



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA TENENCIA DE
HECHO CONTRA LA SUSTRACCIÓN PARENTAL-
CHICLAYO**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Autor:

**Br. Zuñe Bispo, Genara Rilene
(ORCID: 0000-0001-7167-9346)**

Asesora:

**Mg. Heredia Llatas, Flor Delicia
(ORCID: 0000-0001-6260-9960)**

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2021

Aprobación del jurado

MG. Cabrejos Mejía Jorge Abel

Presidente

MG. Cueva Ruesta Wilmer Cesar Enrique

Secretario

MG. Obiol Anaya Erick Francesc

Vocal

Dedicatoria

Dedicado a mi madre y a mi hija, los cuáles son mi motor y motivo para ser mejor ser humano, para superar metas y que se sientan orgullosas de mí.

Agradecimiento

A Dios y a mi familia, quienes han sido la parte más importante en mi vida, las personas que me han enseñado el valor de la vida, pero sobre todo me han demostrado que la familia es quien brinda ese apoyo incondicional.

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo determinar de qué manera la regulación del delito de sustracción de menores garantiza protección, a través de una investigación cuantitativa, cualitativa, descriptiva, propositiva; con un diseño no experimental transversal, utilizando como instrumento el cuestionario, se encontró entre los resultados que un 72% de los participantes quienes han señalado que el delito sustracción de menor no vienen protegiendo al menor cuando la tenencia es de hecho por uno de los padres, ya que exige para que se configure la conducta que este ostente la patria potestad asignada legalmente. Por lo que se llegó a la conclusión que La regulación del delito de sustracción de menores no garantiza la protección jurídica a la tenencia de hecho, ya que para que se configure el delito exige que uno de los padres ostente la patria potestad asignada legalmente, para lo cual debe ser acreditado a través de un documento, por lo contrario, la denuncia será archivada. Es decir, se configura cuando se sustrae al menor de edad del cuidado de quien posee legalmente la patria potestad o cuando uno de los padres se rehúsa a entregarlo a quien ejerce la patria potestad.

Palabras clave: Delito, sustracción, menores, tenencia de hecho

Abstract

The objective of this research was to determine how the regulation of the crime of child abduction guarantees protection, through a descriptive quantitative research, propositional with a non-experimental cross-sectional design, using the questionnaire as an instrument, it was found among the results that a 72% of the participants who have indicated that the crime of child abduction does not protect the minor when the custody is in fact by one of the parents, since it requires that the legally assigned parental authority be configured for the conduct. Therefore, it was concluded that the regulation of the crime of child abduction does not guarantee legal protection to de facto possession, since for the crime to be configured it requires that one of the parents holds the legally assigned parental authority, to which must be accredited through a document, otherwise the complaint will be filed. In other words, it is configured when the minor is removed from the care of the person who legally possesses parental authority or when one of the parents refuses to hand it over to the person exercising parental authority.

Keywords: Crime, abduction, minors, de facto possession

Índice

I. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Realidad Problemática	8
1.2. Antecedentes de estudio.....	9
1.3. Teorías relacionadas al tema	16
1.3.1. El delito	16
1.3.2. El delito de sustracción de menores	17
1.3.3. La tenencia	20
1.3.4. Tenencia de hecho	23
1.4. Formulación del problema.....	31
1.5. Justificación e importancia del estudio	31
1.6. Hipótesis	31
1.7. Objetivos	31
1.7.1. Objetivo General.....	31
1.7.2. Objetivos específicos.....	32
II. MATERIAL Y MÉTODO.....	32
2.1. Tipo y diseño de investigación	32
2.2. Población y muestra.....	32
2.3. Variables y operacionalización	34
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	34
2.4.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	34
2.4.2. Validez y confiabilidad	34
2.5. Procedimientos de Análisis de datos	35
2.6. Criterios éticos	35
2.7. Criterios de rigor científico.....	35
III Resultados.....	36
3.1 Resultados en tablas y gráficas	36
3.2. Discusión de resultados	43
IV. CONCLUSIONES	47
V. RECOMENDACIONES.....	48
VI. REFERENCIAS	49
VII. ANEXOS.....	54

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática

La ruptura del vínculo familiar es una realidad que evidencia la desintegración familiar, la cual afecta el desarrollo de los integrantes del núcleo familiar, faltando a las necesidades primarias. Este problema genera problemas psicológicos de orden emocional y afectivo, que afectan el desarrollo integral del niño; sin embargo, una separación conyugal resulta ser una alternativa de solución cuando los conflictos son mayores (Castillo, 2018).

En España, el Consejo General del Poder Judicial señaló que se ha incrementado los divorcios hasta las 25.732 en el tercer trimestre de 2020, un 16,6% más con respecto al mismo periodo de 2019. Pues, se registró 14.835 demandas de divorcio consensuado, un 17,7% más que las presentadas en el mismo trimestre de 2019, y 9.809 demandas de divorcio no consensuado, un 15% más. En el año 2020, el mayor número de demandas de disolución por cada 10.000 habitantes se ha dado en Canarias y en la Comunidad Valenciana, con 6,6. Le siguen Baleares, con 6,1; Andalucía, 5,9; Asturias y Cantabria, 5,7; Galicia, 5,6; y Murcia, 5,5. Todas estas comunidades autónomas superan la media nacional, que es de 5,4% (CGPJ, 2020).

La sustracción del menor de edad es una acción ilícita que se produce a causa de la desintegración familiar, ello por las rencillas que se generan dentro de los hogares a causa de ese conflicto familiar que se produce por los hijos en común que tienen los progenitores.

En el Perú, la sustracción del menor es un delito regulado en el artículo 147 del Código Penal, donde se sanciona aquellos casos donde un menor es sustraído por uno de los padres quien no posee la tenencia legal. Sin embargo, en la práctica hay padres quienes han tenido hijos sin poseer una relación matrimonial, que en ocasiones se separan de hecho y uno de los dos se queda con el o los hijos, teniendo que hay circunstancias donde el otro progenitor sustrae al menor. Es aquí donde inicia la incertidumbre jurídica, puesto que jurídicamente no se puede sustentar una sustracción parental, ya que el padre

que exige el regreso del menor no posee la tenencia legal, razón por la que jurídicamente no se reconoce una sustracción (Paitán, 2017).

1.2. Antecedentes de estudio

Internacionales

Callejón (2021) desarrolló una investigación denominada a través del cual su principal finalidad consistió en identificar cuáles son los aspectos y caracteres que resaltan en el delito de sustracción del menor. Para la ejecución de esta investigación aplicó una metodología cualitativa. A lo largo del estudio se pudo evidenciar a través de las conclusiones que cuando se trata de este delito, este se lleva a cabo cuando el menor que se encuentra bajo el cuidado de uno de sus padres es sustraído por quien no tiene su tutela o custodia, afectando así no solo el bienestar e integridad del niño, sino que también violentando el derecho del padre tenedor. Sus manifestaciones de este ilícito penal pueden darse de dos formas, primero trasladando al menor o en su defecto reteniéndolo.

Pérez (2020) realizó una investigación acerca de los elementos nucleares en el delito de sustracción de un menor de edad, a través del cual ha buscado analizar y describir cuales son las implicancias que denota este ilícito penal. En medida del desarrollo de este estudio, tuvo a bien aplicar métodos cualitativos, pues en ello se observa análisis críticos que se realizaron para lograr un mayor análisis sobre esta figura. Por medio de las conclusiones ha mencionado que la regulación jurídica que se le ha tratado a este ilícito penal es sin duda ineficaz en cuanto a su aplicación se refiere, esto porque se observa falta de protección a los menores de edad quienes resultan ser los más perjudicados con este tipo de conducta, afectando a su vez otros derechos. De modo que, la sustracción de menores es un delito pluriofensivo, esto porque atenta contra varios bienes jurídicos, pero principalmente la afectación a la protección del interés superior del niño, lo que lleva a la afectación de una serie de derechos del mismo.

Lencina (2019) ha investigado también acerca de esta línea, donde precisamente centró su investigación en la tipicidad objetiva del delito de sustracción de un menor. Planteó como objetivo principal analizar la acción

ilícita, atendiendo a factores como es el impedimento de contacto entre el progenitor y el menor. Los resultados de su estudio llevaron a conocer que la sustracción del menor es una acción ilícita considerada como grave, toda vez que la afectación va a atacar contra el bienestar e integridad de un menor de edad y quien lo causa es directamente uno de los padres, reuniendo así los elementos que conllevan a que se considere como un delito de tal naturaleza. Concluye que, la regulación normativa ha establecido una sanción penal y un procedimiento específico para tal acción, pero a pesar de ello esto no intercede para la reducción de este tipo de conductas. Es por ello que, el autor considera que más que sancionar debería procurarse que la normativa esté encaminada a priorizar el cuidado y protección del principio del interés superior del niño, esto significa tomar las medidas para asegurar el respeto de los derechos fundamentales de este, a través de normativas preventivas que puedan evitar que este tipo de conductas sigan ocurriendo, puesto que la privación de la libertad deja serias secuelas en un niño. Finalmente menciona que existe normativa internacional, la cual es objeto de aplicación en territorio nacional, por ser el país Estado parte; en tanto, es obligación del Estado acogerse a estas normativas a fin de poder cumplir con dichos acuerdos, en aras de garantizar los derechos del niño ante alguna situación de afectación o violación a dichos bienes jurídicos.

López (2018) en su tesis sobre el derecho de convivencia del menor de edad en casos de padres separados, a través del cual buscó analizar los conflictos que se presentan en los conflictos durante relaciones de padres separados cuando hay hijos menores de edad. Es un estudio desarrollado bajo el enfoque cualitativo, de tipo descriptivo, utilizando la técnica documental y la entrevista. Precisa en los resultados del estudio que la mediación en el ámbito familiar es importante, en tanto que facilita la solución rápida y pacífica de los conflictos familiares, en ocasiones ayudando a reconstruir los vínculos familiares. Detalla que en el año 2016 hubo 3,027 divorcios tramitados en el Estado de Tabasco, lo que quiere decir que la forma de la familia ha cambiado, conllevando esto a que inicien conflictos por la tenencia y guarda de los hijos menores de edad., sin embargo, es importante mencionar que sobre este porcentaje existe otros que a un no están en las estadísticas por cuanto no se han iniciado. Resalta la

importancia de salvaguardar el interés superior del niño como un principio rector en la protección a sus derechos fundamentales, entre ellos la relación familiar que debe existir con ambos padres, el cuidado, protección a su libre desarrollo a la personalidad de los niños. Concluye que, la norma constitucional de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho humano a la justicia alternativa para intervenir ante conflictos sociales, esto para poder brindar y atender con soluciones voluntarias promoviendo atención a los intereses de solución ante un conflicto familiar.

Corigliano (2017) ha realizado un estudio sobre la sustracción parental, evaluando sus elementos principales, para lo cual aplicó un método cualitativo documental, lo que a su vez le facilitó a poder describir él como se obstruye el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, siendo también un derecho del niño. De manera que ya en los resultados detalla con mayor claridad que la sustracción de un menor por uno de los padres no solo afecta la integridad del niño, sino que también vulnera el derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con el niño. Plantea que en la legislación del país Argentino el secuestro parental es una modalidad muy común, esto a causa de las diferentes rupturas matrimoniales que existen, más aún con la aparición en aumento de los matrimonios binacionales, donde tras ello hay intereses particulares de los padres. Concluye señalando que la afectación se hace más grave cuando hay una negativa de devolver al niño, lo que hace que el niño se ponga en una situación estrecha sobre lo cual derivaran secuelas que afectarían su estado emocional.

Triana (2017) presentó un artículo denominado El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella: una revisión jurídica desde la perspectiva nacional y el derecho internacional, donde aplicó una metodología cualitativa descriptiva. A través de los resultados de la investigación describe que los derechos fundamentales de los menores de edad se encuentran desprotegidos ante los conflictos familiares, pues se puede observar en la realidad que siempre las consecuencias las padecen ellos a pesar de que la legislación colombiana regula una posición preferencial ante este grupo de la población, pues el artículo 45 de la norma constitucional reconoce el derecho fundamental

a la protección de la niñez y adolescencia. En las conclusiones precisa que el derecho de los niños ha tenido gran evolución jurídica, pero continúa la afectación, por lo que se requiere mayor tratamiento y rigurosidad para que el estado colombiano pueda cumplir con su rol protector la familia y los derechos inherentes a los menores de edad normativa del derecho internacional dividir una vigilancia constante con criterios que garanticen el núcleo familiar adecuado el idóneo para el desarrollo de los niños.

Fuentes, (2017) ha investigado acerca de la sustracción de menores, cuya finalidad de su estudio fue describir el cómo se viene dando este delito en el país de España. En tanto, aplicó una metodología cuantitativa, toda vez que utilizó datos estadísticos, para lo cual aplicó un cuestionario. Por su parte también, en los resultados destaca que este es un delito que donde se retiene a un menor de edad sin la autorización del padre o madre quien tiene a cargo el cuidado y protección del menor. De manera que concluye señalando que no solo se afecta el bienestar e integridad del menor, sino que también la del padre quien tiene a cuidado al menor. En ese sentido es que plantea la necesidad de modificar al artículo 225 del código penal español, ello para poder garantizar eficazmente esta protección de la que se comenta.

Nacionales

Momethiano y Ojeda (2019) en su investigación “Exégesis de los delitos contra la familia en el Código Penal peruano”, buscó realizar un análisis frente a estas conductas. En tanto, sus resultados mostraron que esta acción es una conducta típica donde se sustrae al menor, pero que se caracteriza porque quien realiza tal acción es uno de los padres, quien presenta una actitud de rehúso para devolver al menor al padre o madre que tiene la responsabilidad del cuidado del niño. De modo que concluye señalando que esa acción de sustraer es el tipo de acción, pero específicamente cuando ya no quiere devolver al menor se le conoce como omisión propia. Finalmente menciona que la tipificación de esta conducta se realizó con la finalidad de poder garantizar protección para los derechos del menor, principalmente aquellos que tienen relación con la patria potestad, el bienestar e integridad del menor.

Díaz y Cubas (2018) en su tesis titulada Los convenios de restitución de menores de edad en el Perú dentro del marco del derecho internacional, aplicó una metodología cualitativa documental, donde se utilizó el método analítico, sintético, deductivo, comparativo y hermenéutico. El objetivo fue analizar la influencia de los convenios en relación a la sustracción y la restitución internacional de los menores de edad. Mediante los resultados de la investigación se pudo evidenciar que la globalización no solo ha traído beneficios para el desarrollo de un país, sino que también ha generado consecuencias negativas para el ámbito familiar, tomando en cuenta el alto índice de migración que se puede observar en la realidad social. Estas migraciones han dado origen a las familias internacionales, de lo cual también se observa la ruptura del vínculo matrimonial, conllevando a los conflictos familiares por los hijos que tienen en común cuando se tratan a un de menores de edad, siendo de gran utilidad los convenios internacionales a través de los cuales se busca la restitución de los menores sustraídos, como es por ejemplo la convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño a través del cual busca asegurarse la protección de los derechos del niño. Concluye que, lo que se busca es la protección del interés superior del niño, la no discriminación, la integridad y la participación de estos. Los convenios sobre la restitución internacional de los menores de edad están orientados precisamente a garantizar estos principios, pero los cuales se ven entorpecidos a causa de la presencia de equipos interdisciplinarios, la rotación del personal, falta de recursos humanos y capacitación.

Morí (2017) en su tesis denominada acerca de la sustracción indebida de un menor tuvo como objetivo principal analizar el nivel de violencia, tanto física como psicológica que se viene presentando en aquellos casos de sustracción. Aplicó una metodología de tipo básica, con un enfoque cuantitativo descriptivo. Sus resultados obtenidos con su estudio han permitido conocer que la violencia en sus diferentes manifestaciones es una conducta difícil de poder contrarrestar, es así que es mucho más grave cuando estas conductas se manifiestan dentro de aquellos casos donde se ha sustraído a un menor de edad, ello porque el menor se encuentra en contra de voluntad en un lugar al cual fue llevado. Concluye señalando que ante casos de sustracción de un

menor donde además se produce hechos de violencia física, esta última debe considerarse como un agravante, puesto que se ha trasladado al menor a un lugar donde esté no quiere estar y ello es parte de una violencia psicológica. Bajo esas consideraciones es que culmina su investigación señalando que debe de mejorarse la normativa, atendiendo a esa necesidad de proteger y poner en salvaguardo los derechos de los niños, a fin de que se asegure su estadía en un lugar donde puedan desarrollarse emocional y físicamente, así como gozar de todos sus derechos, entre ellos el derecho a la libertad.

Meza (2017) realizó su tesis sobre los delitos de sustracción del menor en los delitos de sustracción de menor de edad, cuyo objetivo fue determinar si la interpretación literal que realiza el fiscal respecto a la patria potestad afecta la configuración de la sustracción del menor. Es una investigación de tipo descriptiva. En los resultados de la investigación caracteriza que las relaciones familiares padecen rupturas de su vínculo donde las parejas caminan con una separación de hecho, por lo que no llegan a producirse procesos judiciales a fin de declarar la patria potestad por lo que, en tanto los padres no pueden ser impedidos para visitar y relacionarse con sus hijos. Esto en una problemática ante un suceso que conlleva a la sustracción del menor por parte de uno de los padres sin el consentimiento del otro a lo cual se le conoce en la práctica como sustracción del menor. Al no existir impedimento legal para la visita y traslado del menor por parte de uno de los padres es mucho más fácil que pueda suceder este tipo de casos por lo que corresponde que el accionar judicial pueda ser eficiente para la restitución del menor y evitar la afectación de su derecho a la libertad en muchos casos, puesto que en una edad en la que se encuentran son susceptibles de manipular su voluntad. Concluye señalando la necesidad que existe para mejorar la aplicación de las normatividades a fin de poder garantizar los derechos de los niños y adolescentes.

Alcalá (2016) desarrolló una investigación sobre la afectación se padece la patria potestad, comprendiendo esto como un derecho que se le otorga a uno de los progenitores del menor. Señaló que su objetivo fue analizar el cómo se viene sancionando ese tipo de acción. Sus resultados permitieron tener que las normativas vigentes no están cumpliendo con la protección de las facultades

que permite la patria potestad, que al ser obstruida se estaría también afectando al padre o madre a quien se le había concedido. Finalmente concluye su estudio señalando que este tipo de acciones que se dan tienen una estrecha relación con el delito de sustracción al menor y con el ocultamiento del mismo, puesto que quien ha cometido tal acción presenta una conducta donde se rehúsa a entregar al menor, e inclusive lo retiene en contra de su voluntad.

Locales

Vilas de Ramírez (2020) en su tesis sobre la vulneración del principio del interés superior del niño, en los procesos de tenencia, se propuso como objetivo identificar como es que la vulneración del interés superior del niño y del adolescente tiene influencia sobre los casos de alienación parental en los procesos de tenencia en Chiclayo. La metodología de esta investigación es de tipo aplicada y de diseño no experimental, explicativo y descriptivo. El autor concluye que la influencia es negativa ya que ello se constituye como un problema, toda vez que se produce una vulneración de los Derechos Constitucionales de los menores. Además, también llegó a concluir que la influencia de la transgresión de este principio en aquellos casos del síndrome de alienación parental en los procesos de tenencia, se manifiesta en razón de la actitud manipuladora del padre alienador, quién en su ignorancia solo lesiona psicológicamente a menor hijo, motivado por obtener la tenencia de este.

Vega (2017) en su tesis sobre la sustracción del menor de edad, se planteó como objetivo estudiar cómo vulnera el delito de sustracción de menor el derecho de este a tener una familia. Esta investigación fue de tipo mixta y utilizó como técnicas de recopilación de datos, tanto la encuesta como la entrevista. El autor finalmente, llegó a concluir que el accionar delictivo del sujeto activo que atenta contra la libertad del menor, vulnera el derecho a tener una familia y a crecer en un ambiente de afecto y seguro. Dicho accionar, por consecuencia, ocasiona grave afectación psicológica al menor, pues independiente de la forma que emplea el progenitor para cometer el delito, este daño para la Ley 30364 debe tenerse en consideración. Además que se vulnera el principio de protección especial del niño.

Dávila (2020) en su tesis sobre la obstaculización por parte del padre que posee la tenencia, atendiendo al interés superior del niño y adolescente”, se planteó como objetivo analizar la problemática actual del régimen de visitas, siguiendo la metodología del enfoque cualitativo. El autor concluye que, hoy en día las familias pasan por constantes problemas que solo terminan en la ruptura familiar, con padres separados e hijos desatendidos. Sin embargo, en aras de la vulnerabilidad de los menores, es que el Derecho les otorga a estos una protección especial; regulando así el principio del interés superior del niño, principio base sobre el cuál todo asunto que involucre una decisión respecto al menor, debe ser tomada superponiendo la salvaguarda de este. Es así que, ante una posible separación de sus progenitores, uno de estos asume su tenencia y cuida de ellos y, al otro se le otorga el régimen de visitas. No obstante, en la realidad hay prácticas que impiden que el derecho de régimen de vistas, que tiene el padre que no cuenta con la tenencia de sus hijos, se ejerza sin obstaculizaciones. Por lo que, deberían establecerse medidas que hagan efectivo este derecho, en aras del interés superior del niño ya que, éste tiene derecho a crecer en un ambiente sano consolidando un vínculo armonioso con ambos progenitores.

1.3. Teorías relacionadas al tema

1.3.1. El delito

El delito de forma general se define como aquella conducta antijurídica que atenta contra las normativas vigentes, por lo que la ley regula una sanción ante tal circunstancia. Su principal finalidad de esta regulación es asegurar el correcto orden social (Peña y Almanza, 2010).

Es decir, se trata de conductas delictivas, las cuales suponen la afectación de derechos fundamentales. Invocan a un comportamiento antisocial que altera el orden público, generando daños y perjuicios a particulares o al Estado.

1.3.2. El delito de sustracción de menores

Es aquel delito que se produce cuando un menor de edad es separado injustificadamente y sin consentimiento del lugar donde habitualmente pernocta bajo el cuidado de uno de los padres; tal separación puede ser permanente o transitoria y ejecutado por uno de los progenitores (Meza, 2017). Es por lo cual el delito de sustracción del menor, desde la doctrina nacional, así como en el ámbito internacional está limitado, por lo que al momento de recopilar información del tema pasa desapercibido, esto lo atrasa en su desarrollo para tener un amplio conocimiento del mismo. Este delito puede realizarse de dos formas: procediendo al traslado del menor a un lugar fuera de su hogar sin haber notificado del titular de la patria potestad o de la institución la cual tenga a cargo al menor; o negándose a devolver al menor dándose así el incumplimiento de la resolución judicial (Vidal, 2021).

El delito de sustracción de menores por lo general, en muchos casos, se presenta con antecedentes previos; esto es que, antes de llegar a producirse la sustracción, es lógico que se haya originado una crisis familiar que conduce al apoderamiento del niño por parte de cualquiera de los padres cuando este decide abandonar el domicilio familiar (Callejón, 2021).

Este tipo de delito, es una realidad en nuestra sociedad, debido a que existe comúnmente entre los padres y atenta directamente a la Patria Potestad, dado de una manera directa afecta su legítimo ejercicio e incurrir en ese delito perderías todos los beneficios que habías poder llegar a obtener por patria potestad. Se incurre en un error al pensar que ejecutar esta acción, no se lesiona de ninguna manera al menor y se especula no estar cometiendo un delito.

Entendiendo entonces que este delito de llevarse adrede al menor, es decir, apartarlo por completo de quien este a su cargo y desconociendo el tiempo que puedo tardar la sustracción extensa o corta.

De igual forma es detectable que en este delito, la opinión o decisión del menor no tiene importancia, puesto que, si el menor accede de manera voluntaria a la sustracción, dicha decisión del menor no convierte en legitimidad la acción del

padre que incurre en el delito, entendiéndose así que no hace falta entonces la aceptación del menor para que de igual forma se incurra en este delito (Escajadillo, 2018).

Tipo penal del delito de sustracción del menor

Este se encuentra recogido en el Código Penal peruano, específicamente en el artículo 147°, donde prescribe que comete este delito, cuando el que sustrae al menor o se rehúsa a entregarlo a quien se le ha concedido la patria potestad legalmente, tiene algún vínculo parental.

Entonces para estar frente a este delito tipificado en el código penal peruano, tiene que concurrir dos supuestos especiales, primero que a uno de los padres se le haya concedido la patria potestad legalmente por juez o a través de conciliación con intervención de un tercero con potestades jurídicas y el segundo supuesto, es que quien realiza la sustracción, tenga una relación parental con el menor. Agregado a ello que la sustracción se realice sin una justificación y si consentimiento, quedando cumplida la conducta tan solo con el acto de sustraer al menor de la custodia de quien ostenta la patria potestad, sin la necesidad que se realicen actos posteriores (Rodríguez, et al 2012).

Bien jurídico protegido

Como hemos visto en todo el informe el bien protegido es la Patria Potestad, partiendo de que este bien jurídico es el que une al progenitor con el menor. Caso este que es totalmente diferente a un secuestro, debido a que en ese delito existe unanimidad por parte de los autores y varía puesto que en el secuestro el bien jurídico que se protege es la libertad; mientras que sobre el presente delito aún persiste la discusión.

Por lo que la conducta que prescribe es delito el pluriofensivo, aunque existen dos posiciones las más aceptadas; la primera es la que sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad del menor y su seguridad, y la segunda es que protege los derechos tutelares de quien posee la patria potestad (Meza, 2017). Ambas posiciones son totalmente validas, ya que este al ser una forma de secuestro atenta el derecho a la libertad y seguridad al menor, y al separarle injustificadamente y sin consentimiento atenta contra el derecho a la potestad

de quien los posee, impidiendo que sea ejercido y se brinde al menor los cuidados que de ella se desprende.

La ley protege los intereses de la familia, amparando contra el ataque a la Patria Potestad de quien la ejerza, ignorando por completo los padres el daño que le causan al menor. La Patria Potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, por ello se ejerce un conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres, para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad, así como para que administren sus bienes en igual periodo (Escobar, 2016).

Sustracción y rehusamiento

Tal como se ha dicho, la sustracción de menores alude a la conducta de sustraer o rehusar al menor. El sustraer implica la acción de trasladar al menor de su lugar de su residencia habitual; por su parte el rehusar involucra el hecho de no querer entregar al menor a quien ejerce la patria potestad.

En este contexto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Recurso de Nulidad 2351-2017 Lima, señaló que, el delito de sustracción de menor, abarca dos supuestos de hecho alternativos; estos son, el sustraer a un menor de edad y el rehusarse a entregarlo, pero puntualizando en este último, a diferencia del acto de sustraer, se desarrolla cuando el sujeto que teniendo en su poder al menor se niega a colocarlo a disposición de quien ejerce la patria potestad y, como tal, reclama su entrega; además, se precisa que, el menor ha tenido que haber ingresado lícitamente al dominio del sujeto activo, ya que de no ser así, si se determina que en primera lo sustrajo y posteriormente se niega a entregarlo a sus padres, se la conducta se configurará como sustracción de menor.

La sustracción propiamente dicha, refiere al acto prescrito en el artículo que regula el delito en mención, de sustraer al menor, es decir este acto comienza a desarrollarse cuando el progenitor o tutor traslada al menor de edad de quien lo tiene legítimamente en su guarda (Callejón, 2021).

La sustracción implica trasladar al menor de su lugar de residencia sin contar para ello con el consentimiento del progenitor con quien el menor habitualmente convive, o de quien o quienes estuvieren a su guarda y custodia. De modo que, el no contar con el consentimiento es un punto clave en este aspecto, ya que de contar con él, la conducta no calzaría en la modalidad de sustracción tal como se ha descrito (De La Rosa, 2017).

1.3.3. La tenencia

Tenencia de por sí alude a la apropiación de una cosa, de modo que partiendo de aquí, se puede decir que este término usado por el legislador peruano para referirse al cuidado y convivencia de los padres con los hijos, no viene a ser el adecuado (Changanaqui, 2022).

No obstante, bajo ese contexto, la tenencia se puede definir como la convivencia de los padres con sus hijos; a su vez, una relación fáctica que constituye una base para el ejercicio del resto de derechos y el cumplimiento de los deberes, que alude a la vida en común, el hecho de vivir bajo un mismo techo; siendo que tales relaciones personales entre padres e hijos sirven de base para que se manifiesten los demás atributos de la patria potestad (Bermeo y Pauta, 2017).

En ese sentido, se entiende que la tenencia es un atributo de la patria potestad, mismo que les compete a los padres que están separados, ya que estos deberán ser quienes indiquen con quien se quedarán los hijos que tienen en común.

La tenencia se manifiesta, en la medida que es un derecho de los padres tener bajo su custodia el cuidado de sus hijos, asimismo, es un derecho estos últimos el vivir bajo el mismo techo que sus padres, de donde no pueden alejarse sin algún tipo de autorización; por lo que la tenencia es aquella que faculta a los padres a recoger a sus hijos en lugar donde se encuentren (Shinno, 2021).

En el Derecho de Familia, cabe destacar la tenencia como sinónimo de estar juntos, es decir de tener al hijo al lado, siendo en este sentido la convivencia de manera inmediata los progenitores con sus hijos; en tanto, debe ser comprendida como aquella facultad que se establece cuando ocurre una

separación de cuerpos o un divorcio entre los padres, lo cual le permite a uno o ambos padres estar al cuidado inmediato de sus hijos (Varsi, 2011).

Cuando se habla de tenencia, se debe pensar en la convivencia de uno o ambos padres separados o divorciados con sus hijos, que bien se puede determinar de mutuo acuerdo o bien por decisión del juez, pero en todo caso teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño, ya que precisamente se velará por el cuidado, respeto y salvaguarda del desarrollo integral de este (Rojas, 2018).

Patria potestad

Es una institución jurídica del derecho de familia que comprende un conjunto de deberes y derechos a través de la cual la ley le faculta a los padres para el cuidado personal de sus hijos, de igual forma los faculta para administrar su patrimonio hasta que ellos alcance su mayoría de edad; por ende tiene por objetivo o fin, lograr el desarrollo integral de los hijos (Bermeo y Pauta, 2017).

La patria potestad se vincula con la filiación, de manera que se origina en el momento en el que se establece la relación paternofilial a través de la inscripción en el Registro Civil cuando nace el menor, o de ser el caso al emitirse la sentencia en la que se declare la filiación, sea por presunción de paternidad matrimonial o, en su defecto, por posesión de estado (López, 2020).

Bajo este contexto, esta institución alude a una obligación fundamental que les concierne a los padres para salvaguardar los derechos reconocidos constitucionalmente (Shinno, 2021). Pues, mientras la tenencia se puede decir que es física; la patria potestad está referida al conjunto de derechos y deberes que descienden del ejercicio de la paternidad (Duarez, 2020).

El ejercicio de la patria potestad queda establecido de acuerdo con las disposiciones del divorcio. De modo que, los padres de no seguir con la convivencia, en primera, tiene que primar el acuerdo que estos dos establezcan en cuanto al patria potestad, la tenencia, el establecimiento del régimen de visitas y los alimentos para los hijos y; en el caso de faltar un acuerdo en estos aspectos deberán acudir a la vía judicial (Varsi, 2011).

En tanto, la patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, y en razón de esto ejercen conjunto de derechos, poderes y obligaciones facultados por la ley con la finalidad de que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta que sean mayores de edad, de igual forma para administrar sus bienes en igual periodo (Escajadillo, 2018).

Interés superior del niño

El Estado peruano reconoce dentro del ordenamiento jurídico interno este principio a la luz de los aspectos como la debilidad, inmadurez sea esta física o mental, o inexperiencia en que se encuentran los niños, aspectos mismos que entonces imponen a todos los actores de la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de otorgarle a los niños una atención y cuidado especial, así como el deber de tomar las medidas de protección adecuadas para asegurar su libre desarrollo, a la vez armónico e integral (Vega, 2017).

El interés superior del niño según ley debe primar en todos los procesos o litigios en los cuales se vea involucrado el niño, niña o adolescente. De esta manera, se puede decir que su alcance jurídico es indeterminado, pues este deberá determinarse en cada caso concreto; de hecho, su alcance va variar según la legislación establecida, o bien, según las circunstancias personales del menor. Pero, dejando ello, de forma general se puede comprender que este principio alude a todas aquellas acciones y procesos tendientes a garantizarles a los niños, niñas y adolescentes un desarrollo y protección integral y una vida digna, de igual forma, asegurarle las condiciones de tipo material y afectivo, las cuales hagan posible una vida plena y les permita alcanzar el máximo bienestar posible. En otras palabras, este principio exige que la legislación nacional armonice con lo dispuesto en la Convención, con el objeto de ser correctamente integrado en el derecho interno, de tal forma que llegue a ser invocado ante los tribunales (Plácido, 2016).

1.3.4. Tenencia de hecho

Generalmente, a la tenencia de hecho no se le conoce en la doctrina ni en la normativa nacional, pero si es regulada en algunas legislaciones internacionales. Es una figura que invoca aquellas situaciones donde existe o media el mutuo acuerdo de dos personas que tienen en común hijos menores de edad. Este acuerdo recae sobre el cuidado y resguardo de los menores, acción que tiende a ser pacífica durante los primeros meses o primeros años de separación.

En la práctica se puede observar que en esta figura los únicos intervinientes son los padres del menor, puesto que no hay involucramiento judicial o extrajudicial, lo que significa que no hay una protección jurídica de la tenencia del niño. En tanto, esta situación se vuelve controversial, cuando inician las discordancias entre los padres, la llamada disputa por los hijos, empezando por el ocultamiento del menor, lo que rompe inmediatamente con el vínculo familiar que debe existir entre padres e hijos.

La tenencia de hecho consiste en esa acción donde no interviene ningún juez, ni un conciliador, siendo así vulnerable dicha tenencia, puesto que únicamente han participado los padres y al romperse la relación amical y pacífica de estos, los afectados son los menores quienes padecen daños físicos, emocionales y psicológicos.

Entiéndase que, la tenencia de hecho es una figura que en la práctica cumple con las mismas funciones y objetivo que una tenencia legal. La única diferencia de estas dos figuras es que esta última es dictada por un Juez o ha sido asignada a través de un acuerdo de conciliación, lo cual ha quedado debidamente establecido en el acta conciliatoria. Es decir, ambas figuras están enfocadas a garantizar que se respete esa relación entre padres e hijos, a cuidar el interés superior del menor, evitando cualquier situación que pudiera ponerlo en peligro o generarle algún daño (Rivera, 2016).

Sin embargo, es importante mencionar que la tenencia de hecho es una figura que si bien es cierto se da dentro de la práctica en la realidad social, esta no se encuentra regulada jurídicamente. Es por ello que, aquellos casos que se

encuentran enmarcados dentro de esta figura, no gozan de una adecuada protección jurídica, por lo que se exponen a ser afectados sus derechos fundamentales.

En cuanto se refiere a esta figura, la tenencia de hecho tiene un propósito y este consiste en asegurar y garantizar la custodia de un menor, pues se pretende brindarle seguridad y protección, pero sobre todo cuidados que le permitan poder desarrollarse tanto, física, como emocional y psicológicamente.

Es importante mencionar que al igual que en la tenencia legal, en la tenencia de hecho también hay sujetos que participan, entiéndase que estos son los padres, los hijos, los hijos matrimoniales, los hijos extramatrimoniales y los hijos adoptivos.

Marco Normativo

Constitución política

Los conflictos que se desarrollan en la sociedad en cuanto a la patria potestad y tenencia, implican restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que obstaculizan el vínculo afectivo entre personas con vínculo de sangre, y esto impacta en el contenido protegido por la constitución, respecto a la integridad física, psíquica y moral de la persona, consagrado en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política; asimismo se contraponen a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, según lo establecido por el artículo 4° de esta norma suprema.

En el caso en particular sobre la tenencia de menores y la patria potestad, existen principios que están inspirados precisamente en la Constitución, tal es así por ejemplo el principio del interés superior del niño, el mismo que se sustenta en el artículo 4° cuando se señala que la comunidad y el Estado protegen especialmente, entre otros, al niño; ratificando así su obligación de proteger al niño, que por su condición demanda especial cuidado.

Asimismo, el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de esta, a crecer en un ambiente afectuoso y seguro, derechos reconocidos tanto en normas nacionales como en tratados internacionales, que imponen

obligaciones al Estado peruano respecto al ambiente y las condiciones en que deben crecer los menores de edad (La Ley, 2016).

Además, la norma suprema reconoce dentro de su artículo 6° la institución de la patria potestad, toda vez que en este artículo le atribuye a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y el cuidado sus hijos así como para el patrimonio de estos.

Es relevante mencionar la patria potestad, ya que en el ejercicio de esta, la tenencia de los hijos constituye una condición esencial para hacer efectiva tanto los derechos como los deberes que brinda la patria potestad. De tal forma que, dicho artículo señalado también se refiere implícitamente a la tenencia, instituyéndola como un derecho-deber de los padres, así como de los hijos, y en este sentido, comprendiéndola como una institución familiar cuyo propósito es el mantener una relación permanente entre padres e hijos, fundada en el respeto y asistencia mutua (Vargas, 2018).

Convención sobre los derechos del Niño

Esta Convención ha sido ratificada por el Perú, de manera que forma parte del derecho interno y en esta medida es cabalmente aplicable en territorio peruano, además que por ser una norma de rango constitucional es también vinculante en todos los casos concernientes.

Esta norma en su artículo 5° establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en armonía con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que pueda ejercer los derechos que se les reconoce en la misma Convención.

Asimismo, el artículo 18° establece que los Estados Partes deberán concentrar su esfuerzo en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en cuanto a la crianza y el desarrollo de sus hijos. De esta forma, le implicará ambos o, en su caso, a los representantes legales

la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del hijo. Dejando claro la relevancia esencial del interés superior del niño.

Código del Niño y Adolescente

El artículo 81° explica que en el caso de que los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los hijos la determinarán por común acuerdo, y si por alguna razón causara perjuicio a los hijos por no haber un acuerdo entre ellos, será el juez especializado quien resuelva sobre la tenencia. Así, más adelante el artículo 84° de esta misma norma, dispone cuales son las facultades que le competen al juez para establecer la tenencia del menor.

En este sentido, como se ha manifestado, la tenencia se regula como un atributo de la patria potestad, de modo que pareciera ser solamente un derecho que le pertenece a los padres; no obstante tal como lo reflejan los artículos mencionados, ello no sería así, ya que en cualquier caso, debe hacerse salvaguardando el interés de los hijos, siendo entonces así también un derecho de estos. En tanto, en caso que ésta resulte perjudicial para el menor, se podrá confiar a una persona diferente a los padres (Vargas, 2018).

Jurisprudencia

Casación 2309-2015, Lima Sur

En esta casación se establece que, la tenencia constituye uno de los atributos de la patria potestad, lo cual deviene en el derecho de los padres al cuidado de sus hijos, asegurando la protección y desarrollo de los mismos, precisando que está regulada por el artículo 81° del Código de los Niños y adolescentes.

En este caso, el Tribunal centra el interés superior del niño como el punto de referencia para dilucidar todo el caso, ya que sustenta que dicho principio implica el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos; en tanto deben ser criterios rectores para la aplicación de las normas en lo que concierne a la vida del menor.

Casación 391-2019, Áncash

En esta casación se aprecia el caso de Lesly Fernández Camones contra Armando Valladares Blas, padre de su menor hija Kiara Nicol Valladares Fernández.

Los relatos parten del hecho que la madre en un tiempo definido se encontraba hospitalizada, por lo mismo que el padre llevó a la niña consigo, siendo esto consentido por la madre, pero solo por ciertos días. Con el pasar de este tiempo, el padre acude al hospital donde se encontraba la señora Lesly, para decirle que se llevaría a la niña a Huaraz, esto a su vez fue consentido por la madre pero con el acuerdo de que solo sería un día; finalmente el señor deja de responder las llamadas de la madre y se lleva a la niña a Lima sin el consentimiento de su madre. Por lo cual, la señora entre tanto conflicto, acude a la Fiscalía para interponer una denuncia por sustracción de menores en contra del señor Armando.

Después de ello, ambas partes concurren a juicio, siendo que el Juzgado Penal Unipersonal-Sede Recuay, emitió sentencia condenatoria para el acusado; pero este por la decisión desfavorable en su contra interpuso recurso de apelación, en razón del cual, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash revocó la sentencia emitida por el Juzgado, y en su lugar absolvió al acusado.

Los fundamentos de la Sala fueron que, son tres los requisitos que configuran el delito por el cual se condenó al acusado, el primero es la existencia de un vínculo parental entre el acusado y la parte agraviada (la niña); el segundo es la intención dolosa del padre de sustraer o rehusar la entrega del menor; y, el tercero es la legitimidad de quien reclama el derecho (en este caso la madre).

Al criterio de esta Sala, si bien los dos primeros requisitos manifestados concurrían perfectamente en la configuración del delito, no pasaba lo mismo con el tercero, ya que argumentaba que la patria potestad es el deber y el derecho que faculta a los padres a cuidar de la persona y bienes de sus menores hijos, por lo que es un deber y derecho que no se pierde incluso, con la separación de hecho y/o ruptura del vínculo conyugal. De manera que, en el

caso en particular no se ha presentado prueba que acredite restricción y/o suspensión del derecho a la patria potestad del acusado con su menor hija.

Además, la Sala a su vez agrega que si bien el segundo párrafo del artículo que prescribe el delito de sustracción de menores, admite el hecho de sancionar al padre, madre u otros ascendientes del menor, aun cuando a los mismos no se les haya excluido judicialmente de la patria potestad, este supuesto es manifestado cuando a pesar de no haberse suspendido la patria potestad, el acusado incurre en las causales de suspensión previstas por el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes, lo cual tampoco se advierte para el caso en particular.

Por todo ello, entonces se interpuso recurso de Casación, siendo que el agente del Ministerio Público, fundamentó el mismo señalando que la Sala Superior había interpretado de forma equivocada el artículo referido al delito, ya que esta requería para la configuración del mismo, una resolución judicial a través de la cual se restrinja el ejercicio de la patria potestad; sin embargo por consideración correcta del segundo párrafo del delito, se tiene que no es indispensable que se requiera de alguna resolución que restrinja la patria potestad, ya que este párrafo refiere que se admite igual pena aun cuando no exista exclusión judicial de la patria potestad.

Entre tanto, la Sala Suprema aclara que verdaderamente en el caso en particular se está frente al rehusamiento a entrega de menor y no de sustracción propiamente dicho, siendo que de primera hubo un consentimiento de la madre pero después el padre se rehusaba a entregar a la menor. Finalmente, este Tribunal Supremo confirma la tesis de la Fiscalía, siendo que confirmó que la Sala Superior había incurrido en una interpretación errónea respecto a la configuración del delito; de manera que el Tribunal precisó que no se requiere para la configuración del delito de una resolución judicial que restrinja el ejercicio de la patria potestad, ni tampoco que el acuso se encuentre involucrado en las causales de suspensión. Por lo que, con ello se declaró fundado el recurso de casación.

Finalmente, ha de advertirse que, en consideración a la interpretación de la Sala Superior (segunda instancia), no se debe caer en equivocaciones respecto a la exigencia de dicha resolución judicial de restricción o suspensión de la patria potestad, puesto que en los casos que sucede, ello no solo muestra una incertidumbre jurídica para quien denuncia el delito, sino que significa una pérdida de tiempo en la protección efectiva del derecho de la parte agraviada.

Legislación Comparada

España

El Código Penal, en su artículo 225 bis inciso 1, recoge el delito de sustracción de menores, puesto que en este señala que aquel progenitor que sin causa justificada sustrae a su menor hijo, se le castigará con una pena de dos a 4 años de prisión conjuntamente con inhabilitación especial para el ejercer el derecho de patria potestad por un periodo de 4 a 10 años.

Más adelante en el inciso 2 regula que para efectos del primer inciso, se deberá considera como sustracción el traslado del menor del lugar donde reside, sin el consentimiento del progenitor con quien el menor habitualmente convive o de la persona o institución a quien se le hubiere confiado su custodia o guarda. Asimismo, la retención del menor deberá ser considerada como sustracción también.

De tal forma que, a la vista de lo norma por el Código Penal Español, la sustracción de menores puede desarrollarse de dos formas, tal como se admite en el Perú, la primera es el traslado del menor, es decir el mover al menor de un lugar a otro, en este caso de su lugar a residencia habitual a otro que el sustractor lo lleva; la segunda forma se refiere a la retención, y esto implica el hecho de rehusar la entrega al menor, incumpliendo gravemente el deber que se ha dispuesto por resolución judicial o administrativa.

Estados Unidos

Código Penal de Michigan, en su artículo 750.350A, establece que un progenitor no puede sustraer o trasladar al hijo por más de 24 horas con la finalidad de apartarlo de su otro progenitor, o de ser el caso del tutor, que posea

la custodia o un derecho de visita al momento de la sustracción, de quien haya adoptado al niño o de cualquier otra persona que posea derechos sobre él, de lo contrario, aquel incurrirá en delito el mismo que se castiga con prisión de hasta 1 año o pena de multa alternativa o cumulativa a la anterior, salvo sea el caso en el que se demuestre que dicha sustracción se dio con el objetivo de impedir para el menor un daño físico o psicológico o un abuso.

Código Penal de California, en su artículo 278, establece que, si existe un derecho de custodia o de visita a favor de una persona, aquella que sustraiga al menor quebrantando tales derechos se le deberán castigar con prisión de hasta 4 años y una pena pecuniaria alternativa o cumulativa; siendo esta norma entonces, mucho más drástica que la de Michigan.

Código Penal de Nueva York, en los artículos 135.45 y 135.50, establecen el delito de “Interferencia en la Custodia” siendo que este se desarrolla cuando se sustrae a un menor de 16 años de quien se tiene la custodia; además que tal conducta se agrava si el menor sale del Estado.

Colombia

El Código Penal Colombiano en su artículo 230-A, dispone el ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad; señalando que aquel padre que decida arrebatarse, sustraer, retener u ocultar a uno de sus menores hijos de quien ejerce la patria potestad, con el propósito de privar al otro padre del derecho de custodia y custodia personal; de manera que, siendo ello así, el sujeto estaría cometiendo delito y por eso sería merecedor de uno a tres años de prisión y multa de 1 a 16 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha precisado al respecto que dicha conducta no queda tipificada como una conducta delictuosa, si el aquel padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no ostenta la custodia y cuidado personal de su menor hijo, sea porque haya decidido renunciar a ella en favor del otro padre, o porque no la posea a causa de decisión administrativa o judicial.

1.4. Formulación del problema

¿La regulación jurídico penal del delito de sustracción de menores garantiza jurídicamente protección a los casos de tenencia de hecho?

1.5. Justificación e importancia del estudio

El estudio se justifica socialmente, porque con los resultados encontrados están encaminados a desarrollar una propuesta normativa, la cual tiene como fin establecer la modificatoria del delito de sustracción del menor, esto a fin de proteger aquellos casos cuando no existe una patria potestad y una tenencia asignada, ya sea a través de un proceso judicial o a mediante una conciliación. El beneficio de este estudio estará dirigido a lograr la protección de los derechos especiales del menor frente a este delito.

Se justifica teóricamente, atendiendo a que se desarrollaran nuevas teorías, permitiendo así un aporte a la doctrina jurídica, lo cual servirá para otros estudios que se realicen bajo la misma o similar línea de investigación.

Este estudio se justifica metodológicamente, puesto que se realizará todo un proceso para el análisis descriptivo del marco legal de esta figura, para lo cual se aplicará métodos que servirán a otras investigaciones con similar interés de estudio.

1.6. Hipótesis

La regulación jurídico penal del delito de sustracción de un menor no garantiza la protección de aquellos casos de tenencia de hecho.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo General

- Determinar de qué manera la regulación del delito de sustracción de menores garantiza protección jurídica a la tenencia de hecho

1.7.2. Objetivos específicos

- Describir la sustracción de menores en la legislación penal peruana
- Analizar cómo se viene desarrollando la tenencia de hecho en la práctica
- Identificar si la legislación penal peruana al legislar el delito de sustracción de menores protege aquellos casos de tenencia de hecho

II MATERIAL Y MÉTODO

2.1 Tipo y diseño de investigación

El presente estudio se desarrollará bajo un tipo de investigación cuantitativa cualitativa, con un diseño no experimental transversal (Hernández, 2018). Por cuanto se analizará la doctrina, normativa, jurisprudencia y la experiencia de los titulares de las entidades del Estado y contratistas que se relacionan con el objeto de estudio.

2.2 Población y muestra

La población es el conjunto de sujetos, objetos, sucesos u objetivos, los cuales se caracterizan por presentar caracteres que son de absoluto interés para los fines de estudio de un fenómeno (Hernández y Torres, 2018). En la presente investigación, la población estuvo conformada por Abogados especialistas en Derecho de familia que ejercen dentro del Distrito Judicial de Lambayeque.

En cuanto a la muestra, es importante aclarar que se utilizará un muestreo no probabilístico por conveniencia, mediante el cual se aplicó criterios como la disponibilidad de tiempo para participar de la investigación. Atendiendo a ello, la muestra estuvo conformada por 60 Abogados.

Entre los instrumentos que se utilizaron en la presente investigación fue la encuesta a fin de tener datos de la realidad estudiada. Pero para la validación de tal instrumento fue necesario acudir a la práctica de criterios de rigor científico y éticos, como es el consentimiento informado, que ayuda a que los participantes puedan responder a las interrogantes de manera voluntaria y con confidencialidad. Del mismo modo, la objetividad y neutralidad a fin de que lo que se obtiene con la aplicación de tal cuestionario sean datos exactos sin ser adulterados.

2.3 Variables y operacionalización

variables	Dimensiones	Indicador	Técnica	Instrumento
Variable independiente Delito de sustracción	Tipo penal	Descripción del delito	Encuesta – - Análisis Documental	Cuestionario Guía de Análisis documental
	Tipicidad	Adecuación de la conducta al tipo penal		
	Bien jurídico	Derecho protegido		
Variable dependiente Tenencia de hecho	Característica	Tenencia sin la intervención de terceros		
	Funciones	Cuidado y protección del menor		
	Sujetos	Padres Hijos		

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

2.4.1 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas e instrumentos de recolección de información para esta investigación serán:

Técnicas documentales: para este estudio se ha utilizado este tipo de técnica, toda vez que se ha utilizado el fichaje a fin de poder obtener informaciones que sirvieron para poder fundamentar la investigación. Las fuentes de este estudio han sido la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico, y otras fuentes.

Fichaje de resumen: a través de esta técnica se pudo seleccionar informaciones precisas, las cuales sirven para fundamentar el estudio atendiendo al objetivo y propósito principal del mismo.

Fichaje textual: con esta técnica se pudo seleccionar partes puntuales de las informaciones revisadas, las cuales sirvieron para poder fundamentar el estudio. Básicamente se utilizó para la parte normativa.

Fichaje comentario: a través de esta técnica lo que se pudo obtener fue un análisis en relación a las informaciones recogidas y revisadas previamente.

Fichaje bibliográfico: a través de esta técnica se pudo tener un orden y registro de cada una de las fuentes bibliográficas consultadas que sirvieron para fundamentar el estudio.

Técnicas de campo: esta técnica contribuyó a que se pudiera obtener las informaciones de la realidad que es objeto de estudio. Para el caso se aplicó un cuestionario, el mismo que permitió obtener respuestas que ayudaron a tener datos más precisos del problema objeto de estudio.

2.4.2 Validez y confiabilidad

En la presente investigación atendiendo a su naturaleza y enfoque, la validación se ha realizado con la técnica juicio de expertos quien ha revisado el instrumento previo a la aplicación. En cuanto se refiere a la confiabilidad, fue necesario utilizar el coeficiente del alfa crombach.

2.5 Procedimientos de análisis de datos

En esta investigación se utilizó un cuestionario, el cual fue aplicado y cuyas respuestas obtenidas se procesaron en el programa spss a fin de realizar el tratamiento estadístico, obteniendo así las tablas y gráficas que se presentan en el presente informe. Estos resultados sirvieron para ser discutidos con las distintas teorías e investigaciones desarrolladas por otros investigadores, lo cual permite obtener la discusión de resultados, mismo que facilita en la elaboración de las conclusiones y recomendaciones.

2.6 Criterios éticos

Para este estudio se tomó en cuenta algunos criterios éticos, los cuales han permitido direccionar la investigación y estos son los siguientes:

La confidencialidad: a través de este criterio lo que se pudo garantizar es la privacidad y resguardo de los datos de los participantes. Esto permite que se obtengas informaciones objetivas y veraces, lo cual es altamente necesidad para lograr una buena investigación.

La neutralidad: a través de este criterio lo que se ha buscado es que los resultados que se lleguen a obtener con el estudio sean objetivos y no influyan los intereses del investigador.

2.7 Criterios de rigor científico

Se tomará en cuenta el siguiente criterio de rigor:

El valor de la verdad: a través de este criterio lo que se pretendió es que la veracidad sea un principio durante la recolección de los resultados, puesto que ello permitirá que se desarrolle una investigación que sirva socialmente.

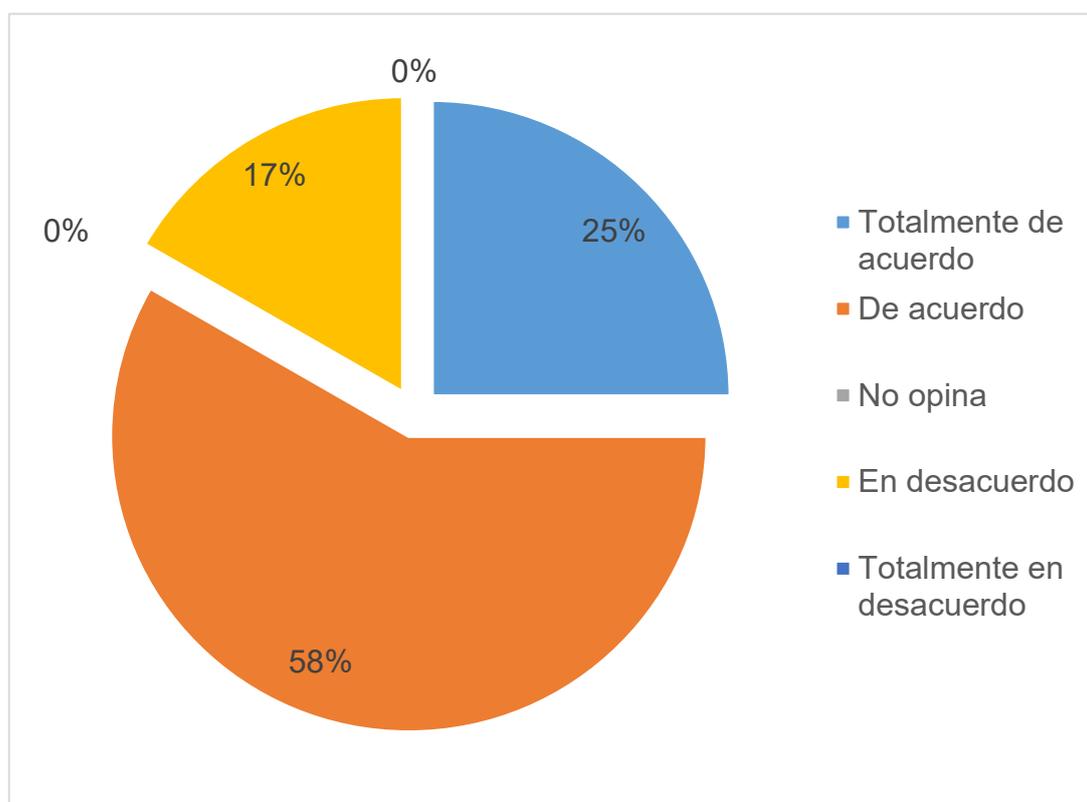
Coherencia teórico – epistemológica: este criterio ha servido para poder lograr una relación entre la problemática, la justificación de la investigación, los resultados y las teorías revisadas.

III RESULTADOS

3.1 Resultados en tablas y gráficas

Figura 1

Tenencia sin intervención de un Juez

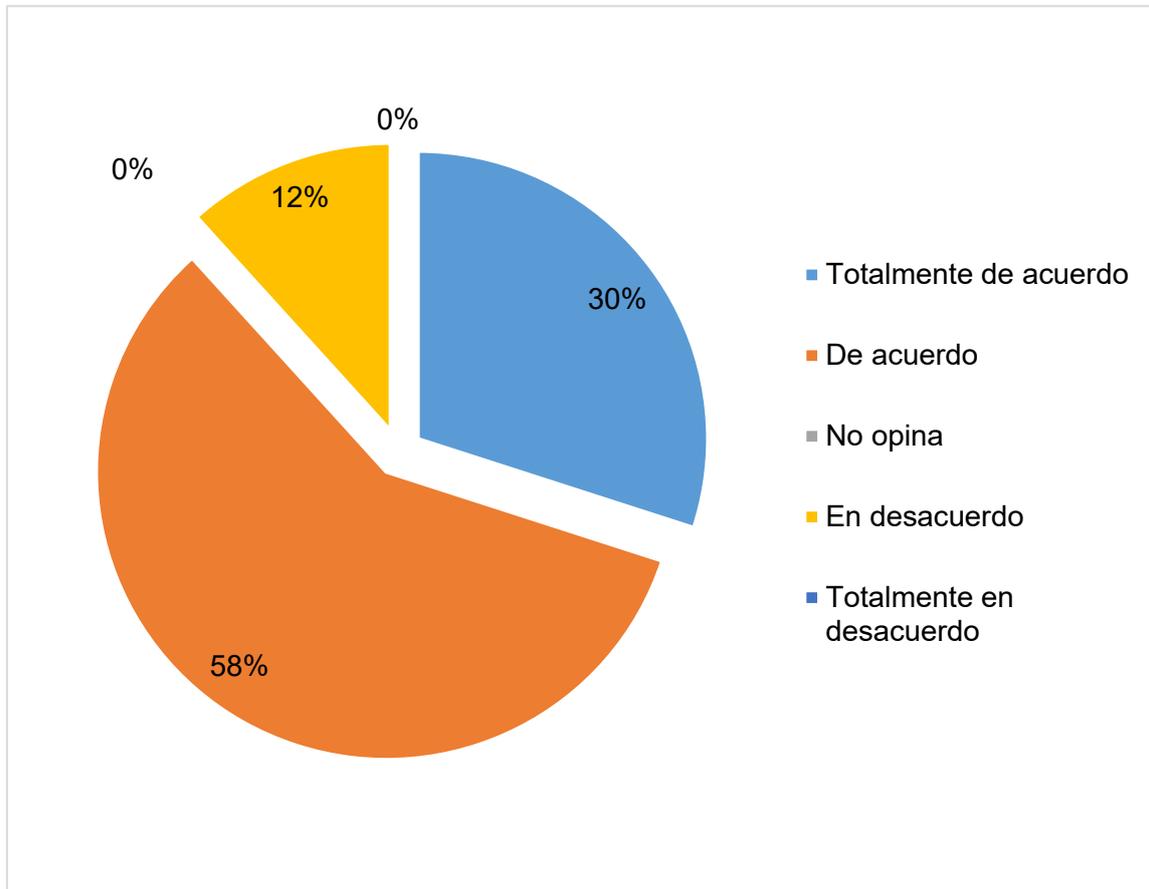


Interpretación

Los resultados evidencian que hay un 58% de los participantes quienes han indicado que en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un juez. Hecho que permite conocer que efectivamente este tipo de tutela se viene dando en la realidad.

Figura 2

Tenencia sin intervención de un conciliador

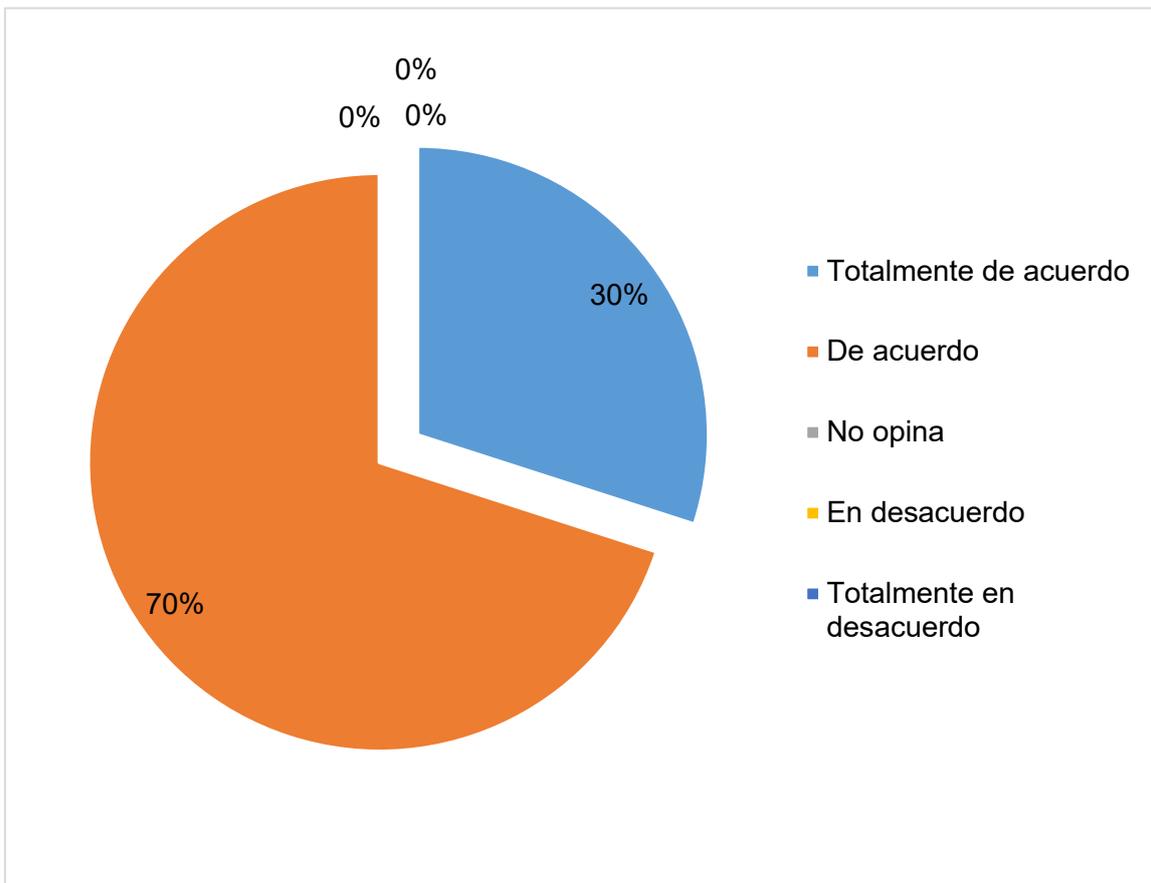


Interpretación

Los resultados evidencian que, en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un conciliador, así se encontró que un 58% de los participantes están de acuerdo con dicha premisa, siendo así que la tenencia de hecho es una figura que efectivamente se da con frecuencia en la realidad social.

Figura 3

Tenencia sin intervención de conciliador: Sustracción del menor por el progenitor sin autorización del padre que lo tiene a cargo

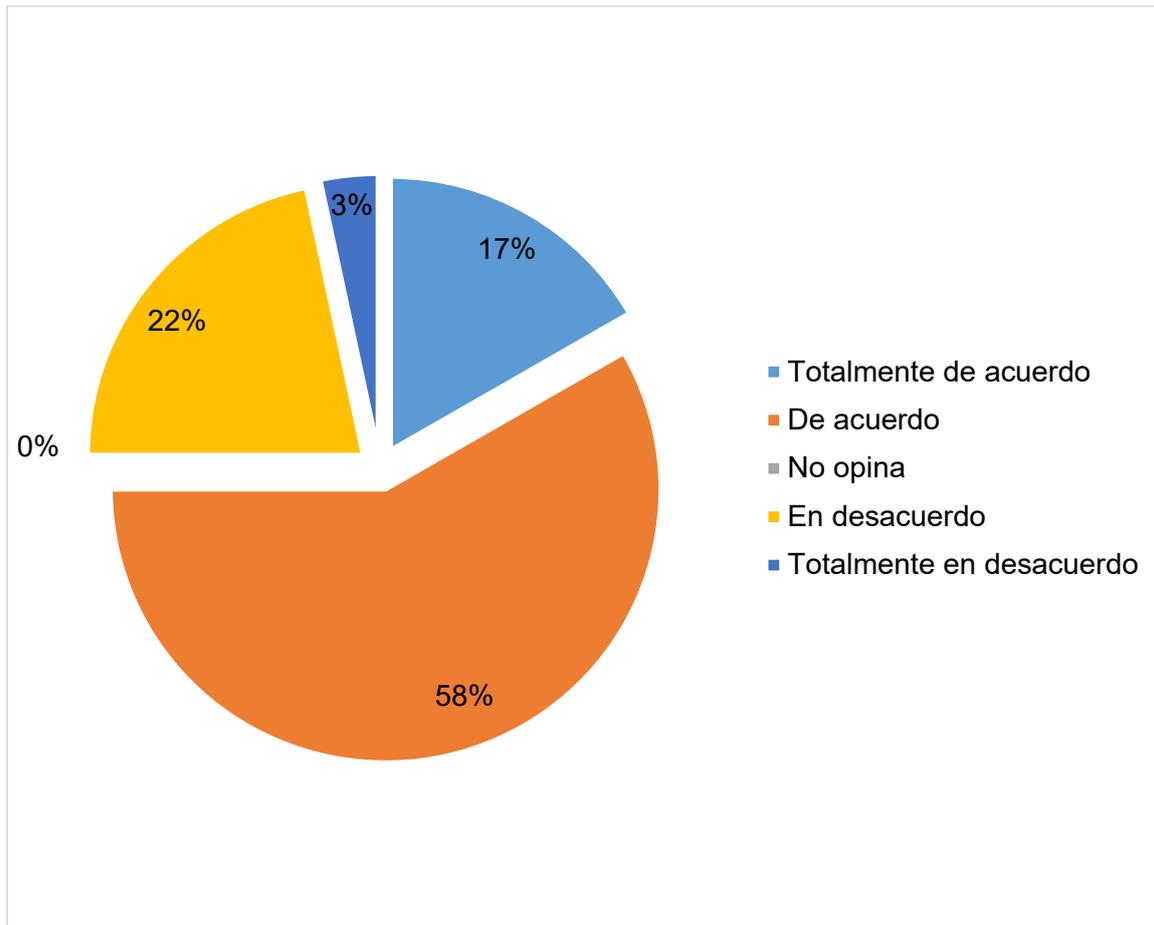


Interpretación

De los resultados se puede evidenciar que cuando la tenencia del menor sucede sin la intervención de un conciliador, frecuentemente se sustrae por uno de progenitor sin la autorización del otro que está a cargo del cuidado, ello es una afirmación donde un 70% de los encuestados señala estar de acuerdo.

Figura 4

Tenencia sin intervención de Juez: Sustracción del menor por el progenitor sin autorización del padre que lo tiene a cargo

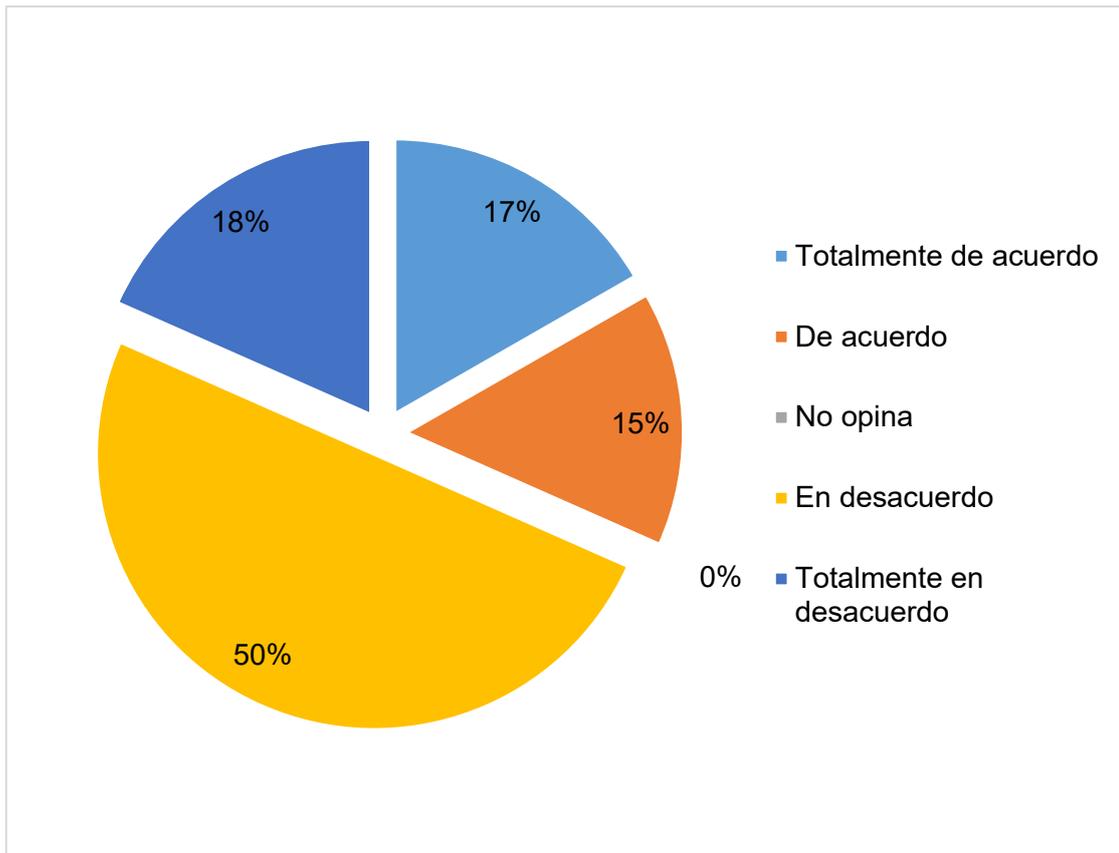


Interpretación

En los resultados se puede evidenciar que hay un 58% de los encuestados que han mencionado que existe casos donde se da la tenencia sin intervención de Juez, a lo que se le conoce como tenencia de hecho, siendo estos casos donde se presenta la sustracción del menor por el progenitor sin autorización del padre que lo tiene a cargo.

Figura 5

El delito sustracción de menor señala que necesariamente uno de los padres tiene que tener la patria potestad, para que se configure la conducta

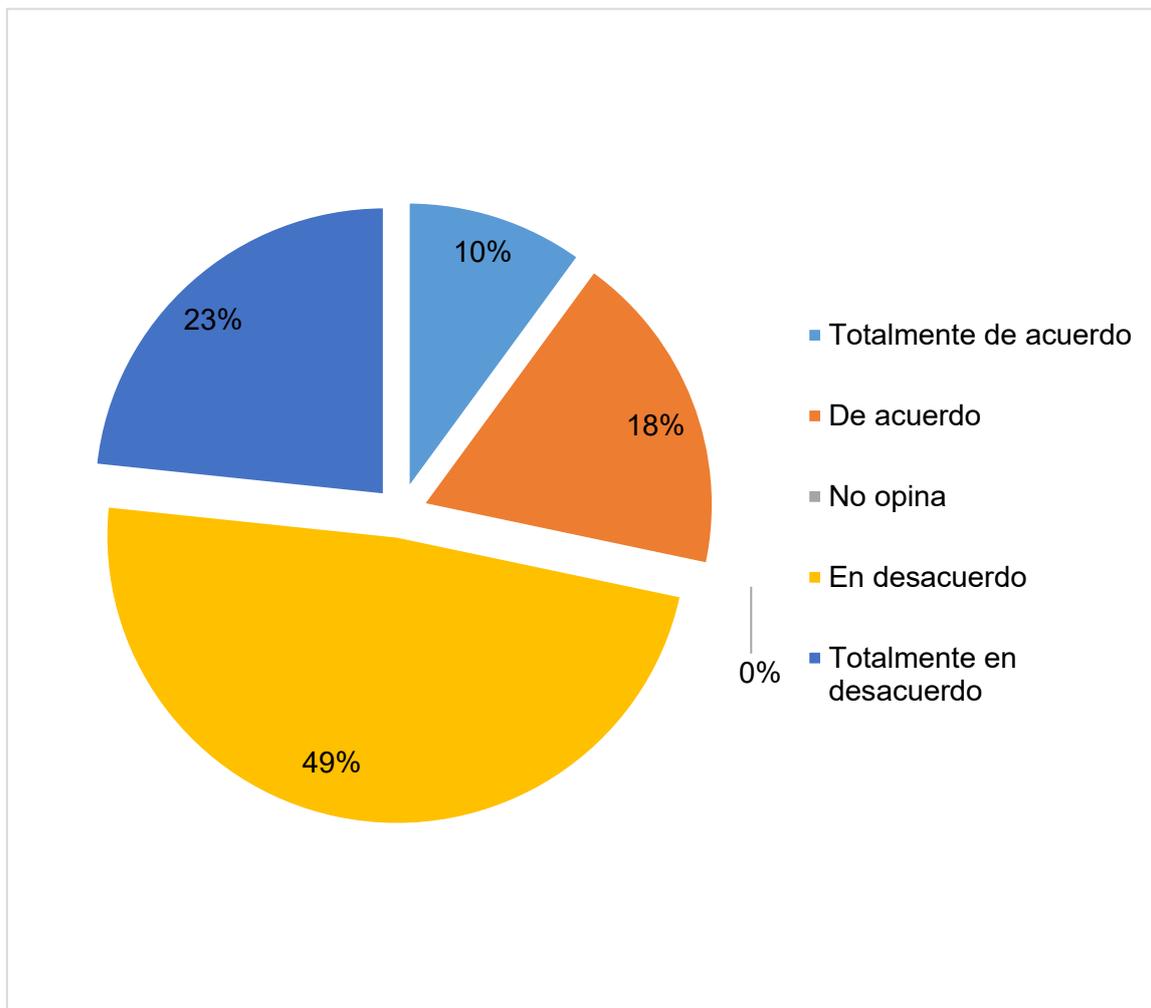


Interpretación

Los resultados permitieron conocer que, hay un 60% de los participantes quienes han expresado no estar de acuerdo con que para que proceda el delito sustracción de menor sea necesariamente que uno de los padres tiene que tener la patria potestad, para que se configure la conducta. Puesto, que la sustracción debe valorarse el solo hecho de haber sustraído al menos de quien poseía y estaba a cargo del menor.

Figura 6

Cree que el delito sustracción de menor protege al menor cuando la tenencia es de hecho por uno de los padres.

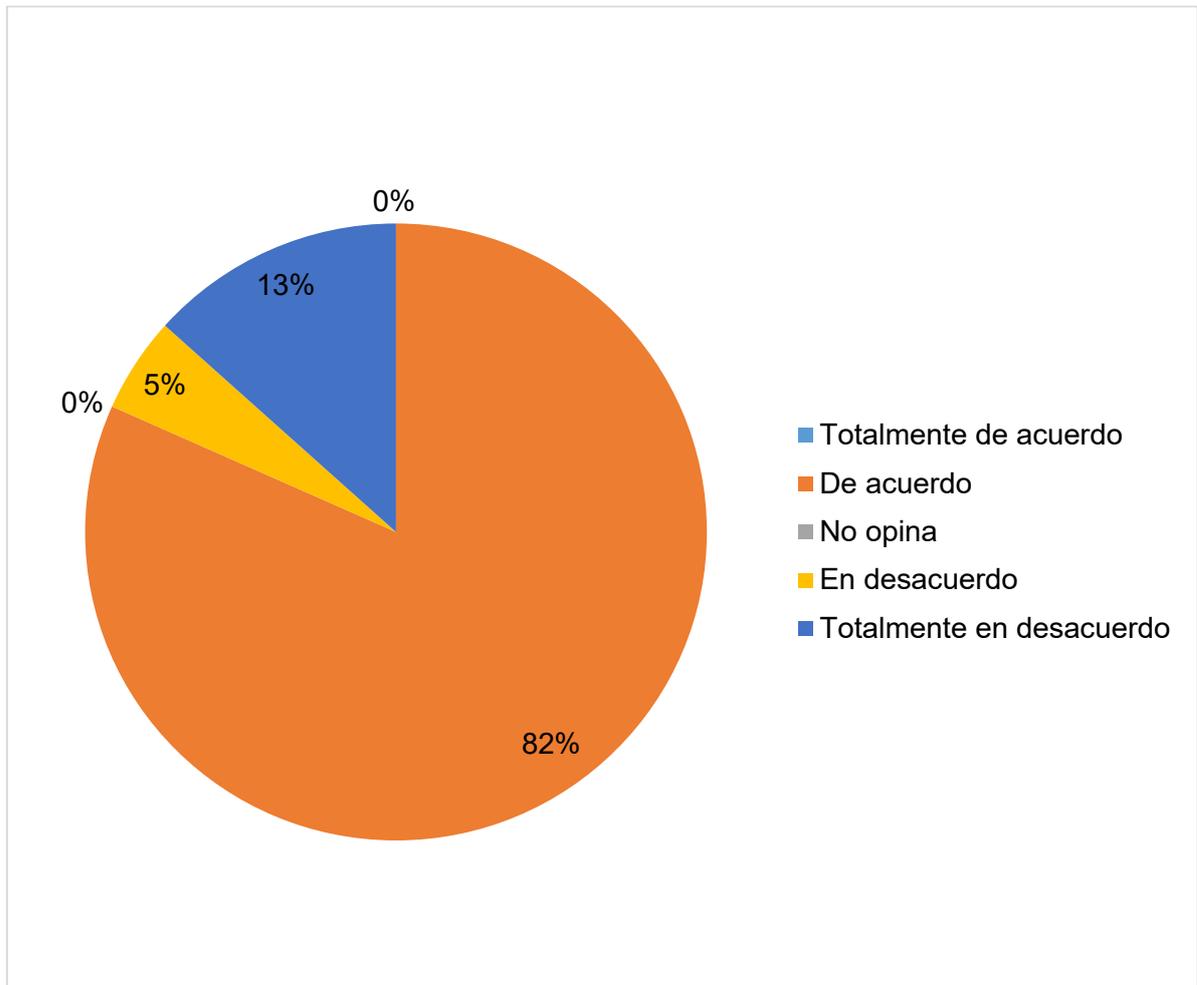


Interpretación

Los resultados han permitido conocer que hay un 72% de los participantes quienes han señalado que el delito sustracción de menor no viene protegiendo al menor cuando la tenencia es de hecho por uno de los padres.

Figura 7

Cree que se debe regular la tenencia de hecho para el delito sustracción de menor



Interpretación

Los resultados han permitido conocer que hay un 95% de los encuestados señala estar de acuerdo con que se debe regular la tenencia de hecho para el delito sustracción de menor, esto con la finalidad de garantizar protección al menor.

3.2 Discusión de resultados

En esta investigación fue un objetivo describir el delito de sustracción de menores en la legislación peruana, ante lo cual se encontró un estudio de Momethiano y Ojeda (2019) ha señalado que esta acción es una conducta típica donde se sustrae al menor, pero que se caracteriza porque quien realiza tal acción es uno de los padres, quien presenta una actitud de rehúso para devolver al menor al padre o madre que tiene la responsabilidad del cuidado del niño. De modo que concluye señalando que esa acción de sustraer es el tipo de acción, pero específicamente cuando ya no quiere devolver al menor se le conoce como omisión propia. De ello se puede destacar entonces que, la tipificación de esta conducta se realizó con la finalidad de poder garantizar protección para los derechos del menor, principalmente aquellos que tienen relación con la patria potestad, el bienestar e integridad del menor.

Por su parte, es importante citar también a Alcalá (2016) quien desarrolló una investigación sobre la afectación que padece la patria potestad, comprendiendo esto como un derecho que se le otorga a uno de los progenitores del menor. El autor destaca porqué su objetivo fue analizar el cómo se viene sancionando ese tipo de acción. Sus resultados permitieron comprender que las normativas vigentes no están cumpliendo con la protección de las facultades que permite la patria potestad, que al ser obstruida se estaría también afectando al padre o madre a quien se le había concedido. Finalmente concluye su estudio señalando que este tipo de acciones que se dan tienen una estrecha relación con el delito de sustracción al menor y con el ocultamiento del mismo, puesto que quien ha cometido tal acción presenta una conducta donde se rehúsa a entregar al menor, e inclusive lo retiene en contra de su voluntad.

Por su parte, también Pérez (2020) ha señalado en su estudio que, existe una alta necesidad de proteger los derechos fundamentales del menor, más aun cuando se está ante una situación de sustracción, puesto que la afectación directa la lleva el menor, ya que se expone su bienestar e integridad, pero también se afecta y violenta al padre que tiene al menor bajo su cuidado. Se

aplicó un cuestionario, de lo cual se pudo recoger en la tabla 5, que hay un 60% de los encuestados quienes han citado no estar de acuerdo con que para que proceda el delito sustracción de menor sea necesariamente que uno de los padres tiene que tener la patria potestad, para que se configure la conducta. Puesto, que la sustracción debe valorarse el solo hecho de haber sustraído al menos de quien poseía y estaba a cargo del menor.

El segundo objetivo consistió en analizar cómo se desarrolla la tenencia de hecho en la realidad peruana, para lo cual es importante citar a Triana (2017) quien ha citado la importancia de garantizar el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, precisando que los derechos de los niños se encuentran desprotegidos ante los conflictos familiares, pues se puede observar en la realidad que siempre las consecuencias las padecen ello a pesar de que la legislación regula una posición preferencial ante este grupo de la población. Por su parte, Corigliano (2017) quien investigó acerca de la sustracción parental de menores, encontró que la normativa no ha regulado de forma precisa situaciones en relación a la defensa y protección de los derechos para aquellos casos donde se produce la ruptura matrimonial sin que los padres prevalezcan jurídicamente la situación de los hijos menores de edad. Del cuestionario aplicado en la tabla 3 se pudo conocer que hay un 70% de los encuestados quienes han señalado que la sustracción del menor de edad sin la autorización del otro progenitor quien lo tiene bajo su cuidado se comete sin que exista la tenencia con intervención de algún conciliador.

Esto también se evidencia en la tabla 4 donde hay un 75% que este caso de sustracción del menor se realiza ante situaciones donde no ha mediado participación o intervención del Juez para la tenencia, sino que esta fue de hecho. Del cuestionario aplicado se tuvo en la tabla 1 donde un 58% señala que, en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un conciliador. A su vez, en la tabla 2 se registró también que hay también un 58% de la población quien indica que la tenencia se viene dando sin la intervención del Juez.

El último objetivo de esta investigación fue determinar de qué manera la regulación del delito de sustracción de menores garantiza protección jurídica a

la tenencia de hecho, sobre ello hay que citar a, Paitán (2017) quien ha investigado acerca de la regulación jurídica sobre aquellos padres quienes no poseen la tenencia legal, cuyo aporte esencial fue que no existe una normativa que regule la tenencia de hecho, haciendo que esto afecte directamente los derechos de los menores quienes se encuentran vulnerables ante una sustracción, ya que quien posee la tenencia de hecho no tiene argumento jurídico para poder solicitar la restitución del menor.

Por su parte, Meza (2017) caracteriza que las relaciones familiares padecen rupturas de su vínculo donde las parejas caminan con una separación de hecho, por lo que no llegan a producirse procesos judiciales a fin de declarar la patria potestad por lo que, en tanto los padres no pueden ser impedidos para visitar y relacionarse con sus hijos.

Esto en una problemática ante un suceso que conlleva a la sustracción del menor por parte de uno de los padres sin el consentimiento del otro a lo cual se le conoce en la práctica como sustracción del menor. Al no existir impedimento legal para la visita y traslado del menor por parte de uno de los padres es mucho más fácil que pueda suceder este tipo de casos por lo que corresponde que el accionar judicial pueda ser eficiente para la restitución del menor y evitar la afectación de su derecho a la libertad en muchos casos, puesto que en una edad en la que se encuentran son susceptibles de manipular su voluntad. Concluye señalando la necesidad que existe para mejorar la aplicación de las normatividades a fin de poder garantizar los derechos de los niños y adolescentes.

Ante ello corresponde señalar que en la tabla 6, un 72% de los encuestados ha señalado que el delito de sustracción no viene protegiendo al menor de edad, más cuando se trata de uno de los padres quien posee la tenencia de hecho, esto porque no hay ninguna resolución que le haya concedido dicha facultad.

3.3 Aporte práctico

Ley N°. 2220 – Ley que modifica el artículo 147 del Código Penal peruano

Exposición de motivos

Considerando que en la actualidad ante la ruptura familiar los padres no establecen jurídicamente la situación de los hijos menores de edad, dando lugar a la tenencia de hecho sin intervención de terceros con potestades jurídicas

Que, el delito de sustracción según la norma penal peruana se configura cuando se sustrae al menor de edad del cuidado de quien posee legalmente la patria potestad o cuando uno de los padres se rehúsa a entregarlo a quien ejerce la patria potestad, siendo esto un problema muy frecuente que afecta los derechos del menor

Que, la norma penal actualmente no regula sobre la tenencia de hecho, en los casos de Sustracción de Menor; para que se configure el delito contenido en el artículo 147 del Código Penal peruano, se exige que el denunciante ostente la patria potestad legal y que se encuentra sustentada en un documento emitido por autoridad con facultades jurídicas.

Que, es responsabilidad del Estado garantizar los derechos del menor ante cualquier acción o amenaza que ponga en riesgo su integridad física, psicológica y su adecuado desarrollo. Se propone la siguiente Ley.

Análisis de costos y beneficios

La presente norma no genera costos al Estado, por lo contrario permitirá la protección de los derechos del menor ante la sustracción parental.

Fórmula legal

Modifíquese el artículo 147° del código penal con el siguiente texto

Art 147°. Sustracción del menor

El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad o la tenencia de hecho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Disposiciones complementarias

Primera disposición: La presente ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial el Peruano.

Segunda disposición: La presente ley será aplicable a nivel nacional.

IV CONCLUSIONES

1. La regulación del delito de sustracción de menores no garantiza la protección jurídica a la tenencia de hecho, ya que para que se configure el delito exige que uno de los padres ostente la patria potestad asignada legalmente, para lo cual debe ser acreditado a través de un documento, por lo contrario, la denuncia será archivada.
2. El delito de sustracción en la legislación peruana se configura cuando se sustrae al menor de edad del cuidado de quien posee legalmente la patria potestad o cuando uno de los padres se rehúsa a entregarlo a quien ejerce la patria potestad.
3. En la actualidad ante la ruptura familiar los padres no establecen jurídicamente la situación de los hijos menores de edad, dando lugar a la tenencia de hecho sin intervención de terceros con potestades jurídicas.
4. La norma penal actualmente no regula sobre la tenencia de hecho, en los casos de Sustracción de Menor; para que se configure el delito contenido en el artículo 147 del Código Penal peruano, solo protege la patria potestad que se encuentra sustentada en un documento legal, emitido por autoridad con facultades jurídicas.

V RECOMENDACIONES

1. Se recomienda regular la tenencia de hecho en el delito de sustracción de menores para garantizar la protección jurídica de la tenencia de hecho, evitando que las denuncias no se archiven cuando el padre busca tutela efectiva no ostenta la patria potestad asignada legalmente.
2. Se recomienda que el delito de sustracción en la legislación peruana se debe configurar cuando se sustrae al menor de edad del cuidado de quien posee legalmente la patria potestad o la tenencia de hecho y cuando uno de los padres se rehúsa a entregarlo a quien ejerce la patria potestad o la tenencia de hecho debidamente probada.
3. Se recomienda tener en cuenta que en la actualidad ante la ruptura familiar los padres no establecen jurídicamente la situación de los hijos menores de edad, dando lugar a la tenencia de hecho sin intervención de terceros con potestades jurídicas para adecuar las normas jurídicas que regulan la protección del menor.
4. Se recomienda modificar el delito contenido en el artículo 147 del Código Penal peruano, incorporando la tenencia de hecho para proteger los derechos del menor y del padre ante una sustracción parental.

VI REFERENCIAS

Alcalá, I. (2017). *Atentado contra la patria potestad y la sanción en la legislación penal Peruana*. (Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad Inca Garcilazo de la Vega). <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/1137>

Bermeo-Cabrera, F. E. y Pauta-Cedillo, W. H. (2017). Violation of the principle of equality in the possession of minor children. *Polo del Conocimiento*, 5(8), 1114-1133. DOI: 10.23857/pc.v5i8.1647

Callejón, C. (2021). *El delito de sustracción de menores/Il reato di sottrazione di minori*. (Tesis de pregrado, Universidad de Jaén). <http://150.214.170.42/handle/10953/1126>

Castillo, J., y Merino, G. (2018). *Estudio Científico. La desintegración familiar*.

Changanaqui, A. V. (2022). Criterios jurídicos para regular la tenencia de los hijos afines en los casos de las familias ensambladas en el Perú [Tesis de pregrado, Universidad Inca Garcilazo de la Vega]. <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/6364>.

Corigliano, M. (2017). *Sustracción parental de menores-Aspectos penales*. http://www.mariocorigliano.com.ar/pdf/sustraccion_parental_de_menores_a_specto_%20penales.pdf

Dávila, M. Y. (2020). *Propuesta normativa para la ejecución del régimen de visitas, ante la obstaculización por parte del padre que posee la tenencia, atendiendo al interés superior del niño y adolescente* [Trabajo de grado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio institucional usat.

https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2991/1/TL_DavilaPerezMayeli.pdf

De La Rosa, J. M. (2017). *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*.

<https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+Jos%C3%A9+Miguel.pdf/24309fb3-23aa-07d4-a7cc-fde6bd7d64c7>.

Díaz, J., y Cubas, J. (2018). *Los convenios de restitución de menores de edad en el Perú dentro del marco del derecho internacional privado*. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/10502>

Duarez, C. G. (2020). Análisis jurídico de la tenencia compartida de los hijos en la legislación Peruana en el año 2019 [Tesis de pregrado, Universidad Particular de Chiclayo]. <http://repositorio.udch.edu.pe/handle/UDCH/1361>.

Escajadillo, J. F. (2018, 19 de febrero). Sustracción de menores por uno de los padres.

Escobar, J. (2016). *Problemas seleccionados del delito de sustracción de menores*. Revista de Ciencias Penales Sexta Época; XLIII (4): 51 – 64

Fuentes, L. (2018). *Caso Juana Rivas: Sustracción de menores en un ámbito nacional e internacional*. (Tesis para optar el grado en Derecho, Universitat de les Illes Balears).

Hernández, R., y Torres, M. (2018). *Metodología de la investigación* (Vol. 4). México^ eD. F DF: McGraw-Hill Interamericana.

Herrera, J. (2017). *La tenencia de tierras colectivas en Colombia: Datos y tendencias* (Vol. 203). CIFOR.

La Ley (2016, 19 de Enero). *Un repaso a los pronunciamientos constitucionales más importantes sobre la materia ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional sobre la tenencia de menores?* <https://laley.pe/art/3056/que-ha-dicho-el-tribunal-constitucional-sobre-la-tenencia-de-menores>.

Lencina, W. O. (2019). *Los progenitores como sujetos activos del delito de sustracción de menores* (Bachelor's thesis). (Trabajo de graduación Pia, Universidad Siglo 21). <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/17179>

- López, A. (2020). Patria potestad: alimentos [Tesis de Maestría, Universidad de Alcalá]. https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46410/TFM_Lopez_Higuera_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- López, C. (2018). *Mediación: mecanismo para garantizar el derecho de convivencia del menor de edad en casos de padres separados*. (Universidad Juárez Autónoma de Tabasco). <http://ri.ujat.mx/handle/20.500.12107/3313>
- Meza, J. (2017). *Interpretación literal de la patria potestad en los delitos de sustracción de menor de edad*. (Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad Autónoma del Perú). <http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/1699>
- Momethiano, S., y Ojeda, Y. (2019). *Exégesis de los delitos contra la familia en el Código Penal peruano*. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17(23), 121-144. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6995228>
- Mori, C. (2017). *La violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor en el código penal peruano en el año 2016*. (Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad Autónoma del Perú). <http://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/AUTONOMA/341>.
- Paitán, V. (2017). *Regulación normativa respecto a los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho-Distrito de Ascensión-2015*. (Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad de Huánuco). <http://repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/1075>
- Peña, O. y Almanza, F. (2010). *Teoría del delito manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Pérez, N. (2020). *Aspectos nucleares del delito de sustracción de menores*. (Tesis de pregrado, Universidad de La Laguna). <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/20786>
- Plácido, A. F. (2016). *El Principio del Interés Superior del Niño*. [http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/588/MANUAL%](http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/588/MANUAL%20del%20Interes%20Superior%20del%20Ni%C3%B1o.pdf)

20CURSO%20INTER%20C3%89S%20SUPERIOR%20DEL%20NI%20C3%91
O%20(1).pdf?sequence=4.

Rodríguez, M., Ugaz, A., Gamero, L., y Schönbohm, H. (2012). *Manual de casos penales -la teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. NOVA Print S.A.C

Rojas, D. R. (2018). La tenencia compartida acordada en los centros de conciliación extrajudicial y la vulneración del principio del interés superior del niño en el Perú [Tesis de pregrado, Universidad Privada Antenor Orrego]. <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/4144>

Shinno-Pereyra, V. E. (2021). Loss of custody due to parental alienation. *Lumen*, 17(2), 254–266. <https://doi.org/10.33539/lumen.2021.v17n2.2471>

Triana, C. (2017). *El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella: una revisión jurídica desde la perspectiva nacional y el derecho internacional*. (Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia). <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14379>

Vargas, J. Z. (2018). Otorgamiento de Tenencia de Niños y Adolescentes a Personas Distintas de los Padres, en Salvaguarda del Principio Constitucional del Interés Superior del Niño. Arequipa, 2017 [Tesis de Maestría, Universidad Católica de Santa María]. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8471>

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia* (Tomo II). Gaceta Jurídica. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5231/Varsi_matrimonio_union_estables.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Vásquez, A. K. (2020). *El síndrome de alienación parental: criterios para su valoración como agravante del delito de violencia psicológica infantil* [Trabajo de grado, Universidad César Vallejo]. Repositorio institucional ucv. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/50580>

Vega, W. (2017). La protección a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el delito de sustracción de menor de edad, judicatura

Arequipa 2015-2016 [Tesis de Pregrado, Universidad Católica San Pablo].
<http://repositorio.ucsp.edu.pe/handle/UCSP/15268>

Vega, W. (2020). *La protección a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el delito de sustracción de menor de edad, judicatura Arequipa 2015-2016* [Trabajo de grado, Universidad Católica San Pablo]. Repositorio institucional ucsp.
<http://repositorio.ucsp.edu.pe/handle/UCSP/15268>

Vidal, O. (2021). *Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados:: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia*. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (41), 16. 14
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7983240>

Vilas De Ramírez, H. Y. (2020). *Vulneración del principio del interés superior del niño y del adolescente en función a los casos de alienación parental en los procesos de tenencia, Chiclayo 2016-2017* [Trabajo de grado, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio institucional uss.
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/6861/Gallardo%20Vilas%20de%20Ram%c3%adrez%20Hilda%20Yovana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ANEXOS

Anexo N° 1

CUESTIONARIO N° 01



Estimado participante, el presente cuestionario se realiza únicamente con fines académicos, específicamente para la tesis de pregrado, cuyo tema es Protección jurídica de la tenencia de hecho contra la sustracción parental-Chiclayo. Responda a las alternativas de acuerdo a sus consideraciones. El cuestionario es anónimo.

Ítem	TA	DA	TED	ED	NO
Cree que en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un juez					
Cree que en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un conciliador					
Cree que cuando la tenencia del menor sucede sin la intervención de un conciliador, frecuentemente se sustrae por uno de progenitor sin la autorización del otro que está a cargo del cuidado.					
Cree que cuando la tenencia del menor sucede sin la intervención de un Juez, frecuentemente se sustrae por uno de progenitor sin la autorización del otro que está a cargo del cuidado.					
El delito sustracción de menor señala que necesariamente uno de los padres tiene que tener la patria potestad, para que se configure la conducta ¿Usted está de acuerdo?					
Cree que el delito sustracción de menor protege al menor cuando la tenencia es de hecho por uno de los padres.					

Cree que se debe regular la tenencia de hecho para el delito sustracción de menor					
---	--	--	--	--	--

Anexo 2: Validación de expertos

FICHA DE VALIDACIÓN DE JUICIO DE EXPERTOS

1. Identificación del Experto

Nombre y Apellidos: Cristina Lindao Ramírez

Centro laboral: Abogada en Estudio Jurídico

Título profesional: Abogada

Grado: Abogada

Institución donde lo obtuvo: Universidad César Vallejo

2. Instrucciones

Estimado(a) especialista, a continuación, se muestra un conjunto de indicadores, el cual tienes que evaluar con criterio ético y estrictez científica, la validez del instrumento propuesto (véase anexo N° 1).

Para evaluar dicho instrumento, marca con un aspa(x) una de las categorías contempladas en el cuadro:

1: Inferior al básico 2: Básico 3: Intermedio 4: Sobresaliente 5: Muy sobresaliente

3. Juicio de experto

INDICADORES	CATEGORÍA				
	1	2	3	4	5
1. Las dimensiones de la variable responden a un contexto teórico de forma (visión general)				x	
2. Coherencia entre dimensión e indicadores (visión general)				x	
3. El número de indicadores, evalúan las dimensiones y por consiguiente la variable seleccionada (visión general)					x
4. Los ítems están redactados en forma clara y precisa, sin ambigüedades (claridad y precisión)					x
5. Los ítems guardan relación con los indicadores de las variables(coherencia)					x
6. Los ítems han sido redactados teniendo en cuenta la prueba piloto (pertinencia y eficacia)					X
7. Los ítems han sido redactados teniendo en cuenta la validez de contenido					X
8. Presenta algunas preguntas distractoras para controlar la contaminación de las respuestas (control de sesgo)					X

9. Los ítems han sido redactados de lo general a lo particular(orden)					X
10. Los ítems del instrumento, son coherentes en términos de cantidad(extensión)					X
11. Los ítems no constituyen riesgo para el encuestado(inocuidad)					X
12. Calidad en la redacción de los ítems (visión general)					X
13. Grado de objetividad del instrumento (visión general)					X
14. Grado de relevancia del instrumento (visión general)					X
15. Estructura técnica básica del instrumento (organización)					X
Puntaje parcial				4	75
Puntaje total					79

Nota: Índice de validación del juicio de experto (Ivje) = [puntaje obtenido / 75] x 100=..... MUY ALTA

4. Escala de validación

Muy baja 00-20 %	Baja 21-40 %	Regular 41-60 %	Alta 61-80%	Muy Alta 81-100%
El instrumento de investigación está observado		El instrumento de investigación requiere reajustes para su aplicación		El instrumento de investigación está apto para su aplicación
Interpretación: Cuanto más se acerque el coeficiente a cero (0), mayor error habrá en la validez				

5. **Conclusión general de la validación y sugerencias:** Es viable para su aplicación.

6. Constancia de Juicio de experto

El que suscribe, Cristina Lindao Ramírez, identificada con DNI. N°...48182743, certifico que realicé el juicio del experto al instrumento diseñado por la tesista:, srta, Zuñe Bispo, Genara Rilene, en la tesis cuyo tema es PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA TENENCIA DE HECHO CONTRA LA SUSTRACCIÓN PARENTAL-CHICLAYO.

Firma del experto

 CRISTINA LINDAO RAMIREZ
 ABOGADA
 CAE. 136

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO POR JUICIO DE EXPERTOS

1. NOMBRE DEL JUEZ		Elmer Alva Becerra
2.	PROFESIÓN	Abogado
	ESPECIALIDAD	Penal
	GRADO ACADÉMICO	Con estudios de maestría en derecho penal
	EXPERIENCIA PROFESIONAL (AÑOS)	8
	CARGO	Asesor y consultor
TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:		
PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA TENENCIA DE HECHO CONTRA LA SUSTRACCIÓN PARENTAL-CHICLAYO		
3. DATOS DEL TESISISTA		
3.1	NOMBRES Y APELLIDOS	Zuñe Bispo, Genara Rilene
3.2	ESCUELA PROFESIONAL	Escuela profesional de Derecho
4. INSTRUMENTO EVALUADO		1. Entrevista () 2. Cuestionario (x) 3. Lista de Cotejo () 4. Diario de campo ()
5. OBJETIVOS INSTRUMENTO DEL		<u>GENERAL:</u> Determinar de qué manera la regulación del delito de sustracción de menores garantiza protección jurídica a la tenencia de hecho <u>ESPECÍFICOS:</u> Describir la sustracción de menores en la legislación penal peruana Analizar cómo se viene desarrollando la tenencia de hecho en la práctica Identificar si la legislación penal peruana al legislar el delito de sustracción de menores protege aquellos casos de tenencia de hecho

A continuación se le presentan los indicadores en forma de preguntas o respuestas para su validación

01	Cree que en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un juez 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
02	Cree que en el Perú la tenencia del menor en muchos de los casos sucede sin la intervención de un conciliador 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
03	Cree que cuando la tenencia del menor sucede sin la intervención de un conciliador, frecuentemente se sustrae por uno de progenitor sin la autorización del otro que está a cargo del cuidado. 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
04	Cree que cuando la tenencia del menor sucede sin la intervención de un juez, frecuentemente se sustrae por uno de progenitor sin la autorización del otro que está a cargo del cuidado. 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
05	Cree que cuando la tenencia del menor sucede sin la intervención de un juez, frecuentemente se sustrae por uno de progenitor sin la autorización del otro que está a cargo del cuidado. 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
06	El delito sustracción de menor señala que necesariamente uno de los padres tiene que tener la patria potestad, para que se configure la conducta ¿Usted está de acuerdo? 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
07	Cree que el delito sustracción de menor protege al menor cuando la tenencia es de hecho por uno de los padres. 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:
08	Cree que se debe regular la tenencia de hecho para el delito sustracción de menor 1.Nunca / 2.Casi nunca / 3.No opina /4.Siempre / 5.Casi siempre	A (X) D () SUGERENCIAS:

7.COMENTARIOS GENERALES

El cuestionario es aplicable y guarda relación con los objetivos.

8. OBSERVACIONES:



Dr. Elmer Alva Becerra
ABOGADO
REG. ICAL N° 7604

Juez Experto

Anexo 3: Matriz de consistencia

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Sustracción del menor</p>	<p>¿La regulación del delito de sustracción de menores garantiza protección jurídica a la tenencia de hecho?</p>	<p>La regulación del delito de sustracción de menores no garantiza protección jurídica a la tenencia de hecho</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera la regulación del delito de sustracción de menores garantiza protección jurídica a la tenencia de hecho</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>Describir el delito de sustracción de menores en la legislación peruana Analizar cómo se desarrolla la tenencia de hecho en la realidad peruana Identificar si el delito de sustracción de menores incluye la tenencia de hecho en el Perú</p>
<p>DEPENDIENTE:</p> <p>Tenencia de hecho</p>			



15

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 2351-2017/LIMA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

El delito de rehusamiento de entrega de menor
Sumilla. 1. Para afirmar la existencia de un delito permanente se requiere: (i) que exista una permanencia del resultado típico a lo largo del tiempo por voluntad del autor, esto es, que se prolonga la situación antijurídica (desvalor de la acción); y, (ii) que se mantiene la ofensa al bien jurídico protegido que se prolonga en el tiempo. 2. En el delito de rehusamiento de entrega de menor el injusto típico central está vinculado al impedimento de ejercicio de la patria potestad que le corresponde al progenitor a cargo de la custodia y protección del menor que se concreta a través de la negativa del autor de entregar al menor –no se trata de una mera desobediencia genérica–. 3. Cuando el agente se opone al requerimiento y hasta que tal oposición se supere con la entrega del menor permanece la situación jurídica que creó.

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES
SAN MARTÍN CASTRO Y PRINCIPE TRUJILLO

Lima, doce de febrero de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la parte civil, JOSÉ IGNACIO UDAQUIOLA OLACIREGUI, contra el auto de vista de fojas ciento sesenta y nueve, de cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos cincuenta y uno, de cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por delito de sustracción de menor en agravio de L.M.U.B. y M.B.U.B.; con lo demás que al respecto contiene.
Intervino como ponente del voto el señor SAN MARTÍN CASTRO.



17

Finalmente, la entrega de las agraviadas se concretó el treinta de enero de dos mil catorce, según acta judicial de fojas setenta y ocho, luego de que la imputada fue capturada por la Policía Judicial.

§ 3. *Del itinerario del procedimiento*

TERCERO. Que abierto el proceso penal y formulada acusación el Juzgado Penal por auto de fojas noventa y nueve, de cuatro de marzo de dos mil quince, de oficio, declaró prescrita la acción penal porque estimó que ya había transcurrido más de tres años desde la comisión del delito. Apelada esa resolución, el Tribunal Superior la confirmó. Dos Jueces Superiores estimaron que los hechos se consumaron el treinta de diciembre de dos mil once, fecha en que la imputada se llevó a sus hijas, y no se declaró la contumacia de aquélla. La tercera Jueza Superior de la Sala consideró que la conducta renuente se concretó el seis de marzo de dos mil doce, al hacerse efectivo los apercibimientos decretados; y, el delito de rehusamiento de entrega es instantáneo.

CUARTO. Que el recurso de queja excepcional contra la denegatoria del recurso de nulidad que promovió la parte civil fue amparado por este Tribunal Supremo. En la Ejecutoria de fojas ciento ochenta y cuatro, de veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, se entendió que se produjo una afectación al debido proceso porque no se tuvo en cuenta que el delito del artículo 147 del Código Penal regula dos supuestos alternativos: sustraer y rehusar la entrega de menores, y en el caso concreto no solo se imputa a la encausada Burgos Barraza la sustracción de los menores, sino el rehusamiento a su entrega al padre.

§ 4. *De la absolución del grado*

QUINTO. Que el delito de sustracción de menor, previsto y sancionado en el artículo 147 del Código Penal, incorpora dos supuestos de hecho alternativos: el acto de sustracción de un menor de edad, y el acto de rehusamiento a entregarlo. Cabe puntualizar que la forma típica de rehusamiento, a diferencia de la sustracción, importa que el agente que tiene en su poder al menor se niega a ponerlo a disposición de quien ejerce la patria potestad y, como tal, reclama su entrega; el menor, por lo demás, debe haber ingresado de modo lícito al dominio del sujeto activo, caso contrario, si se determina que el agente lo sustrajo y después se niega a entregarlo a sus padres, se configurará la conducta de sustracción de menor [ROY FREIRE, LUIS: *Derecho Penal Peruano - Parte Especial*, Tomo II, Instituto de Estudios Penales, Lima 1975, p. 239. SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 407]. Por ello, no es posible concebir la sustracción y el



rehusamiento como sinónimos, más allá de su idéntico tratamiento punitivo y homogeneidad de interés o bien jurídico tutelado.

SEXTO. Que, en el presente caso, la encausada Burgos Barraza entró en poder de los dos menores agraviados en cumplimiento de un régimen de salida y de visitas con fecha treinta de diciembre de dos mil once, y ante el reclamo del padre, quien tenía su custodia, se negó a entregarlos, por lo que se insistió en sede judicial para conseguirlo, en mérito a lo cual se cursaron los mandatos de entrega de seis y veinticuatro de enero de dos mil doce que no fueron cumplidos, recuperación que recién se concretó, previa conducción compulsiva de la acusada, el día treinta de enero de dos mil catorce, según acta judicial de fojas setenta y ocho. Siendo así, el supuesto típico es el de rehusar la entrega de un menor. No se trata de una sustracción de menor.

SÉPTIMO. Que, desde la regulación típica, el interés jurídico de protección penal en este delito es el interés del menor en permanecer en su entorno familiar y educativo; y, en los casos de rehusamiento, el delito se erige en un supuesto específico y reforzado de desobediencia vinculado a la custodia de menores, distinto de la desobediencia genérica (Conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español número 870/2015, de diecinueve de enero de dos mil dieciséis, FJ 1º, 2.1).

La forma comisiva de rehusamiento de entrega de menor, según se señaló en el fundamento jurídico quinto, se consume cuando existiendo la obligación de restitución del menor por parte de uno de los progenitores –la madre en este caso a favor del padre las niñas–, ésta se opone a la entrega sin ninguna causa de justificación.

OCTAVO. Que desde el interés jurídico de protección y las notas características de la forma de comisión de rehusamiento de entrega de menor es posible discernir si este delito es instantáneo de resultado o permanente. Desde ya cabe afirmar que en el delito permanente, “el mantenimiento de la situación antijurídica creada por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente” [JESCHECK-WEINGEND: *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 281]; esto es, el agente no sólo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue realizando la acción [HURTADO POZO-PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, IDEMSA, Lima, 2011, p. 409].

Es claro, según se desprende de lo expuesto, que en el delito examinado el injusto típico central está vinculado al impedimento de ejercicio de la patria potestad que le corresponde al progenitor a cargo de la custodia y protección del menor que se concreta a través de la negativa del autor de entregar al menor –no se trata de una mera desobediencia genérica–. El agente se opone a la entrega