

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v5i3.2062>

Vías legales de actuación inmediata para la protección de los derechos de niños y adolescentes en casos de arrebato

Legal avenues for immediate action to protect the rights of children and adolescents in cases of abduction

Jenny Yolanda Frisancho Villanueva

jfrisancho@unsa.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0002-7340-4658>

Universidad Nacional de San Agustín

Arequipa – Perú

Artículo recibido: 29 de abril de 2024. Aceptado para publicación: 16 de mayo de 2024.

Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.

Resumen

Cuando un progenitor arrebató a su hijo, del otro que lo tenía bajo su cuidado, se vulnera los derechos del niño y adolescente como: Derecho a tener una familia y no ser separado de ella; Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; Derecho a la libertad individual. Sin embargo, nuestra legislación a través de los procesos de tenencia en la vía civil y de sustracción de menor en la vía penal; tutela los derechos de los padres de tener a sus hijos bajo su cuidado; convirtiendo el hijo en objeto de disputa. Conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece como función del Ministerio Público la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a los menores e incapaces; por lo tanto, nuestro objetivo identificar qué vías utilizan para el resguardo inmediato del derecho niño y adolescente en caso de arrebato. El trabajo corresponde a una investigación de tipo básico, estudio ex post facto, no experimental de corte transversal, con enfoque cualitativo; se utilizó la técnica de observación documental de los dispositivos legales en materia constitucional, civil, niño y adolescente; y sus normas adjetivas. En cuanto a la investigación de campo, se ha considerado como unidades estudio los fiscales provinciales de Familia, correspondientes a los años 2019 al 2020. La investigación evidencia que no existen vías procedimentales especializadas que puedan ser utilizadas por los fiscales de familia para la protección y salvaguarda de los derechos del niño y adolescente, cuando es arrebatado por uno de los progenitores.

Palabras clave: arrebato, protección integral de los derechos de los niños y adolescentes

Abstract

When a parent snatches his or her child from the other parent who had him or her in care, the rights of the child and adolescent are violated, such as: The right to have a family and not be separated from it; Right to grow up in an environment of affection and moral and material security; Right to individual freedom. However, our legislation, through possession processes in civil proceedings and child abduction in criminal proceedings, protects the rights of parents to have their children under their care; the son being the object of dispute. In accordance with article 1 of the Organic Law of the Public Ministry, which establishes as a function of the Public Ministry the representation of society in court, for the purposes of defending minors and incapable persons; Therefore, our objective is to identify what means they use for the immediate protection of the rights of children and adolescents in the event of an outburst. The work corresponds to a basic type of research, ex post facto, non-

experimental cross-sectional study, with a qualitative approach; The technique of documentary observation of legal provisions in constitutional, civil, child and adolescent matters was used; and its adjective norms. Regarding the field investigation, the Provincial Family Prosecutors, corresponding to the years 2019 to 2020, have been considered as study units. The investigation shows that there are no specialized procedural means that can be used by family prosecutors to protect and safeguard the rights of children and adolescents when they are taken away by one of the parents.

Keywords: arrebato, comprehensive protection of the rights of children and adolescents

Todo el contenido de LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons . 

Cómo citar: Frisancho Villanueva, J. Y. (2024). Vías legales de actuación inmediata para la protección de los derechos de niños y adolescentes en casos de arrebato. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 5 (3), 611 – 622. <https://doi.org/10.56712/latam.v5i3.2062>

INTRODUCCIÓN

Todo niño y adolescente, dada su etapa de desarrollo se encuentra bajo los cuidados de sus progenitores; siendo, la institución jurídica que desarrolla ese deber de cuidado y protección del niño y adolescente, la Patria Potestad. Para Cornejo Chávez (1999) "Es el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores" (p. 520); sin embargo, cuando los padres del niño y/o adolescente, se encuentran separados, ya sea por divorcio, separación de cuerpos, término de su relación convivencial, o sencillamente nunca vivieron juntos; pero tienen un hijo en común; se debe decidir cuál de los progenitores cuidará del menor; algunos recurren a las conciliaciones, otros recurren al poder judicial, y en la mayoría de casos se produce la tenencia de hecho que es asumida por la figura materna como derecho connatural de la madre; bajo estas circunstancias, en muchos casos, se produce el arrebato del niño o adolescente por parte de uno de los progenitores.

El término arrebato, ha sido utilizado en el Código de los niños y adolescentes, en su art. 83°; que señala:

(...) Cuando el padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes (...).

De cuyo texto se puede desprender, que el arrebato implica el traslado abrupto del menor del lugar habitual en el que se desarrollaba a otro; este acto en la vía penal se ha denominado sustracción de menor; e internacionalmente, el convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ha definido la sustracción de menor como «(...) el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia» (Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, 1980).

Este tipo de traslado abrupto, del lugar habitual en el que se encontraba el menor, limita el ejercicio de la patria potestad del otro progenitor; pero ello, no es materia de análisis del presente trabajo; sino, desde la perspectiva de la doctrina de protección integral y en la clara intención de efectivizar el Principio del Interés Superior del Niño; podríamos interrogarnos, si el acto de arrebato transgrede derechos de los menores; si nuestro ordenamiento legal ha efectivizado la transición de la doctrina de la situación irregular (concibe al niño como un objeto de protección del Estado) a la doctrina de la Protección Integral del Niño (reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho), a raíz de la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño.

Nuestro ordenamiento legal, en esta materia se encuentra enfocada a garantizar un vías para la recuperación del hijo al que se le ha arrebatado; como el proceso de tenencia, como atributo, la facultad, y/o derecho de los padres a vivir con los hijos; también podrían optar por la vía penal denunciando la comisión del delito de sustracción o retención, cuyo bien jurídico protegido es la patria potestad, como derecho de los padres. Sin embargo, dado la especial etapa de desarrollo de los niños y adolescentes, demandan procesos cortos, que ha motivado a algunos padres recurren a la acción de Hábeas Corpus como garantía constitucional.

La aplicación del proceso de Habeas Corpus a procesos de tenencia, fue fomentada por el Tribunal Constitucional, a través de las sentencias correspondientes al Exp. N° 1817 – 2009 – PHC/TC y al Exp. N° 2892 – 2010 – PHC/TC, cuyos fundamentos principales, fueron amparados por los siguientes derechos: a) derecho a tener una familia y no ser separado de ella; b) derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, c) derecho al desarrollo armónico e integral, así como con la protección de los principios tales como: a) Principio de protección especial del niño, b) Principio del interés superior del niño; empero, dar solución a esta problemática, el Tribunal Constitucional, vienen desligando las materias en familia y de menores como jurisdicción ordinaria a una jurisdicción que es

conducida por un juez penal; vulnerando el principio de especialidad, debiendo contar con jueces especializados y apoyo multidisciplinario que todo niño y adolescente requiere.

Debemos tener en cuenta que, acceder a la justicia, para algunos grupos vulnerables resulta siendo inviable por circunstancias estructurales, como: la pobreza endémica y estructural de la población; Pásara (1984) explica sistemáticamente por qué la justicia en el Perú tiene un precio; se asume los gastos directos (pago por honorarios profesionales, aranceles judiciales, entre otros); gastos indirectos (transporte, permiso de trabajo) y los costos de oportunidad (larga duración de los procesos). Así mismo, la escasa cultura jurídica ligada al analfabetismo como factor que impide valerse del ordenamiento jurídico, a fin de garantizar el goce y disfrute de sus derechos; que el proceso de alfabetización como acto mecánico de transmitir palabras, sílabas y letras de un educador al receptor; no ha logrado superar el desconocimiento de los derechos que le asisten. A estas barreras, debemos sumar la desigualdad de género, dado que la igualdad formal con la incorporación normativa a favor del género femenino, no ha erradicado patrones socioculturales de desigualdad. Adicionalmente, tenemos la ineficiencia del sistema de justicia relacionado con la demora de los procesos, justificada por las autoridades judiciales con la excesiva carga procesal; en este contexto, hablar de plazo razonable, tutela efectiva y tutela urgente suele ser una ficción.

Empero, si nos enfocamos en el niño y adolescente; podríamos interrogarnos si este acto de arrebatado perpetrado por uno de los progenitores, vulnera sus derechos fundamentales, reconocidas en la Constitución, leyes y legislación internacional; categóricamente, la respuesta es afirmativa, entonces, todo acto a arrebatado del niño y adolescente vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; entendiendo a la familia como el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, por lo que el disfrute de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de todo ser humano, aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada. En este sentido la separación abrupta y/o impedimento de contacto del niño respecto del otro progenitor; limita la satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas, psicológicas; y pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Igualmente transgrede el Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido expresamente en el art. 9.3° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar "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"; ello implica que ante la ruptura de la relación entre los padres, se garantice que el menor goce del amor y afecto de ambos progenitores, libre de todo tipo de restricciones.

Así mismo, el acto de arrebatado limita el ejercicio de la libertad individual del menor, a fin de evitar que tenga contacto con el otro progenitor; derecho que podría ser concebido de exclusividad del adulto, o en todo caso negar ese derecho a los niños y/o adolescentes, estando a las facultades legalmente reconocidas a los padres o tutores; sin embargo, este derecho debe ser enfocado desde la concepción de principio – valor; que conlleva la facultad de autodeterminación personal compatibles con su proceso de desarrollo; derecho que se encuentra previsto en el art. 5° del Código del Niño y Adolescente.

Del mismo modo, el arrebatado limita el derecho a la integridad del niño y adolescente, previsto en el art. 4° del Código del Niño y Adolescente, que prescribe: "El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar". Es inequívoco, señalar que el acto de arrebatado perjudica el desarrollo emocional y afectivo; puesto que el contacto del menor con ambos progenitores, incide en el proceso de construcción de su identidad (su yo), autoestima, seguridad y la confianza en sí mismo; no obstante, y en muchos casos, producido el arrebatado es el progenitor que ha arrebatado a su hijo, quien recurre a la denigración del otro progenitor, atribuyéndole conductas reprochables, con el que sustentan el arrebatado, culpándonos de la situación que viven;

conocido como el Síndrome de Alienación Parental; que influyen en el menoscabo del proyecto de vida del menor arrebatado.

Por lo tanto, es probable que la falta de normatividad legal expresa que regule mecanismos legales de actuación inmediata de los Fiscales de Familia en casos de arrebato de menores de edad, por parte de uno de sus progenitores, contribuye a la vulneración de derechos fundamentales de los niños y/o adolescentes, tales como: Derecho a tener una familia y no ser separado de ella, Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, Derecho a la libertad personal del niño, y adolescente.

La vulneración de derechos del niño y adolescente cuando es arrebatado por uno de los progenitores; merece la intervención del Estado, ello de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Política del Estado; empero, cuál es el órgano con potestades, facultades para proteger, salvaguardar, garantizar los derechos del niño y del adolescente; mientras los padres se disputan al menor, con distintas motivaciones.

METODOLOGÍA

En el presente trabajo se utilizó el diseño ex post facto, no experimental de corte transversal, con enfoque cualitativo, que nos permitirá explicar los aspectos dinámicos y relacionales referentes a la protección de los derechos de los niños y adolescente cuando son vulnerados en los casos de arrebato por uno de los progenitores. El método hermenéutico como estudio de la comprensión e interpretación, posibilitará entender los significados, las características, y símbolos del fenómeno de transición de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de protección integral de los niños y adolescentes.

Técnicas de investigación: La investigación tiene la intención de conocer cómo se protege a los niños y adolescentes cuando son arrebatados por uno de sus progenitores en salvaguarda de sus derechos fundamentales, para tal efecto se recurrió a la técnica del análisis documental y encuesta; recogiendo la información doctrinaria y casuística, vertida para proceder luego a su análisis.

Instrumentos de investigación. Se elaboraron encuestas de tipo estructurado, con preguntas de opción múltiple, aplicadas vía on-line a los fiscales especializados en materia familiar; para recoger las experiencias de los Fiscales de Familia del Estado peruano, respecto a la protección de los derechos de los niños y/o adolescentes en caso de arrebato. Así mismo, se utilizó Ficha de Registro documental

Muestra

La muestra seleccionada corresponde al tipo no probabilístico intencional la misma que se utiliza de acuerdo a criterios del investigador conformada finalmente por 86 fiscales de familia del Ministerio Público. Se determinó con la fórmula muestral de una población a un nivel de confianza del 95% y margen de error de 5%. Se consideró una proporción que existe mecanismos legales de actuación inmediata de los fiscales de familia por debajo del 10%.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Realizada la consulta a los fiscales de familia, en la tabla 1, se observa que los fiscales refieren que la institución facultada para impulsar acciones judiciales o extrajudiciales para protección de los derechos del niño y/o adolescente arrebatado es Ministerio Público (58%), DEMUNA (20%), Poder Judicial (13%).

Tabla 1

Institución Pública facultada para impulsar acciones judiciales o extrajudiciales para protección de los derechos del niño y/o adolescente arrebatado

Respuestas	N	%
DEMUNA	17	19.8
Ministerio Público	50	58.1
Ninguna, solo los progenitores	8	9.3
Poder judicial	11	12.8
Total	86	100

Remitiéndose a la legislación nacional; el Ministerio Público, es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales tiene la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces (Ley Orgánica del Ministerio Público); ello claramente dispone que quien ejerce la defensa del niño y del adolescente, es el Ministerio Público.

Entonces, el Fiscal, como señala Carnelutti (citado por Couture, 1958) como " parte, que no es verdaderamente parte, pero que sin embargo, opera como la parte y por lo tanto, puede definirse como parte artificial" (p. 117), tiene la función primordial de garantizar el respeto de los derechos del niño y adolescente, conforme lo dispone el artículo 138° del Código de los Niños y Adolescentes, el mismo que en concordancia con el artículo 144 numeral b) del mismo cuerpo legal; por lo tanto, corresponde analizar la normatividad legal sobre los mecanismos legales a instar para garantizar el goce y ejercicio de los derechos niño y adolescente.

Sin embargo, tal como se desprende de la tabla 2, los fiscales de familia encuestados señalan que la vía idónea para la restitución de sus derechos en caso de arrebato de niños es generalmente el proceso por sustracción de menor (44%), seguido de procesos de tenencia (42%), casos por contravención (12%), y finalmente por habeas corpus (2%).

Tabla 2

Arrebato de niños y/o adolescentes por parte de uno de sus progenitores se debe recurrir al proceso de...

Respuestas	n	%
Contravención	10	11.6
Sustracción de menor	38	44.2
Tenencia	36	41.9
Habeas corpus	2	2.3
Total	86	100.0

Empero, podrá el Fiscal instar acciones vía proceso de tenencia, sustracción de menor; recurriendo a nuestra legislación, la respuesta es negativa, puesto que, quien posee legitimidad para obrar en este tipo de procesos es el progenitor. Algunos concluyen, que si el padre es el que transgrede derechos por actos de arrebato del niño y adolescente; se debe aplicar el Decreto Legislativo N° 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos; sin embargo, este procedimiento está diseñado para proteger a los menores ante el incumplimiento reiterado de las obligaciones de los padres; más no, restituye derechos vulnerados por el arrebato.

Se ha evidenciado que, algunos fiscales han instado procesos por contravención a los derechos del niño y adolescente; para su restitución, previsto en el artículo 69 del CNA; institución jurídica que no ha

sido abordado por especialistas en materia de Derecho de Familia ni derecho de la infancia; sin embargo, conforme al art. 71° del CNA, se prescribe, que el Ministerio Público, a través del Fiscal Especializado y del Fiscal de Prevención del Delito vigilará el cumplimiento de esta Ley, que bajo la interpretación literal el rol del textual se podría entender que el Ministerio Público no es parte en el presente proceso, su rol del fiscal sería simplemente de vigilar el cumplimiento de las disposiciones relativas a contravenciones; vacíos e imprecisiones legales, impiden la protección especial y reforzada de los derechos cuando se trate de menores de edad.

Como se ha evidenciado, el organismo encargado de la protección de los niños y adolescentes no cuenta con mecanismos legales inmediatos, que le permita cumplir su competencia funcional, en la protección del goce y ejercicio de los derechos del niño y adolescente; vacío normativo en nuestro ordenamiento legal, que vulnera el principio de protección especial del niño.

El tema de arrebatos no es ajena a la justicia internacional, emitiéndose a nivel Universal (La Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), como a nivel interamericano (Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989 y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994); del cual el Estado peruano se hizo parte; cuyo objetivo es el retorno inmediato del menor, ya que tiene como propósito evitar que el tiempo consolide una situación artificial de hecho provocada por el traslado del menor. El fin inmediato de esa acción urgente es restituir ipso facto las relaciones jurídicas rotas tras el traslado abrupto e ilícito por parte de uno de los padres o familiares cercanos; obedece al Principio de inmediatez en la acción restitutoria del menor de edad, que busca garantizar vínculos familiares

Que, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 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", texto influenciado por el Principio del Interés Superior del Niño, que constituye el principio determinante para resolver problemas que involucren principalmente a los niños.

En efecto, el Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano, preconiza que todas las medidas concernientes a los "niños" a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su "interés superior".

Conforme a la Ley N° 30466, el Interés Superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3 numeral 2, respecto a la Protección Especial, establece:

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

Así pues, teniendo presente el enunciado normativo del artículo citado, se ha reconocido el principio de especial de protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o

inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

Esta protección diferenciada que debe recibir todo menor relacionado con la protección de derechos; implica el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados y un procedimiento especial que efectivice la protección inmediata de los derechos del niño y el adolescente.

En materia de niñez y adolescencia, la Convención de Derechos del Niño, (1989), obliga a los Estados partes a garantizar el tratamiento de una causa por una autoridad u órgano judicial competente, que no perjudique los intereses ni el desarrollo integral del menor, tal como se prevé en el art. 40 numeral 2, inciso b), parte iii), que se reproduce:

La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación, y a sus padres o representantes legales.

Al respecto, se puede extraer de este artículo que la especialidad es consecuencia de la obligación de trato diferente que asumen los Estados con la Convención del Niño, siempre y cuando existan razones suficientes para ello, según se ha analizado.

Así también lo ha reconocido la Convención Americana, que ha instituido el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos, el cual se encuentra estipulado en el artículo 25 del instrumento, que consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales.

En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; ello en atención a su propia naturaleza, al proceso de desarrollo físico, psíquico y emocional en el que se encuentran, y consecuentemente su vulnerabilidad; por ende, se debe dotar de mecanismos legales eficaces a fin de que todo menor de edad sea tratado como persona y no como objeto, evitando que los mismos, sean llevados, trasladados, o retenidos sin el respeto de sus derechos.

Por ello, es necesario establecer parámetros regulatorios; que, desde el enfoque de resguardo y protección de los derechos de los menores, permita al fiscal de familia en aplicación estricta del artículo 138° del Código de los Niños y Adolescentes, la protección inmediata de los derechos vulnerados.

De la obligación del estado de garantizar el derecho de acceso a la justicia y la restitución de derechos del niño y adolescente

Conforme al art. 1.1° y 2° de la Convención Americana, es de deber del estado de garantizar los derechos contenidos y reconocidos en ella; a fin de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Si no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas.

Es así que, frente a la vulneración de derechos, toda persona tiene derecho a la Protección Judicial; esto es contar con mecanismos adecuados y efectivos, conforme lo ha reconocido la Convención

Americana, que ha instituido el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos, consagrado en el art. 25° de dicho instrumento que consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales.

Por consiguiente, la Convención Americana ha establecido obligaciones a los estados partes, tales como: a) establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de "derechos fundamentales" contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

Por su parte, la CIDH también ha delineado estándares tendientes a la caracterización de un recurso como efectivo, en el Caso Loren Riebe y otros vs México, debe tenerse en cuenta: a) la posibilidad del recurso para determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales; b) la posibilidad de remediarlas; c) la posibilidad de reparar el daño causado y de permitir el castigo de los responsables.

Por lo tanto, cuando se vulnera los derechos a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, al libre tránsito del niño, niña y adolescente por acto de arrebato de un menor, el Estado, tiene el deber de dotar de mecanismos adecuados para la protección de derechos de menores, mas no debe ser potestativo ni facultativo de los padres.

De la obligación del estado de dotar de medidas inmediatas para la protección de los derechos del niño y adolescente

La protección de los derechos del niño y adolescente, a su vez, requieren medidas preventivas, concretizadas en acciones que permitan la detección temprana de amenazas y/o vulneración en el ejercicio de los derechos de las niñas y los niños, con la finalidad de reducir los daños al proyecto de vida y el desarrollo integral de cada niño o adolescente.

Es así, que la Comisión Interamericana y la CIDH prevén las medidas cautelares y provisionales, con doble carácter, uno cautelar y otro tutelar; si bien ambas medidas, la cautelar y la de protección, tienen varios elementos en común, como la temporalidad, la variabilidad y la urgencia; las medidas de protección, son asumidas como tutelas de prevención (Ledezma, 2017) hacia el menor afectado. Respecto del carácter tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos; mientras que, la vertiente cautelar tiene como propósito preservar una situación jurídica futura.

En el presente trabajo, nos interesa el carácter tutelar de las medidas provisionales; como son las medidas de protección, cuyo fin tuitivo, debe permitir la protección inmediata y urgente de los derechos del niño y adolescente en caso de arrebatos, caracterizada por su inmediatez.

De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se interpreta que las normas internacionales, así como sus interpretaciones sobre derechos humanos, tienen una interacción de coordinación y complemento con el derecho nacional, más aún si tenemos en cuenta que los tratados ratificados por el Perú sobre derechos humanos tiene un rango constitucional, las cuales forman parte del bloque de constitucionalidad.

Consecuentemente, creemos que se debe de dotar de una vía especializada en protección, restablecimiento, resguardo cuando se trate de vulneración de los derechos de los niños y/o adolescentes, y se establezca expresamente las actuaciones a realizarse en pro de la defensa de sus derechos constitucionales.

CONCLUSIONES

La casuística ha evidenciado que muchos niños y adolescentes son víctimas del acto de arrebató por parte de uno de los progenitores, entendido como el traslado, retención abrupta de un menor por uno de los progenitores, sin consentimiento del otro, retirándose del lugar habitual de vida, alejándose en forma permanente o transitoria del otro progenitor, sin ánimo de restituir a la situación primigenia; para lo cual nuestro ordenamiento jurídico ha previsto como vía idónea el proceso de tenencia, a fin de que el padre al cual se le ha arrebatado a su menor hijo, pueda recuperarlo; es decir, garantiza el derecho del padre. Este mismo acto, se ha denominado sustracción de menor en la vía penal; e internacionalmente, detenta la misma denominación en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Conforme al análisis doctrinario y jurisprudencial, se ha determinado que los derechos vulnerados del niño y/o adolescente en caso de arrebató, son los siguientes: Derecho a tener una familia y no ser separado de ella; Derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; Derecho a la libertad individual del niño, niña y adolescente, derechos que destaca la importancia de las relaciones parentales de los niños y/o adolescentes con sus progenitores.

Todos los niños en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentran deben gozar de un trato diferenciado, cuyo propósito es permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones, como titular de derechos y obligaciones, en alusión al Principio de protección especial del niño.

Conforme a nuestra normativa vigente, artículo primero de la Ley Orgánica del Ministerio Público, son los fiscales que tiene como funciones principales tiene la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces; que remitiendonos a su norma especial, Código de los niños y/o adolescentes en su artículo artículo 138° en concordancia con el artículo 144 numeral b) del mismo cuerpo legal, es el fiscal de familia, quien tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, siendo de competencia del Fiscal de Familia intervenir de oficio en toda clase de procedimientos para el resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente. Se ha comprobado que nuestra legislación, pese a la aprobación de la Convención del Niño en 1989, no garantiza el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes en caso de arrebató por parte de uno de sus progenitores a la luz de la doctrina de la protección integral.

Conforme a la consulta realizada a los fiscales de familia; reconocen su deber funcional de velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, cuya competencia es intervenir de oficio en toda clase de procedimientos para el resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente; cuando se produce el acto de arrebató del niño y/o adolescente por parte de unos de los progenitores. Sin embargo, recurren a la mediación, que no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en materia de familia; y sólo se puede lograr resultados cuando ambos progenitores están presentes, sin embargo, en la casuística se observa que el padre que arrebató al menor, no muestra interés en la solución del conflicto.

Existe ausencia de mecanismos y/o vías legales de actuación inmediata para la protección de los derechos del niño y/o adolescente; que prevea un tratamiento diferenciado para la protección de

derechos vulnerados en caso de arrebato de menores, e inclusive no se encuentra previsto medidas de protección inmediatas, lo que impide que el Ministerio Público promueva acciones judiciales oportunas para la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Nuestra legislación promueve el Principio del Interés Superior del niño como derecho – principio, traducido en la protección especial, reforzada, que garantice los derechos humanos de los niños; sin embargo, los vacíos normativos, permiten la vulneración de derechos en los casos de arrebato por parte de uno de los progenitores, circunstancia que, se encuentra reflejadas en la falta de estudios llevados a cabo por los juristas a fin de comprender los temas relacionados con la protección de los derechos de los niños en caso de arrebato.

Por ello, urge que el Estado peruano, conforme al artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana; cumpla con tutelar los derechos contenidos y reconocidos en ella; a fin de garantizar su libre y pleno ejercicio a todo ciudadano; medidas que debe ser inmediata y urgente hacia el menor afectado, a fin de preservar el ejercicio de los derechos humanos. Es imprescindible que los fiscales asuman el verdadero rol, en un Estado democrático, social y constitucional de Derecho, cuya función primordial sea el resguardo y protección efectivo de los derechos de los menores; por lo tanto, exige un papel protagónico y comprometido en la defensa de los derechos de los menores.

Para ello, es menester dotar al fiscal de familia de un procedimiento regido por el principio de Protección Especial del Niño, y el Principio del Interés Superior de Niño, a fin de que todo niño y adolescente reciba protección jurídica efectiva y se garantice la tutela efectiva de derechos, enunciados que deben ser asegurar sustantiva y procesalmente el acceso a la justicia; ello en observancia estricta de la Convención de las Naciones unidas sobre los derechos del niño; máxime si se trata de la protección de los derechos de los niños y adolescentes, cuya demora podría poner riesgo el desarrollo integral de dicho menor, pudiendo ocasionar daños irreversibles en el libre desarrollo de la personalidad.

REFERENCIAS

Conferencia de La Haya (1980). Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La Haya: Conferencia de La Haya.

Congreso de la República del Perú (2016). Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Lima: Congreso de la República del Perú.

Cornejo Chávez, H. (1999) Derecho Familiar Peruano, Décima Edición Actualizada, Lima, Gaceta Jurídica Editores.

Couture, Eduardo J. (catedrático uruguayo): Fundamentos del derecho procesal civil. 4ª ed. (póstuma, 1958), editor Roque Depalma, Buenos Aires

Ledesma Narváez, M. (2017). La tutela de prevención en los procesos por violencia familiar. IUS ET VERITAS N° 54- ISSN 1995-2929.

Ledesma Naváez, M. (2014). La imparcialidad del Ministerio Público en el proceso civil. En estudios críticos de Derecho Procesal Civil y Arbitraje. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II 1a edición.

Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: Organización de las Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. New York: Organización de las Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (1988). Protocolo de San Salvador. San Salvador. Organización de las Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. New York: Organización de las Naciones Unidas.

Pásara, L. (1984). Perú: Administración de ¿Justicia? en: La Administración de justicia en América Latina. Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.

Ramos Ríos, M. (s.f.). Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares. cit.