, tomando en cuenta los deberes y derechos de los padres, tutores o personas responsables del menor, y en observancia de ello, tomaran las medidas legislativas y administrativas adecuadas, por su parte, el artículo 9 numeral 3 reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener

relaciones y contacto cuando ambos progenitores sobre todo cuando estos se encuentren separados; para ello, en el artículo 11 establece que los Estados tomaran las medidas que sean necesarias para luchar contra la retención y traslados ilícitos de menores en el extranjero.

El convenio del Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores en el artículo 3 establece los escenarios en los cuales se considera ilícito la retención o traslado de un menor, y así en su literal a, establece, que es ilícito cuando este se haya producido con infracción de un derecho de custodia; y en el literal b cuando el ejercicio de este derecho no se produce por efecto del traslado o retención; por otro lado, el artículo 4 establece que este convenio será de aplicación a todo menor de 16 años ante la infracción de un derecho de custodia o visita

El Código de la niñez y adolescencia, en su artículo 9 determina que la ley protege y reconoce a la familia como el espacio natural y fundamental para que el menor se desarrolle íntegramente, y para ello determina la corresponsabilidad compartida del padre y madre de proteger, respetar y cuidar del niño, niña y adolescente, y sus derechos. El derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer a sus progenitores y parientes y mantener relaciones afectivas con estos, se encuentra normado en el artículo 21, este derecho debe de prevalecer sobre todo cuando los progenitores se encuentren separados, para ello, en el artículo 118 y 122 se dispone el derecho de tenencia y derecho de visitas respectivamente para que el menor pueda hacer de su derecho a mantener contacto y relaciones afectivas con ambos progenitores.

En el capítulo IV del Código de la niñez y adolescencia de los derechos de protección específicamente en el artículo 50 se norma el derecho a la integridad personal de los niñas, niñas y adolescentes lo que incluye el respeto y protección de su integridad física, psicológica, afectiva y sexual, y así mismo, en el artículo 51, se determina el derecho a la libertad personal de los niños niñas, y adolescentes, el mismo que no tendrá limitaciones más que las establecidas en la ley; a fin

de garantizar estos y otros derechos de los niños, niñas y adolescentes, el cuerpo legal en mención en el artículo 77 prohíben la retención y traslado ilícito de menores cuando estos violan el efectivo ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas establecidas para la autorización de salida del país de un niño, niña o adolescente; y para ello, el artículo 125 establece que el padre, madre cualquier persona que retenga indebidamente a un menor cuya patria potestad o tenencia hayan sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas será requerido judicialmente para que entregue de inmediato al menor a quien deba tenerlo, y deberá cumplir con la obligación de indemnizar los daños y gastos ocasionados por la retención y restitución del menor, si el requerido no cumpliera con lo ordenado el Juez decretara apremio personal y el allanamiento del inmueble donde se supone se encuentra la niña, niña y adolescente para su recuperación.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 1, establece que la finalidad del mismo es normar el poder punitivo del Estado y tipificar las infracciones penales estableciendo el procedimiento adecuado, y en cumplimiento del principio de legalidad establecido en el mismo cuerpo legal, en el numeral 1 del artículo 5; además el artículo 3, determina que la intervención penal queda justificada cuando esta tenga como objeto reprimir y juzgar la conducta que lesiona un bien jurídico protegido y cuando los mecanismos extrapenales sean insuficientes, para lo protección de aquel derecho. Por tanto, es necesario instaurar la sustracción de menores como delito por ser una acción grave de trascendencia social que quebranta derechos jurídicos fundamentales determinados en la Constitución, y que a su vez deriva consecuencias en el ejercicio de derechos fundamentales para el desarrollo integral de los menores, y al evidenciarse que las normas no penales son insuficientes y nulas, para sancionar efectiva y proporcionalmente esta conducta, es necesario la intervención penal, a fin de sancionar el delito, y con ello, producir mecanismos de prevención, a través de la función motivadora de la pena.

Con los resultados obtenidos en las entrevistas y encuestas aplicadas, se deja en evidencia la necesidad normativa de implementar la sustracción de menores dentro del catálogo de infracciones penales con el objeto garantizar a la víctima de este delito la debida protección jurídica y a su vez, establecer lineamientos para la reparación integral, lo que en efecto desencadenara que la conductas de sustracción, retención, traslado u ocultamiento de menores disminuya debido a que, la persona por temor a ser sancionada se abstendrá de realizar estos actos.

Con el estudio de casos se evidencia que la normativa actual es pobre y precaria, porque la sanción actual para estas conductas no es proporcional al daño que provoca, puesto que vulneran derechos constitucionales y además estas sanciones al ser tan flexibles no garantizan que no vuelvan a ser cometidas, por lo que se podría decir que los sujetos quedan impunes. Por lo tanto, resulta trascendental implementar este delito dentro de nuestro estado constitucional de derechos con el objeto de mitigar y erradicar este mal social presente en la sociedad.

La reforma está enfocada en agregar dentro del Código Orgánico Integral Penal, en la sección que corresponde a los delitos contra la libertad personal, el tipo penal de sustracción de menores, es ¿por qué? Esta conducta afecta a los niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas de esta conducta, con lo cual se intenta garantizar la protección del derecho al a desarrollarse en ambientes estables, y convivir libremente con ambos progenitores, la integridad personal, el derecho de custodia y visita, y el derecho a la salud del menor, ya que, la función preventiva de la ley penal disminuiría considerablemente la ejecución de esta conducta.

La propuesta de reforma está planteada debido a que, existe vacío legal en el sistema normativo ecuatoriano respecto a las conductas de sustracción, retención, y traslado de menores, ya que, el Estado reconoce de conformidad al Convenio de Haya estas conductas como ilícitas, por lo que, es necesario incorporar esta conducta dentro del catálogo de delitos, como conducta

penalmente relevante, para sancionar y erradicar la sustracción de menores, a fin de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

8. Conclusiones

1. La retención, traslado, sustracción y ocultamiento de un menor son conductas que impiden que pueda realizarse de manera efectiva el ejercicio de los derechos de custodia y visita que a su vez garantizan al menor el efectivo goce del derecho a relacionarse con ambos progenitores e inclusive con parientes.
2. El análisis de los efectos de la sustracción de menores permite concluir que estas conductas transgreden el derecho constitucional de la salud, debido a que estas acarrear consecuencias sobre todo al ámbito psicológico del menor, quien podría ser víctima del síndrome de alienación parental, además, de que podría presentar problemas de depresión, ansiedad, trastornos de personalidad, entre otras consecuencias, que puede acarrear incluso hasta su vida adulta.
3. La retención, traslado, sustracción y ocultamiento de menores es un delito derivado en su mayoría de los conflictos entre parejas, quienes utilizan al menor como un instrumento de venganza o manipulación a fin de obtener beneficios personales.
4. Se concluye que el Código de la niñez y adolescencia reconoce y prohíbe la retención y traslado ilícito de menores; sin embargo, esta normativa no prevé la sanción proporcional y justa para el infractor; para que la misma sirva de motivación general y especial, para la efectiva prevención de esta conducta antijurídica ejercida en el medio familiar.
5. En el análisis respectivo del delito de sustracción de menores en la legislación comparada, se analizaron cuerpos normativos de naturaleza penal de países como España y Colombia, lo que permite concluir que estas legislaciones han creado regímenes jurídicos más eficaces que coadyuven a prevenir y erradicar las conductas de sustracción, retención y traslado ilícito de menores por parte de progenitores y parientes.

6. De las Encuestas y entrevistas aplicadas se concluye en la urgente necesidad de regular normativamente el régimen sancionatorio y reparador de las conductas de sustracción, retención y traslado injustificado de menores, para lo cual, es necesario realizar una investigación pormenorizada que permita realizar un proyecto de ley reformativa, para establecer lineamientos normativos con el objeto de que, mediante la función preventiva de la pena, las personas se abstengan del cometimiento de esta infracción.

7. Se evidencia que, en el Código Orgánico Integral Penal, existe un vacío jurídico respecto la protección íntegra del bien jurídico del derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse en un ámbito familiar estable, y mantener relaciones paterno filiales con ambos progenitores.; por lo que, es necesario y trascendental reformar la norma en mención.

9. Recomendaciones.

- 1.** Al Estado Ecuatoriano adoptar políticas públicas, para crear campañas, programas y proyectos de prevención y erradicación del delito de sustracción de menores, para lo cual, se sugiere campañas de información y concientización sobre las consecuencias del cometimiento de esta infracción; así como también, planes o programas de terapia familiar.
- 2.** A los padres de los menores, que atraviesan situaciones de ruptura familiar, no ejecuten estas conductas, ya que los verdaderamente afectados son los hijos, ellos sufren graves secuelas sobre todo en el ámbito emocional producto de la falta de convivencia familiar y por ende su derecho al desarrollo integral se ve seriamente afectado.
- 3.** A las autoridades correspondientes que, durante el proceso de divorcio, se realice valoraciones psicológicas a los progenitores, desde la etapa inicial, durante el transcurso y después de este; con el fin de precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y prevenir el delito de sustracción de menores.
- 4.** A las universidades ecuatorianas, que conjuntamente con aquellos organismos de control y de administración de justicia, organicen foros, publicaciones, conversatorios, a fin de concientizar sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el deber que tenemos como sociedad de proteger el ejercicio efectivo de los mismos.
- 6.** A la Asamblea Nacional Constituyente analice e incorpore la sustracción de menores dentro de la normativa del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo los diferentes elementos del tipo penal con la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

9.1 Proyecto de Reforma Legal



REPÚBLICA DEL ECUADOR.

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República declara al Ecuador como un Estado “constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional”, siendo un deber primordial su respeto, promoción, protección y garantía;

Que, el artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”

Que, el segundo inciso del artículo 45 del artículo de la Constitución de la República del Ecuador establece que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su

identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”

Que, el numeral 4, del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador establece El Estado adoptará las medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones;

Que, el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.”

Que, el artículo 11 de la Convención de los derechos del niño, establece que los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero;

Que, existe un vacío legal en el Código Orgánico Integral Penal, para sancionar la sustracción de menores por parte de sus progenitores , a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial y efectiva y garantizar la debida reparación integral a la víctima; por lo que, resulta necesario incorporar dentro del catálogo de delitos como conducta penalmente relevante la sustracción de menores, a fin de establecer la sanción proporcional al daño producido en la víctima, y crear precedentes a fin

que la pena sirva como fundamento motivador para que las demás personas se abstengan del cometimiento de esta infracción.

Que, de acuerdo al artículo 84 de la Constitución, la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa debe adecuar formal y materialmente las leyes y demás actos normativos a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales y los necesarios para garantizar la dignidad del ser humano;

Que, el artículo 120 número 6 de la Constitución establece que la Asamblea Nacional dentro de sus atribuciones puede; expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

En ejercicio de las atribuciones previstas en la Constitución de la República, se expide la siguiente reforma al Código Orgánico Integral Penal;

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Artículo 1.- Agréguese en la sección sexta de los “Delitos contra la libertad personal” a continuación del artículo 163.1, los siguientes artículos:

Art. 163.2. Sustracción de menores. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor de dieciocho años será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Art.163.3. Circunstancias agravantes de la sustracción de menores. - Cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

1.Trasladar al menor fuera del país.

2.Exigir alguna condición para su restitución.

Art.163.4. Circunstancias atenuantes de la sustracción de menores. Son circunstancias atenuantes del delito de sustracción:

1. Que el sustractor comunique el lugar de estancia del menor al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

2. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

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

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Derogase todas las disposiciones, leyes reglamentos y demás ordenamientos jurídicos que se opongan a la presente.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 09 días del mes de septiembre de 2022.

.....

F. en ejercicio de la Presidencia

.....

F. secretario general

PALACIO NACIONAL, DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, A LOS NUEVE DIAS
DEL MES DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS.

SANCIONASE Y PROMULGASE

.....

F. PRESIDENTE CONSTITUCIONAL

10. Bibliografía

Libros

- Albán, F. (2010). Derecho de la Niñez y Adolescencia (3ª ed.). Ecuador: Gemagrafic.
- Aníbal, T. V. (2008). Diccionario de jurisprudencia civil: definiciones y conceptos de derecho civil y derecho procesal civil extraídos de la jurisprudencia. Lima: Grijley.
- Asúa, L. J. (2004). Teoría del delito. México: IURE.
- Balestra, C. F. (2008). Derecho Penal, Parte Especial Actualizado por. Guillermo A.C. Ledesma (Decimoséptima ed.). Buenos Aires.
- Benítez, J. P. (1995). Principios Generales del Derecho de Familia. Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Bossert, G. (2007). Manual de Derecho de Familia. Quito: Astrea.
- Bustos, L. d. (2017). Sustracción de menores en un ámbito nacional e internacional. Universitat de les Illes Balers.
- Cabanellas, G. d. (2009). Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Calón, E. C. (1949). Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2. Barcelona: Bosch.
- Cántaro, A. S., & Sierra, H. M. (2005). Lecciones de Derecho Penal. Bahía Blanca: Ediuns.
- Carrara, F. (1971). Programa de derecho criminal. Bogotá: Temis.
- Cobo del Rosal, M. (1961). “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores” (primera parte). Anuario de derecho penal y ciencias penales, 14(2).
- Conde, F. M. (1999). Teoría General del Delito. Bogotá: Temis.
- Contreras, M. d. (2010). Derecho de familia y sucesiones. México: Nostra Ediciones.
- Contro, M. G. (2011). ¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 36.

Corigliano, D. M. (2006). Delitos de sustracción, retención y ocultación de menores. Derecho y cambio social.

Cortina, J. M. (2017). "Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales". Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos.

Cuello Calón, E. (2000). Derecho Penal Tomo I. Barcelona, España: Editorial Facultad de Derecho.

Díaz, C. L. (2002). Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago: LOM. doi:956-7950-21-0

Díaz, C. L. (2005). Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Chile: Talleres de LOM ediciones.

Díez Ripollés, J. L. (2016). Derecho Penal Español. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.

Domínguez, M. A. (1991). Pena, disuasión, educación y moral pública. Revista de la Facultad de Derecho de México, 107.

Fermín, C. L., Flor, C. C., & Consuelo, C. C. (2012). Derecho de del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Grijley.

Garafoli, R. (2016). Codice Penale e delle leggi penali speciali. Neldiritto.

Hernández, C. C. (2021). El delito de sustracción de menores. España: Universidad de Jaen.

Hernandez, E. C. (2010). Maternidades y paternidades en pugna, 5.

Kant, E. (1986). Critica de la Razón Pura. "Traducción de Pedro Rivas". Madrid: Alfaguara.

Labatut, G. (2000). Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas (7 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Laurens, Y. (2006). Desintegración familiar. Sucre, Venezuela.

- Ledezma, R. M. (2021). Sustracción de menores. Kanan.
- Llanos, B. A. (2012). Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
- Llanos, B. A. (2014). Patria potestad, tenencia y alimentos. Perú: El Búho E.I.R.L.
- Luis Jiménez de Asúa. (2005). Principios del derecho penal: La ley y el delito. Buenos Aires, Argentina: Sudamericana.
- Marcial. (2014). Enciclopedia de los Derechos de Familia. (1era Edición ed.). Chile.
- Martínez, M. G. (2020). Análisis Jurídico-Penal del Delito de Sustracción de menores. España: Universidad de Almería.
- Mourullo, G. R. (1977). Derecho Penal Parte General. Madrid.
- Nieto, D. G. (2018). El Proceso de criminalización y su incidencia en Costa Rica. Costa Rica.
- Ossorio, M. (1978). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Buenos Aires: Heliasta.
- Ossorio, M. (2000). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (1ª Edición ed.). Guatemala: Editorial Heliasta.
- Pacheco, M. E. (2015). Los fundamentos del derecho penal en el Ecuador. Quito: El Forum Editores.
- Pérez, J. S. (2014). Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores del Derecho Civil. En P. S. López Ángel., La Patria Potestad en la actualidad (pág. 253). México: Castellanos Impresores S.A. De C.V. doi:978-999-93-1016-1
- Postaloff, M. G. (1982). Los procesos de decriminalización. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Publicaciones, C. d. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Puig, M. (1976). "Introducción a las bases del Derecho Penal". Barcelona: Bosch.

Recalde, J., & Biglieri, M. M. (2013). Sustracción de Menores. Asociación pensamiento penal, 9.

Rocca Guzmán, C. E. (2015). Judicialización de la violencia familiar psicológica. CLACSO.

Rodríguez, J. B., & López, R. S. (2013). "Sustracción Interparental de Menores". Iustitia.

Romo, P. H. (2005). Los delitos contra la Familia. México. doi:970-701-616-7

Rospigliosi, E. V. (2008). Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes. Madrid: Trota.

Sánchez, J. A. (2019). Manual de Introducción al Derecho Penal. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. doi:978-84-340-2591-2

Sanchez, X. T., & Huaca, C. P. (2019). Dere de Familia: Evolución y actualidad en Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Santos, S. (2010). Derechos Humanos de los niños y adolescentes y la Legislación Internacional. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Smythe, J. A. (1964). El delito y la sanción penal. Revistas de Derecho PUCP. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.196601.005>

Soler, S. (2000). Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Sumalla, J. M. (2020). Sanciones penales y ejecución penal. España: FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya. doi: PID_00184525

Torre, J. R. (1924). Derecho Penal. Universidad Nacional de Córdoba.

Torres, G. C. (1979). Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta.

Torres, G. C. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.

Torres, G. C. (2002). Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta.

Vélez, J. P. (2009). Visitas; Legislación, Doctrina y Práctica. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

Villena, P. (2011). Derecho de Familia. Caracas, Venezuela: La Ley.

Zaffaroni, E. R. (2002). Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zermatten, J. (2003). “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”.

Revistas

Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 55.

Domínguez, M. A. (1991). Pena, disuasión, educación y moral pública. Revista de la Facultad de Derecho de México, 107.

Edith, C. (2011). Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 563.

Fresno-García, M. d. (2013). Trabajo social con familias los estilos familiares como indicadores de riesgo. Una investigación etnográfica. Portularia: Revista de Trabajo Social.

Hernández, C. C. (2021). Delitos contra las relaciones Familiares especial referencia a la íntima conexión entre el Art.224.2 y el Art.225 Bis CP. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, 26, 198-207.

Jordán Buenaño, J. E., & Mayorga Naranjo, N. E. (2018). El régimen de visitas tras la separación de los padres. Revista Verba Iuris, 54.

Karina, L., Oferne, S., & Eder, S. (2020). Incidencia de la disfuncionalidad familiar en el desempeño académico de estudiantes de Secundaria. *Revista Espacios*, 137.

Losada, A. V., & Caruso, J. M. (2021). Continuidad de los vínculos familiares: impacto de las resoluciones judiciales en violencia familiar. *Revista de Psicología*.

Oswaldo, O. S. (2011). ¿Qué es el Derecho? ¿El Derecho es una ciencia? *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma*.

Perricone, A. (2020). La judicialización de la protesta y sus resultados: una tipología de la movilización legal en el Chile post-transición (1990-2018). *Revista de Ciencias Políticas (Santiago)*.

Rodríguez, i. B., & López, R. S. (2012). Sustracción interparental de menores: una forma de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. *Misión Jurídica*, 197-198.

Smythe, J. A. (1964). El delito y la sanción penal. *Revistas de Derecho PUCP*. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.196601.005>

Torres Fernández, M. E. (2003). “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.*, 4.

Veas, J. E. (2015). Faz objetiva del delito de sustracción de menores. *Revista electrónica semestral de políticas públicas y materias penales*, 10.

Leyes

Convenio de la Haya. (1989)

Convención sobre los Derechos del Niño. (1990)

Constitución de la República del Ecuador. (2008)

Código de la Niñez y Adolescencia. (2022).

Código Orgánico Integral penal (2021)

Código Penal Colombiano. (2004).

Código Penal de España. (1995).

Linkografía

Báñez, S. R. (2020). Como demostrar el Síndrome de Alineación Parental (SAP): La prueba psicológica. Obtenido de psicolegalmente: pericias psicológicas.: <https://www.psicolegalmente.es/guarda-y-custodia/sindrome-de-alienacion-parental/#author>

Cambra, J. B. (1998). Atentados en contra del vínculo de los hijos con el padre no custodio: el síndrome de alienación parental. Obtenido de Psicología jurídica y forense: <https://psicologiajuridica.org/archives/426>

Censos, I. N. (2020). Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios, Población y migración. Obtenido de (INEC), Instituto Nacional de Estadística y Censos: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2020/Boletin_tecnico_myd_2020.pdf

Espinoza, C. C. (2014). Repositorio Digital de la Universidad Mayor de San Andrés. Obtenido de file:///C:/Users/DELL/Downloads/TESIS%20CON%20INFORMACION%20DE%20S ECUESTRO%20PARENTAL.pdf

García Pérez, O. (2010). El delito de sustracción de menores y su configuración. In Dret Revista para el análisis del derecho, 12. Obtenido de In Dret: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf>

Machuca, D. T. (2021). La sustracción y restitución de niñas y niños, son temas de derechos humanos. Obtenido de Defensoría Pública del Ecuador: <https://www.defensoria.gob.ec/?project=la-sustraccion-y-restitucion-de-ninas-y-ninos-son-temas-de-derechos->

11. Anexos

11.1 Oficio de designación del director del Trabajo de Titulación.



UNL

Universidad
Nacional
de Loja

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Presentada el día de hoy, ocho de julio de dos mil veintidós, a las diez horas con doce minutos.- Evacuada la diligencia otórguese lo solicitado por la persona interesada e incorpórese al expediente académico.- LO CERTIFICO.-

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.07.08
16:42:33 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.

**SECRETARIA ABOGADA DE LA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Loja, 08 de julio de 2022, a las 15H54.- De conformidad a las competencias establecidas en el Art. 134 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, al informe favorable de pertinencia de estructura y coherencia conforme lo determinado en el artículo 134 del RRA-UNL emitido por la Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva, Mg. Sc., Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, sobre el proyecto de tesis intitulado: **"IMPLEMENTAR EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL"**, presentado por la postulante **PAOLA MICHELLE LOPEZ PACHECO**, estudiante del Décimo Ciclo de la Carrera de Derecho, período actual, Modalidad Presencial, previo a la obtención del Grado de Licenciada en Jurisprudencia y la obtención del Título de Abogada, se autoriza la ejecución del proyecto de tesis, y se designa como Directora de tesis a la Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva, Mg. Sc., conforme lo ordenado en el Art. 136 RRA-UNL.- NOTIFIQUESE para que surta los efectos de ley que corresponden.



Firmado digitalmente por
MARIO ENRIQUE
SANCHEZ ARMIJOS

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos, Mg. Sc.,
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Loja, 08 de julio de 2022, a las 15H56.- Notifiqué con el decreto que antecede a la Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva, Mg. Sc., personalmente y firman.

GLADYS BEATRIZ
REATEGUI CUEVA

Firmado digitalmente por GLADYS BEATRIZ REATEGUI CUEVA
Nombre de reconocimiento (DN): c=EC, o=UNL,
ou=Facultad de Derecho, cn=GLADYS BEATRIZ REATEGUI
CUEVA
Fecha: 2022.07.11 08:38:13 -05'00'

Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva, Mg. Sc.,
DIRECTOR DE TESIS

ENA REGINA
PELAEZ SORIA

Firmado
digitalmente por
ENA REGINA PELAEZ
SORIA
Fecha: 2022.07.08
16:42:42 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.
SECRETARIA ABOGADA

Elaborado por: Nancy M. Jaramillo

072 - 545177
Ciudad Universitaria "Guillermo Falconi Espinosa"
Casilla letra "S", Sector La Argelia - Loja - Ecuador

11.2. Certificación de traducción del Abstract



Loja, 01 de marzo de 2023

Lic. Marlon Armijos Ramírez Mgs.

**DOCENTE PEDAGOGIA DE LOS IDIOMAS
NACIONALES Y EXTRANJEROS- UNL**

CERTIFICA:

Que el documento aquí compuesto es fiel traducción del idioma español al idioma inglés del resumen del Trabajo de Titulación: Implementar el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal. Autoría de Paola Michelle Lopez Pacheco con CI: 1105828527, de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

Lo certifico en honor a la verdad y autorizo a la interesada hacer uso del presente en lo que a sus intereses convenga.



11.4 Formato de encuesta a profesionales del Derecho



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

Apreciado(a) profesional y público en general:

Soy Paola Michelle López Pacheco, estudiante del décimo ciclo de la carrera de Derecho, debido a que me encuentro desarrollando mi trabajo de titulación denominado: "**IMPLEMENTAR EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**"; solicito de la manera más comedida, sírvase a dar contestación a la siguiente encuesta que me permitirá obtener información para la culminación de la presente investigación.

Introducción: Actualmente las rupturas familiares y divorcios son muy comunes, y de estos eventos se originan la tenencia y régimen de visitas, que son derechos que tienen los padres con los hijos; el objetivo del delito de sustracción de menores es sancionar a los progenitores y parientes del menor quienes de manera injustificada y haciendo uso indebido de los derechos de tenencia y régimen de visitas retienen o trasladan al menor con el fin de privarlo de la convivencia con uno de sus progenitores, tutor o institución a cargo; estas conductas generan secuelas psicológicas en el menor, además de que lesionan derechos fundamentales.

1. ¿Conoce usted lo que es la sustracción de menores o sustracción interparental?

SI () NO ()

¿Por qué?

2. ¿Cree usted que cuando se da por finalizado el vínculo matrimonial, los progenitores priorizan sus intereses personales, y minimizan los derechos e intereses del menor (hijo/a), evitando que este conviva debidamente con el progenitor custodio o con el que goza de un régimen de visitas?

SI () NO ()

¿Por qué?

3. ¿Conoce usted si en la legislación ecuatoriana se sanciona penalmente al progenitor o pariente que injustificada e indebidamente sustrae, retiene, traslada u oculta al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?

SI () NO ()

¿Por qué?

4. ¿Cuáles cree usted que son las principales causas que llevan a los padres o parientes a sustraer, retener, trasladar u ocultar al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?

• Divorcio. ()

- Rupturas conflictivas de parejas. ()
- Matrimonios o parejas mixtas. ()
- Rechazo del menor. ()
- Otra....

5. ¿Cree usted que es necesario implementar el delito de sustracción de menores, a fin de proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos, derecho que les permite un desarrollo sano y óptimo en el ámbito físico, psíquico y emocional?

SI () NO ()

¿Por qué?

6. ¿Considera usted pertinente la elaboración de un proyecto de reforma en el Código Orgánico Integral Penal, en el que se sancione al progenitor o pariente del menor que de manera injustificada y haciendo uso indebido del derecho de tenencia o del régimen de visitas lo sustraiga?

SI () NO ()

¿Por qué?

Gracias por su colaboración.

11.5 Formato de entrevista a profesionales del tema.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Abogado(a).

Soy Paola Michelle López Pacheco, estudiante del décimo ciclo de la carrera de Derecho, debido a que me encuentro desarrollando mi trabajo de titulación denominado: "**IMPLEMENTAR EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**"; solicito de la manera más comedida, sírvase a dar contestación a la siguiente entrevista que me permitirá obtener información para la culminación de mi investigación.

Introducción: Actualmente las rupturas familiares y divorcios son muy comunes, y de estos eventos se originan la tenencia y régimen de visitas, que son derechos que tienen los padres con los hijos; el objetivo del delito de sustracción de menores es sancionar a los progenitores y parientes del menor quienes de manera injustificada y haciendo uso indebido de los derechos de tenencia y régimen de visitas retienen o trasladan al menor con el fin de privarlo de la convivencia con uno de sus progenitores, tutor o institución a cargo; estas conductas generan secuelas psicológicas en el menor, además de que lesionan derechos fundamentales.

PREGUNTAS

1. ¿Se sanciona penalmente en la legislación ecuatoriana al progenitor o pariente que sustrae, retiene, traslada u oculta al menor de quien posee legalmente su tenencia o de quien goza de un régimen de visitas?
2. ¿Cuál es su criterio, respecto que no exista un tipo penal que sancione a los progenitores o parientes que sustraen, retienen, ocultan o trasladan injustificada, indebida e ilícitamente a un menor?
3. ¿Qué derechos cree usted que se ven lesionados con las conductas anteriormente mencionadas?
4. ¿Estima necesario que se implemente el delito de sustracción de menores en el Código Orgánico Integral Penal?
5. ¿Qué sugerencias daría usted para solucionar el problema planteado?

GRACIAS POR SU COLABORACION.