

**UNIVERSIDAD NACIONAL "HERMILIO VALDIZÁN"**

**ESCUELA DE POST GRADO**



---

---

**"INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA PATRIA  
POTESTAD EN LOS DELITOS DE SUSTRACCIÓN  
DE MENOR DE EDAD"**

---

---

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE**

**MAESTRO EN DERECHO**

**MENCIÓN: CIENCIAS PENALES**

**ELÍAS JUAN MEZA MENDOZA**

**HUÁNUCO-PERÚ  
2017**



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

Huánuco - Perú

ESCUELA DE POSGRADO

Campus Universitario, Pabellón V Block "A" 2do. Piso - Cayhuayna  
Teléfono 514760



**ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO**

En el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la UNHEVAL, siendo las **12:00 h.**, del día **sábado 22.ABRIL.2017**, ante los Jurados de Tesis constituido por los siguientes docentes:

Dr. Armando PIZARRO ALEJANDRO	Presidente
Dr. Lorenzo PASQUEL LOARTE	Secretario
Mg. Andy Williams CHAMOLI FALCON	Vocal

**El aspirante al Grado de Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales, Don, Elías Juan MEZA MENDOZA.**

**Procedió al acto de Defensa:**

Con la exposición de la Tesis titulado: **“INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS DELITOS DE SUSTRACCIÓN DE MENOR DE EDAD”.**

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante a Maestro, teniendo presente los criterios siguientes:

- a) Presentación personal.
- b) Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y Recomendaciones.
- c) Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- d) Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado plantea a la tesis las observaciones siguientes:

.....  
.....

Obteniendo en consecuencia el Maestría la Nota de Diecisiete (17)  
Equivalente a aprobado, por lo que se recomienda .....  
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado, firman el presente **ACTA** en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 2 p.m. horas del 22 de abril de 2017.

PRESIDENTE  
DNI N° 22422838

SECRETARIA  
DNI N° 22417842

VOCAL  
DNI N° 4369627

## DEDICATORIA

---

Para Jhamillé y Darlín, mis sobrinas con  
mucho cariño.

---

## **AGRADECIMIENTO**

A mis padres Paulino y Antonia, por brindarme su apoyo incondicional en mi etapa profesional.

---

A la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, por permitirme continuar con mis estudios de post grado.

---

## RESUMEN

La sustracción parental es una clase particular de "secuestro" donde un menor de edad es separado abruptamente y sin consentimiento de su sitio habitual de vida por uno de los padres, alejándolo en forma permanente o transitoria del otro progenitor. Ante la existencia del supuesto de hecho de sustracción de menor, en la actualidad son muchos los casos que se presentan ante las distintas entidades cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales del Perú, en especial la Región de Huancavelica (Distrito Judicial de Huancavelica), en donde por diversas circunstancias como por ejemplo el incumplimiento de obligación alimentaria "sustraen" del progenitor que tiene bajo su protección a un menor, con la finalidad de evadir dicha obligación. En la ejecución de la presente tesis, ha sido necesario efectuar encuestas y recopilar datos documentales para sustentar el estudio, para luego hacer el diagnóstico, aplicándose un cuestionario y entrevistas, el cual se elaboró en atención a los objetivos de estudio, utilizando un instrumento que permitiera conocer la realidad de información acerca de la existencia de una regulación normativa respecto a la interpretación literal de la patria potestad en los delitos de sustracción de menor, para luego haber determinar en qué medida los fiscales penales de Huancavelica, realizan una interpretación literal de la patria potestad, por el cual proceden con el archivamiento de los delitos de sustracción de menor, ante la ausencia de una declaración judicial a favor de uno de los progenitores.

**Palabras Claves:** patria potestad, delitos de sustracción, menor de edad

## SUMMARY

Parental abduction is a particular kind of "abduction" where a minor is abruptly separated and without consent from his or her habitual place of life by one parent, permanently or transiently away from the other parent. In view of the existence of the alleged child abduction case, there are now many cases before the various jurisdictional and jurisdictional entities of Peru, in particular the Huancavelica Region (Judicial District of Huancavelica) Circumstances such as breach of maintenance obligation "subtract" from the parent who has under their protection a minor, with the purpose of evading said obligation. In the execution of this thesis, it has been necessary to carry out surveys and collect documentary data to support the study, to make the diagnosis, applying a questionnaire and interviews, which was elaborated in accordance with the study objectives, using an instrument that Would allow to know the reality of information about the existence of a normative regulation with respect to the literal interpretation of parental authority in the crimes of child abduction and then to determine to what extent the criminal prosecutors in Huancavelica perform a literal interpretation of the Patria potestas, by which they proceed with the archiving of the crimes of child abduction, in the absence of a judicial declaration in favor of one of the parents.

**Keywords:** custody, crimes of theft, age minor

## INTRODUCCIÓN

La familia es la primera institución con la que entra en contacto todo ser humano, pues aún antes del nacimiento vive en primera persona el efecto de la relación materno-filial. De tal forma que, desde el inicio de la existencia humana, las funciones prodigadas por la familia respecto de sus miembros son insustituibles y fundamentales.

Como se sabe, la familia en la actualidad no es la misma que la del antepasado, pues, la familia, al igual que la sociedad han venido y vienen experimentando un desarrollo en su historia como es natural, como consecuencia de su proceso evolutivo, cuyo desarrollo natural se debe a una serie de factores sociales, económicos, culturales, etc., condicionados por la sociedad y sus instituciones, y porque no, por las políticas legislativas; existiendo actualmente diversidad de formas de familia, en cuanto a su composición y estructura, requiriendo por tanto, la participación del Derecho que coadyuve a su protección integral.

Una de las características de la familia, que lo hace ser una materia tan peculiar, y por tanto, requiere de un tratamiento legal especial, radica en su dimensión humana y social, pues no se trata de regular objetos, cosas o derechos que subyacen de los mismos, que por supuesto son necesarios para el ser humano en cuanto le sirven a sus intereses, sino que se trata de relaciones y situaciones humanas que implican desde el nacimiento de un ser humano para que alcance su desarrollo natural por lo menos con las

condiciones mínimas e indispensables para que pueda lograr un desarrollo armonioso, hasta que se produzca su deceso por las implicancias que conlleva para su grupo humano; y también en su dimensión social, porque la familia no está o vive aislada, por el contrario está inmersa en un determinado grupo de familias e instituciones de acuerdo a una organización determinada de la sociedad y del Estado, siendo elemento activo por excelencia la persona humana, quien se proyecta a la sociedad, produciéndose así, esa ínter influencia recíproca entre la familia y sociedad, cuyo contenido también es de índole ética, pues la persona despliega su conducta orientándola en determinados propósitos, con base en determinados valores en cuanto le sirven a sus intereses, en tanto la sociedad y el Estado, deben protegerla.

En mérito a lo antes señalado, realizar la presente tesis sobre la "interpretación literal de la patria potestad en los delitos sustracción de menor" ha sido una tarea muy importante. Ello por cuanto, hasta el día de hoy, el ilícito mencionado -sustracción de menor- no ha recibido la suficiente atención por parte de los legisladores. Es más, luego de haber revisado las diversas doctrinas y jurisprudencias, es posible sostener que los autores nacionales no han desarrollado profundamente dicho tema, y solo le dedican menos de tres páginas en sus manuales, hecho por el cual los fiscales penales realizan una interpretación literal de la patria potestad en dicho delito, para proceder con su archivamiento.

Es por eso, que el presente trabajo se divide en cinco capítulos, claramente identificables y con un propósito propio. En el Capítulo I, planteamos el problema, los objetivos de investigación, identificamos nuestras variables y planteamos nuestras hipótesis, convencidos que la interpretación literal de la patria potestad en los delitos de sustracción de menor, viene siendo un mecanismo que no coadyuva con la administración de justicia y menos con la protección de los menores de edad que tienen una vida en común con uno de sus progenitores. El Capítulo II, tiene por objeto repasar las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que se han esgrimido en torno al delito de sustracción de menores, explicarlas y complementarlas cuando sea necesario. El objetivo de este segundo capítulo es, entonces, descriptivo. Los asuntos tratados serán: análisis del artículo 147° del Código Penal, para luego abordar el bien jurídico tutelado, la acción típica, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la interpretación literal, la patria potestad entre otros temas que relacionados al tema.

En el Capítulo III, IV y V se ha desarrollado, el tipo de investigación en mérito a las referencias bibliográficas, desarrollándose un diseño y esquema de investigación, la cual permitió hacer uso de los instrumentos de recolección de datos, indicando la validación del instrumento para su procesamiento, presentación, contrastación de las hipótesis.

En general, en la presente investigación se ha tratado la relación existente entre los bienes jurídicos protegidos, la acción típica y el sujeto activo del delito. Se ha estudiado el tema que, desde nuestra perspectiva, ha recibido

quizás la menor atención por parte de los autores nacionales, este es, los medios comisivos como la violencia o intimidación, para luego abordar el engaño, ya sea que se dirija contra el menor o contra la persona que lo tiene bajo su resguardo, asimismo, se ha analizado la relación existente entre la interpretación literal de la patria potestad y el delito de sustracción de menores, concluyéndose con aquellos puntos que se propone modificar, construyendo así una nueva interpretación de la faz objetiva del delito en análisis.

## INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN.....	IV
SUMMARY.....	V
INTRODUCCIÓN.....	VI

### CAPITULO I

#### EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema.....	13
1.2. Formulación del Problema.....	15
1.3. Objetivos.....	16
1.4. Hipótesis.....	16
1.5. Variables.....	17
1.6. Justificación e importancia.....	17
1.7. Viabilidad.....	20
1.8. Limitaciones.....	21

### CAPITULO II

#### MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.....	22
2.2. Bases Teóricas.....	24
2.3. Definición de términos.....	67
2.4. Bases Epistemológicas.....	72

**CAPITULO III**

**MARCO METODOLÓGICO**

3.1. Tipo de Investigación.....	81
3.2. Diseño y Esquema de Investigación.....	81
3.3. Población y Muestra.....	82
3.4. Técnicas de Recojo, Procesamiento y Presentación de Datos.....	82

**CAPITULO IV**

**RESULTADOS**

4.1. Resultados del trabajo.....	84
4.2. Presentar la contrastación de las hipótesis secundarias.....	93

**CAPITULO V**

**DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

5.1. Presentar la contrastación de los resultados del trabajo de campo con los referentes bibliográficos de las bases teóricas.....	.95
5.2. Presentar la contrastación de la hipótesis general en base a la prueba de hipótesis.....	97
5.3. Presentar el aporte científico de la investigación.....	100

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>102</b>
<b>SUGERENCIAS.....</b>	<b>103</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>104</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>108</b>

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del problema

Dentro de nuestro Código Penal hablar del delito de Sustracción de Menor es enfocarnos a su regulación en el artículo 147°, iniciando desde su consumación, viéndolo de dos aspectos, primero, cuando los progenitores son casados dentro del cual se procrean hijos, al momento de existir la disolución de ella, previó a un proceso judicial se fijará los Alimentos, el Régimen de Visitas y la Patria Potestad para los menores que quedan con uno de los progenitores, siendo éste designado por un Juez a uno de los cónyuges para el cuidado (derechos y obligaciones) para con sus menores hijos, teniéndolos así de manera legal; sin embargo, si el padre ejecutara acciones de aislarlo, apartarlo, llevárselo sin el consentimiento de la ex cónyuge, obviamente siendo privada de la misma por el accionar antijurídico del otro, no teniendo la intención de devolverlo; realmente será procedente iniciar una investigación por sustracción de menor, para la acción rápida de las autoridades competentes de acuerdo a nuestra legislación, siendo de por sí favorecida a la madre la entrega del menor sustraído.

Sin embargo, sin escapar de nuestra sociedad peruana del día a día, es una realidad ver la existencia de muchas parejas que tienen la condición de convivientes por un determinado tiempo y al decidir darle fin a su relación, es decir romper su unión de hecho por

diversas circunstancias y luego de haber procreado hijos, el cual se da en muchos casos sin pensar en el bienestar de los hijos y que en la mayoría de casos los hijos suelen quedarse bajo el cuidado de la madre por un acuerdo mutuo entre ellos, y que, si bien, la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos padres, pero también es cierto que no siempre es posible que la ejerzan ambos padres sino que ella depende de ciertas eventualidades en que se hallan.

Existiendo en estos casos una Patria Potestad de hecho, sin una sentencia judicial de por medio, siendo común en estas situaciones ya que los padres no tienen la necesidad de recurrir al Órgano Judicial, si pueden desde un primer momento solucionar su problema con un simple acuerdo entre ellos para quedarse con los hijos, sin pensar en el futuro.

Si bien, no existiese un pronunciamiento judicial que señale expresamente a quién corresponde la patria potestad del menor, sin embargo, se entiende como consecuencia y a tenor de la norma contemplada en el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, que les corresponde a ambos padres, sin tomar en cuenta si son casados o convivientes; y que de los derechos-deberes que les otorga la norma a cada progenitor, sin embargo la tenencia es de mutuo acuerdo de ambos padres, de no existir un acuerdo será dictado por un Juez tomando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Entonces, es necesario tener una idea clara acerca de la patria potestad que es un Instituto del Derecho de Familia que tienen un conjunto de obligaciones y derechos a favor del hijo. Por tanto, Cuándo surge en realidad el problema, es la interrogante del presente trabajo de investigación, cuya respuesta estará enfocada al segundo caso el cual es, si se encuentra reconocido por nuestro ordenamiento jurídico la patria potestad de hecho, a efectos de acreditar la tenencia del menor y por tanto iniciar acciones penales sobre delito de Sustracción de Menor en contra del sustractor (padre o madre).

Es necesario señalar que en nuestra actualidad, no es común que luego de una separación de hecho por los convivientes, el inicio de un proceso judicial sobre la declaratoria de la Patria Potestad, en razón que existe la confianza por los padres en que no tendrán impedimentos para con sus hijos; sin embargo, qué sucede si uno de los padres decide “sustraer al menor” y trasladarlo a otro lugar sin el consentimiento de la otra parte, por tanto, estaría incurriendo el sustractor en el delito de Sustracción de menor.

En ese contexto, si bien es cierto el padre afectado con la sustracción del menor puede iniciar un proceso judicial para solicitar la declaratoria de la Patria Potestad del menor, el cual se advierte que solucionaría al problema planteado, pero cuánto tiempo tardará para obtenerlo. Tiempo suficiente que puede suceder muchas situaciones para con el menor, como trasladarlo a otra ciudad, o simplemente y

en los peores de los casos desaparecer sin dejar rastro, y quizá con la única intención de evadir un proceso sobre prestación de alimentos, hecho que podría afectar la situación emocional del menor.

Ante los hechos antes señalados, al iniciarse un proceso de sustracción de menor, se advierte que en el Distrito Judicial de Huancavelica, los señores Fiscales y Jueces realizan una interpretación literal sobre los elementos de configuración del delito de Sustracción de Menor, y que ante la conducta de uno de los padres en sustraer al menor, no se puede accionar penalmente al no contar con una resolución judicial que declara la patria potestad a favor de uno de los progenitores, teniendo como consecuencia el archivamiento de una investigación, hecho que claramente no es nada beneficioso para el padre o madre que ejerce la patria potestad de hecho, el cual es inherente desde el momento en que se efectuó la separación de los padres.

## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema general**

¿De qué manera la interpretación literal efectuada por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica sobre la patria potestad impide la configuración del delito de sustracción de menor?

### **1.2.2. Problemas Específicos**

- ¿Cuáles son los fundamentos del porqué los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica proceden con el archivamiento de los casos sobre sustracción de menor?
- ¿La falta de reconocimiento de la patria potestad de hecho impide la configuración del delito de sustracción de menor?

### **1.3. Objetivos.**

#### **1.3.1. Objetivo General.**

Determinar si la interpretación literal efectuada por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica sobre la patria potestad, impide la configuración del delito de sustracción de menor.

#### **1.3.2. Objetivo: específicos**

- a. Analizar los fundamentos por qué los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, proceden con el archivamiento de los casos sobre sustracción de menor de edad.
- b. Identificar si la falta de reconocimiento de la patria potestad de hecho, impide la configuración del delito de sustracción de menor de edad.

### **1.4. Hipótesis.**

#### **1.4.1. Hipótesis General.**

La interpretación literal de la patria potestad por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, sí impide la configuración del delito de sustracción de menor de edad.

#### **1.4.2. Hipótesis Específica**

- Los fundamentos del porqué los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, archivan los casos de sustracción de menor de edad es la falta de declaración judicial de patria potestad a uno de los padres.
- La falta de reconocimiento de la patria potestad de hecho, sí impide la configuración del delito de sustracción de menor.

## **1.5. Variables.**

### **1.5.1. Variable Independiente.**

- Interpretación Literal de la Patria Potestad por los Fiscales Penales.

### **1.5.2. Variable Dependiente**

- Delito de Sustracción de menor

## **1.6. Justificación e Importancia.**

La presente investigación pretende obtener resultados positivos, reales respecto al delito de sustracción de menores de edad por parte de uno de los progenitores en aquellas familias que sólo fueron constituidas como concubinatos o uniones de hecho, dado que en nuestra realidad día a día existe incrementos de las separaciones de hecho por diversos problemas de estas uniones cuando surgen los problemas de arrebatos de los hijos, sin el consentimiento del quién ejerce la Patria Potestad de hecho de uno de ellos y teniendo el pleno conocimiento e intención, siendo en muchos casos con violencia.

Para ello, desarrollaré contenidos como: la definición de menor por diferentes autores, es fundamental saber cuáles son los parámetros para ser considerado un menor de edad y a quiénes se les considera

menores de edad, otro tema muy fundamental es el Instituto de la Patria Potestad (evolución, tratamiento legal, y otros.), su tratamiento legal en el Código Civil y en el Código de Niños y Adolescentes, por su notable incremento y poco conocimiento al respecto, más aún que, las familias constituidas como uniones de hecho presentan sus propias características y por tanto desconocen las consecuencias que puede traer al momento de su separación y la responsabilidad para con los hijos, ya que sus miembros a menudo deben hacer frente a problemas complejos y sentimientos de elevada intensidad derivados o relacionados a ello.

De la misma forma se realizará un breve análisis del delito de sustracción de menor se encuentra tipificado en el artículo 147° del Código Penal Peruano, cuales son los elementos para su configuración y cuando no se está en este delito, por configurarse la conducta atípica de parte del sujeto activo (padre o madre).

Considero a la vez, que es una configuración delictual no tradicional que cada vez tiene mayor peso en nuestra sociedad. Y que se puede sostener que en los próximos años podría pasar a ser un delito tipificado de manera expresa en nuestro Código Penal Actual Peruano. De ahí la necesidad de brindar información idónea sobre la misma a profesionales y público en general.

Por lo tanto, podemos señalar que el Derecho Penal y el Código de los Niños y del Adolescente en estos últimos años ha evolucionado rápidamente, esto aún no responden frente a los nuevos desafíos socio-culturales y a las crisis de las familias (violencia familiar, tenencia, patria potestad, obligación alimentaria y otros), problemas jurídicos que congelan el conflicto, porque no está capacitada para brindar una solución correcta. Y pese a tener un Código específico que es el Código de los Niños y Adolescentes donde se encuentra enmarcada los derechos de los niños y adolescentes, pero, la compleja realidad de hoy en día y la dinámica familiar, requiere de la inclusión de algunas normas específicas o la ampliación de las existentes, o las modificaciones de las normas ya existentes, que regulen lo que sucede cuando un padre o madre se lleva a los hijos sin tener el consentimiento del padre o madre que el niño está en su cuidado, teniendo en cuenta que existe entre ellos solo la Patria Potestad y Tenencia de hecho a los diferentes aspectos que en ella convergen.

Por otra parte, el tema de sustracción de menor no ha sido muy difundido por la doctrina nacional y menos aún en la Jurisprudencia expedida por nuestros órganos jurisdiccionales supremos y superiores conforme a las indagaciones efectuadas, ya que este delito no se configura en padres separados de unión de hecho, entonces este tema o problema no es recibido en las comisarías, dependencias policiales no son recogidas como denuncias, al ser efectivamente no

considerada un delito, es un tema muy interesante, ya que se trata de un problema actual y latente de nuestra sociedad que debe ser atendido por nuestros legisladores.

La presente investigación busca producir un documento valioso que sirva de base para una nueva bibliografía nacional ante la poca información (doctrina y jurisprudencia) que existe sobre esta materia. Seguro que el producto de éste trabajo investigativo se constituirá en un valioso antecedente de futuras investigaciones que conlleven a estudios de campo que orienten las bases para una reforma legislativa en materia de Derecho Penal y de la mano con el código de los Niños y Adolescentes de los integrantes de una familia de hecho dentro de la ciudad de Huancavelica.

#### **1.7. Viabilidad.**

La presente investigación es viable, toda vez que aún no ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico, tanto doctrinario y jurisprudencialmente el tema de la patria potestad de hecho, así como su interpretación literal por parte de los operadores jurídicos (fiscales penales).

#### **1.8. Limitaciones.**

En el presente trabajo de investigación las dificultades para la elaboración del Proyecto de Tesis son las siguientes:

- Elección del tema fue complicado formular un Título para el presente problema que se tenía para investigar.

- Carencias de fuente de información, medios e instrumentos como textos para el desarrollo de los temas relacionados en la investigación.
- Carencia del desarrollo objetivo de la doctrina sobre el delito de sustracción de menor de edad.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes**

##### **2.1.1. Local y Regional**

El tema materia de investigación, no ha sido desarrollada en la ciudad de Huancavelica, al no haberse encontrado tesis de investigación u otro tipo de trabajo que aborde el tema a desarrollar.

##### **2.1.2. Nacional**

El tema materia de investigación, no ha sido desarrollada a nivel nacional del Estado peruano, al no haberse encontrado tesis de investigación u otro tipo de trabajo que aborde el tema a desarrollar.

##### **2.1.3. Internacional**

**LAURA TORRANO ECHEANDÍA<sup>1</sup>**, Tesista de la Universidad Pública de Navarra, del año 2016, Teniendo como Título “EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980”, para obtener el grado de Master, trazándose como objetivos, llega entre otras a las siguientes conclusiones:

---

<sup>1</sup><http://academicae.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/20513/7246TFGtorrano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, recuperado el 12 de agosto del 2016.

(...) La práctica y el sentido común demuestran que no es beneficioso trasladar a un menor, en pleno desarrollo de su personalidad, de un lugar a otro por una disputa entre progenitores que ya de por sí está afectándole. Por consiguiente, si la justicia no actúa con rapidez, conforme transcurre el tiempo, se produce la integración del niño en un nuevo medio, y estimamos inoportunas las rupturas bruscas con un entorno en el que se ha logrado la adaptación.

**EDITH CARRILLO**, en el año 2011, realizó una investigación que tiene como título: "NIÑAS Y NIÑOS INVOLUCRADOS EN PROCESO DE SUSTRACCIÓN FAMILIAR EN MEXICO", que concluye:

- "Que la problemática de la sustracción familiar está cada vez más presente en nuestros contextos sociales; sin embargo, ha resultado ser poco atendida y reflexionada no sólo porque se considera un problema "privado", sino también porque resultan ser las niñas y los niños los principalmente afectados en este conflicto".
- "Por lo cual resulta claro que en esta pugna poco son tomados en cuenta las niñas y los niños; desde el principio el conflicto obedece a una lucha de poder o a una situación de violencia entre los progenitores y las progenitoras, no al deseo de contar con la custodia de los hijos e hijas. Posteriormente, la situación tampoco se modifica cuando el problema es llevado al ámbito

público, ya que aquí tampoco pesan el interés o bienestar de las niñas y los niños, sino las posibilidades de que los padres y madres tengan acceso a la justicia, así como las concepciones que sobre la familia, la maternidad y la paternidad tengan los funcionarios y funcionarias de la administración pública”.

## **2.2. Bases teóricas.**

Este trabajo de investigación ha sido formulado y estructurado con la única finalidad de brindar un aporte a la comunidad jurídica en general, quienes desde su perspectiva laboral o interés por el conocimiento dedican mayor tiempo al estudio del derecho y en particular a todo lo relacionado con la Familia y los hijos, así como sus consecuencias a nivel penal, con la presente investigación se trata de determinar si los operadores jurídicos tienen conocimiento sobre la importancia por el que debe ser regulada los casos de menores llevados por sus progenitores, sin el consentimiento del otro padre o madre agraviado, que sólo tiene la Patria Potestad de hecho, con la intención de no devolverlos a su lugar de residencia.

Es importante lo indicado ya que permitiría al órgano jurisdiccional resolver con justicia y equidad las situaciones jurídicas de un proceso de sustracción de un menor de edad, con Patria Potestad de hecho por parte de su progenitores.

### **2.2.1. La Patria Potestad**

Etimología de la patria potestad. Etimológicamente el término Patria Potestad, proviene de raíces romanas donde “Patria” alude al Pater

Familia y “Potestad” denota dominio, poder o facultad, que se tiene sobre una cosa. Según el Diccionario de Lengua Española.

- **Evolución Histórica de la Patria Potestad**

De acuerdo a Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE<sup>2</sup>, nos relata la evolución histórica de la Patria Potestad: “En el Derecho Romano, la patria potestad tenía una fundamental diferencia con la institución similar del derecho moderno: no estaba limitada a las relaciones entre los padres y sus hijos menores, sino que era el poder por el jefe de la familia (*paterfamilias*) sobre todas las personas libres que formaban el núcleo familia, sin distinción de edad ni de que hubiesen contraído matrimonio o no; comprendía a todos los descendientes, a las mujeres entradas en la familia mediante el matrimonio *cum manu* y a los adoptados y arrogados”<sup>3</sup>.

El estatus de la mujer no tiene sentido si no es en relación con el hombre. Éste es un dato esencial, aparentemente extraño y paradójico, que nos mostrará sobre qué tipo de sujeto edifica el derecho romano la sexualidad. Un padre de familia (*paterfamilias*) no recibe la calificación de tal por haber engendrado hijos legítimos: se podía tener descendencia sin ser “padre”. A la inversa se permitía llevar a un hombre llevar este título sin haber

---

<sup>2</sup> Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE - Derecho de Familia Tomo II Sociedad Paterno filial.

<sup>3</sup> Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE - Derecho de Familia Tomo II Sociedad Paterno filial. Pp: 85:

engendrado ni adoptado jamás un hijo. Pues según la terminología jurídica, pero también en el uso corriente de las denominaciones y de las formas de tratamiento, se llamaba paterfamilias tan solo al ciudadano que ya no estaba bajo la potestad paterna de ningún ascendiente en línea masculina. En adelante, él mismo ocupaba en esta línea la posición del último grado de ascendencia, ya fuera que su padre hubiera muerto, ya que hubiera sido emancipado por su padre o por su abuelo, que habían roto todo vínculo jurídico de potestad con él; él mismo hallaba –realmente si tenía hijos, y virtualmente si no los tenía- en condiciones de ejercer la patria potestad de padre sobre su descendencia. El acontecimiento jurídico que hace de un hombre romano un pater no es, pues, el nacimiento de un hijo, sino la muerte de su propio pater, a partir de lo cual deja él de ser un hijo. Junto con la herencia, en el instante en que su vida de sobreviviente tomaba el relevo de la del muerto se le concedían sus derechos sobre su descendencia. Sistema perfectamente soldado que no admite ninguna grieta. Pues para que se produjera el relevo era necesario que el vínculo jurídico, vínculo de potestad, no se rompiera, por ejemplo, por una emancipación, una adopción, una reducción a la esclavitud del padre o del hijo, en resumen, por ninguna salida del sucesor fuera de la esfera jurídica potestataria del difunto, antes, hasta e incluso en el momento mismo de su muerte<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE - Derecho de Familia Tomo II Sociedad Paterno filial: Pp. 86-87

En el derecho germánico, la relación paterno-filial difería sustancialmente del sistema romano, pues la potestad paterna se ejercía fundamentalmente bajo el predominio de la idea de la protección del incapaz y cesaba a determinada edad. Tan grande era la diferencia, que Gayo sostenía que los demás pueblos desconocían la patria potestad y Loysel afirmó que no existía en el derecho germánico.<sup>5</sup>

#### - **Antecedentes legislativos en el Perú**

Según Aguilar Saldivar<sup>6</sup>: El primero de noviembre del año próximo pasado (publicado el año 2008) fue publicado en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 29275, LEY QUE PRECISA LOS CASOS DE. PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD - Ley que incorpora el artículo 5° a la Ley 29194. Énfasis y subrayado es nuestro.

Recordemos, que la Ley N° 29194 adicionó un último párrafo al artículo 177° del Código Penal e incorporó el artículo 181-B al mismo cuerpo normativo, además modificó el artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo una nueva causal de suspensión de Patria Potestad; modificó, asimismo, el artículo 471° del Código Civil, referido a la restitución de Patria

---

<sup>5</sup> Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE - Derecho de Familia Tomo II Sociedad Paterno filial. Pp. 89.

<sup>6</sup>[http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension%20de%20la%20patria%20potestad.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/suspension%20de%20la%20patria%20potestad.htm#_ftn1) – recuperado el 12 de agosto de 2016.

Potestad, y se dictaron medidas complementarias sobre suspensión y pérdida de Patria Potestad.

La ley N° 29275, incorpora el artículo 5° a la Ley N° 29194. El artículo citado señala los alcances de la suspensión o pérdida de la patria potestad, y en tal sentido, hace extensivo el efecto a todos los hijos menores de edad de aquella persona que se encuentre procesado o con sentencia condenatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4° de la ley.

#### - **Concepto de la Patria Potestad**

El autor nacional Chirinos Soto, nos dice acerca del concepto de la patria potestad: *“En suma, pues, la patria potestad, es un conjunto de derechos y deberes de los padres frente a sus hijos y se ejercita conjuntamente por ambos cuando son casados y hacen vida familiar. En caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio, la patria potestad lo ejerce el cónyuge a quien el juez ha confiado los hijos. El otro cónyuge queda suspendido de su ejercicio”*<sup>7</sup>.

Tratándose de hijos habidos fuera del matrimonio, la patria potestad lo ejerce el progenitor que los hay reconocido. Si el padre y la madre han hecho el reconocimiento y no hay acuerdo entre ellos, corresponderá la determinación al juez. Cuando el padre y

---

<sup>7</sup> Chirinos Soto, F. (2006). Código Penal. Perú: Rodhas - 3° Edición. Pp. 322.

la madre, ingresan a funcionar los mecanismos previstos por la ley para atender la tutela de menores.<sup>8</sup>

Según Varsi Rospigliosi en su Tratado de Derecho de Familia nos define a la Patria Potestad: Es el poder que tiene el padre con respecto a los hijos (derechos, deberes obligaciones y facultades). La patria potestad está regulada en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes considerándose que a través de ella los padres tienen el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores<sup>9</sup>.

Si bien nos hacen referencia tanto el Código Civil como los diferentes autores que la Patria Potestad consiste en el “deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus menores hijos”, esto quiere decir que la función primordial que tendrán los padres es la protección del menor y de la buena administración de sus bienes, con el fin de cubrirles todas las necesidades de los menores así como de los mayores incapaces.

Palacio Pimentel refiere que de acuerdo al artículo 418° del Código Civil vigente, señala el concepto de la Patria Potestad: “Por la Patria Potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Chirinos Soto, F. (2006). Código Penal. Perú: Rodhas - 3° Edición. Pp322.

<sup>9</sup> Varsi Rospigliosi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Lima - Perú: Gaceta Jurídica - Tomo I. pp. 273.

<sup>10</sup> Palacio Pimentel, G. (1987). Manual de Derecho Civil. Lima - Perú: Huallaga. Pp. 888.

Aguilar Llanos citado por Aguilar Saldivar menciona que: La patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas<sup>11</sup>.

Como nos hace referencia el autor Aguilar Llanos, que los padres tienen la obligación de velar por el desarrollo de sus menores hijos, por la propia naturaleza y lógica tiene esa relación paterno filial, porque simplemente al ser menores no tiene la capacidad plena de ejercicio para realizar por sí mismos actos jurídicos, razón por la cual recae en los padres esa facultad de representarlos.

Varsi Rospigliosi citado por Aguilar Saldivar dice que: Es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella, a tal punto que el término «filiación» implica, de por sí, patria

---

<sup>11</sup> Aguilar Llanos, B. (2008). La familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones Legales. Pp. 305-306.

potestad, ya que ésta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación<sup>12</sup>.

Expone el Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE<sup>13</sup>, que recibe la denominación de: Patria potestad el conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. La denominación es tradicional, proviene del derecho romano, pero en realidad no responde estrictamente a su concepto actual, pues el derecho moderno no la caracteriza simplemente como la autoridad paterna sino como una institución de derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo menor y a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida.

Por tales motivos, algunas legislaciones modernas han intentado sustituir la expresión tradicional por otra más adecuada a su actual contenido, así como a la extensión a la madre de los derechos y

---

<sup>12</sup> Varsi Rospigliosi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Lima - Perú: Gaceta Jurídica - Tomo I. pp. 240.

<sup>13</sup> Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE - Derecho de Familia Tomo II Sociedad Paterno filial. Pp. 90.

deberes que de ella derivan, los cuales originariamente sólo correspondían al padre.

Finalmente el autor Salinas Siccha, menciona que en efecto: Se sostiene que la patria potestad constituye a la vez un derecho y un deber que la naturaleza y la ley reconoce a los padres de cuidar la persona y los bienes de sus hijos menores de edad. Incluso, seguramente para evitar disquisiciones antojadizas el legislador nacional ha recogido el concepto en el artículo 418° del Código Civil. En aquel dispositivo se establece claramente que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Se afirma, asimismo, que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de separación o divorcio de los padres, la patria potestad la ejerce aquel cónyuge a quien se le confió los hijos, mientras que al otro se le suspende su ejercicio. En tanto, que si se trata de hijo extramatrimonial, la patria potestad la ejerce el padre que reconoció al menor; si ambos lo reconocen el juez de familia decidirá<sup>14</sup>.

Es importante resaltar que esta Institución de la Patria Potestad tiene relevancia constitucional en su artículo 6° que literalmente

---

<sup>14</sup> Salinas Siccha, R. (2013). Derecho Penal - Parte Especial. Lima - Perú: GRIJLEY - 5° Edición.

nos dice: *“Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.”*, claramente nos da a entender que son los padres quienes deben tutelar tanto en lo personal como en lo patrimonial, y del mismo modo los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus progenitores.

#### - **Titularidad y Ejercicio de la Patria Potestad**

Nos da a conocer la diferencia que existe según Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE<sup>15</sup>: “La diferencia entre estos dos conceptos no parece fácilmente precisable. Sin embargo, es posible advertir que la titularidad es el conjunto de los derechos y deberes, que, en principio, corresponden a ambos padres e independientemente, el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde, en unos casos, a uno u otro o ambos progenitores. De manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio. Por ejemplo en el caso en que hallándose separados los padres, el ejercicio lo detenta la madre con quien convive el menor”.

##### a. **Características**

Las características según Aguilar Saldivar, que tiene la Patria Potestad son:

---

<sup>15</sup> Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE - Derecho de Familia Tomo II Sociedad Paterno filial. Pp. 91.

- Es un derecho subjetivo familiar, que importa relaciones jurídicas recíprocas de padres a hijos y viceversa. Impone deberes y derechos entre unos y otros. De hecho, por su naturaleza la patria potestad no alcanza a los ascendientes, ni parientes colaterales. Cualquier otra persona que cuide de un menor de edad, lo hará a título de tutor.
- Se regula por normas de orden público, ya que de por medio está el interés social.
- Es una relación de autoridad de los padres, debido al vínculo de subordinación de los hijos con respecto a aquellos.

Con respecto a esta característica, nos dice que es una "autoridad de los padres", siendo ejercida por ambos padres, tenemos que aclarar en tres situaciones: primero.- cuando deriva de un vínculo matrimonial, corresponde a los padres ejercer la Patria Potestad; segundo.- cuando deriva de una relación extramatrimonial, nos remitimos al *artículo 421°.- "La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido"*; siendo el caso que *"Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor"* y en el tercer caso.- cuando los hijos son adoptados se ejercerá la Patria Potestad por, quién efectuó la adopción.

- Tiene finalidad tuitiva, en tanto está dirigido a la protección y defensa de los hijos, y del patrimonio de estos.
- Es intransmisible, no es posible, por tanto, que los padres deleguen los deberes que les impone la patria potestad sobre sus hijos.
- Es imprescriptible, irrenunciable e indisponible.
- Es temporal, ya que puede restringirse, suspenderse o extinguirse. Está sometida, según Suárez Franco, *a la mayoría de edad de edad del hijo, luego a la vida del padre y de la madre, a la emancipación del hijo y, por último, a una decisión judicial.*
- Es una facultad que está regulada por la ley, por lo que su carácter no es absoluto, sino que se rige por aquella. En tanto sus normas son de orden público y rango constitucional, no es posible pactar contra ellas, cualquier pacto que contravenga su naturaleza sería nulo y no produciría efecto alguno.

#### - **Objetivo de la Patria Potestad**

Nos dice Oré Chávez, que: La Patria Potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades, de allí que como diga Cornejo Chávez, se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que “no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Oré Chávez, I. (29 de febrero de 2012). Derecho en general. Recuperado el 31 de agosto de 2016, de Patria Potestad. Pp. 177.

Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integralidad de la vida de los hijos, sea aquella sicosomática (salud, educación), social (recreo, diversión) y patrimonial (pecuniaria).

Por su parte, Zannoni, citando a Cafferata, citados por Oré Chávez señala: La Patria Potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar". En otras palabras, la Patria Potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia<sup>17</sup>.

### **2.2.2. SUSTRACCIÓN DE MENOR**

#### **- Antecedentes Históricos**

A decir de Gutiérrez Cabello: "En el Derecho Romano: El delito de sustracción de menores no fue expresa en el Derecho Romano, sino que se le confundió con otras figuras delictivas contra la libertad personal, que comprendía el hurto y en otras el plagio, también se establecieron leyes especiales en las que castigaba la privación ilegal de libertad"<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Oré Chávez, I. (29 de febrero de 2012). Derecho en general. Recuperado el 31 de agosto de 2016, de Patria Potestad. Pp. 682.

<sup>18</sup> Gutiérrez Cabello, L. (1976). Plagio y sustracción de menores. Chile.

En la Legislación Española: En el siglo VII durante el reinado de la monarquía Goda, surge en la legislación española disposiciones que penalizaban los delitos contra la libertad en el llamado fuero juzgo. En el Código español de 1850, se dieron grandes avances con la dictación de un nuevo cuerpo legal, el cual sirvió de base en las discusiones del proyecto del actual Código chileno. El delito de sustracción de menores se encontraba en el art. 408° del Código Español que señalaba: “La sustracción de un menor de 7 años será castigada con la pena de cadena temporal”. Tal disposición fue la base del art. 142 del Código chileno.

- **Concepto**

El delito de “sustracción del menor”, en la doctrina nacional y comparada, en la judicatura nacional y en el ámbito de la enseñanza jurídica se encuentra limitada a una breve referencia, tan breve que prácticamente pasa desapercibida<sup>19</sup>. Situación que prácticamente ha perjudicado su desarrollo como tipo penal, tanto doctrinario como jurisdiccional, al no haber estado acorde a la evolución de los conceptos manejados en el ámbito tutelar familiar. Por lo que no basaremos en las definiciones realizadas por la doctrina y jurisprudencia actual.

---

<sup>19</sup> BERMUDEZ TAPIA, Manuel. Análisis Objetivo del Delito de Sustracción de Menores en el Código Penal. Pp. 1.

Según el Código Penal peruano en su artículo 147°, que literalmente prescribe: El que mediando relación, parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa, entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será, reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquéllos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.

Para Salinas Siccha, la sustracción de menor es: La primera conducta punible que tipifica el tipo penal del artículo 147° es conocida propiamente como la sustracción del menor de quién ejerce legítimamente el derecho de la patria potestad. Bramont-Arias<sup>20</sup>, comenta tanto el Código Penal derogado, enseñaba que *sustraer* significa trasladar al menor a un lugar distinto de aquel en que se encuentra bajo el amparo de sus padres, guardadores o encargados de su custodia. La esfera de custodia puede emanar de una situación de hecho o de derecho (padres, tutores, maestros, simples cuidadores temporarios). La acción queda cumplida con el solo acto de sustraer al menor de quien tiene la patria potestad, sin que sea necesario actos posteriores<sup>21</sup>.

En tanto Roy Freyre<sup>22</sup>, también comentando el Código Penal de 1924 y citando al italiano Maggiore, alegaba que el verbo sustraer

---

<sup>20</sup> BRAMONT-ARIAS, 1990d, p. 52.

<sup>21</sup> Salinas Siccha, R. (2013). Derecho Penal - Parte Especial. Lima - Perú: GRIJLEY - 5° Edición. Pp. 432.

<sup>22</sup> ROY FREYRE, 1975, p. 236

indica la acción material de apartar, extraer o separar a un menor del ámbito de vigilancia de quien tiene legítimamente su custodia. Es decir, supone que el sujeto pasivo es trasladado del lugar donde se halla sometido a la patria potestad, tutela, vigilancia o cuidado (casa, colegio, oficina, escuela, calle), a un lugar distinto donde se le retiene. El tiempo que dure la sustracción no tiene mayor importancia a efectos de la configuración del delito, puede ser breve o largo, lo que interesará determinar al juzgador será si efectivamente el menor ha sido sustraído de la esfera de influencia de quien tiene su vigilancia.

(...) El injusto penal de sustracción de menor se perfecciona cuando el sujeto activo que necesariamente debe ser pariente del sujeto pasivo, traslada a este del lugar donde se encuentra bajo la patria potestad de sus padres a otro lugar diferente o distinto. Bramont-Arias Torres y García Cantizano<sup>23</sup> indican que se entiende por *sustraer* toda acción destinada a apartar o separar a un menor de quien ejerce la patria potestad, realizada mediante el traslado del menor a un lugar distinto de aquel en el que se encuentra bajo el amparo de los que ejercen la patria potestad.

#### - **Acción Típica del delito de Sustracción de Menor**

El delito es aquel comportamiento del ser humano que vulnera un bien jurídico protegido por la Ley Penal, siendo una acción u omisión típica, antijurídica, y culpable.

---

<sup>23</sup> BRAMONT-ARIAS/TORRES GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 172.

Carlos Creus menciona acerca de la acción típica de sustracción como: "En la sustracción, el agente se apodera de la persona del menor, despojando de él a quién lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia, logrando que el mismo menor se aparte (...) impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la tenencia del menor cuando aquélla se ha interrumpido por cualquier causa. (...). Con relación al menor el consentimiento es irrelevante- pero, con referencia a la persona a quien se despoja de la tenencia, esos medios tienen que implicar la ausencia de su consentimiento, por lo cual el uso de medios coactivos o engañosos será indispensable cuando la sustracción no se haya perpetrado en ausencia de aquélla<sup>24</sup>.

Politoff, Matus, & Ramírez, citado por Escobar Veas, sostienen, al respecto, que "sustraer significa básicamente sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba"<sup>25</sup>.

Zenteno citado por Escobar Veas entiende que la acción típica consiste en "apartar al menor de la esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente,

---

<sup>24</sup> Creus, C. (1998). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires - Argentina: Astrea. Pp. 318.

<sup>25</sup> Politoff, S., Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2006). Lecciones de Derecho Penal. Santiago - Chile: Jurídica de Chile. Pp. 174.

y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho (padres, guardadores, maestros, niñeras, etc.<sup>26</sup>

- **Bien Jurídico Protegido.**

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

Héctor Cornejo Chávez, señala que: "Al confiar a ciertas personas el amparo de los menores, se ha limitado a gobernar un fenómeno que viene impuesto por la misma naturaleza. Esta indica a los padres como las personas a quienes corresponde tal función, si bien moderadamente, algunas tendencias, más político-sociales, que jurídicas propugnan la idea de que dicha función compete al Estado."<sup>27</sup>

El bien jurídico según Garrido Montt menciona que: El interés jurídico relevante en este delito es, en substancia, la libertad del menor, (...) que el bien jurídico protegido en estos casos es el ámbito de protección del menor, porque la situación normal y en

---

<sup>26</sup> Zenteno, J. (1984). Modificaciones al Código Penal 1979 - 1983, Modificaciones Legales del Quinquenio 1979 - 1983. Santiago - Chile. Pp. 255.

<sup>27</sup> Cornejo Chávez, H. (1987). Derecho Familiar Peruano. Lima - Perú. Pp. 321-322.

que mayoritariamente se encuentran los menores es la de estar bajo el cuidado de otra persona, sean sus padres o guardadores. (...) por el de "sustraer", que importa arrebatarse o sacar a un niño de la esfera de custodia en la que se encuentra.<sup>28</sup>

- **Tipicidad Objetiva**

El sujeto activo es el pariente. Incluyéndose a los padres privados del ejercicio de la patria potestad el sujeto pasivo es el que ejerce la patria potestad y el menor de edad. La conducta típica consiste en sustraer al sujeto pasivo o rehusar entregarlo a quien ejerce la patria potestad sobre este.

El tipo Objetivo en aquellos delitos dolosos será siempre el Dolo.

De acuerdo a Salinas Siccha, nos da a conocer acerca de la tipicidad objetiva del delito a tratar: De la lectura del tipo penal se desprende que encierra dos conductas delictivas debidamente diferenciadas, aún cuando el único bien jurídico que se lesiona es la patria potestad. En efecto, se evidencian dos conductas las mismas que se etiquetan como sustraer a un menor de edad de

---

<sup>28</sup> Garrido Montt, M. (2010). Derecho Penal Parte Especial. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Pp. 396.

quien ejerce la patria potestad y rehusar entregar a un menor de edad a quien ejerce la patria potestad.<sup>29</sup>

Carrara F. señaló que: El delito de sustracción de menores en el apartado de los "Delitos contra la Familia", entendiendo que el bien jurídico lesionado son los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, y no la libertad personal del menor, ni siquiera su seguridad individual<sup>30</sup>.

Quiere decir que la esencia del delito está en la sustracción del menor, y no en las otras dos conductas que requieren, como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concurra se requiere que el hecho se produzca mediante sustracción, que la persona sustraída sea un menor y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño (padres, tutores o encargados), es decir que no exista consentimiento por parte de las mismas<sup>31</sup>, lo que lleva a decir a Núñez que se trata del robo de un niño<sup>32</sup>.

- **Tipicidad Subjetiva.**

E. Donna define a la tipicidad subjetiva: "Nos encontramos frente a un delito doloso, que consiste en sustraer con la intención de

---

<sup>29</sup> Salinas Siccha, R. (2013). Derecho Penal - Parte Especial. Lima - Perú: GRIJLEY - 5° Edición. Pp.432.

<sup>30</sup> Carrara, F. (1978). Programa de Derecho Criminal - Parte Especial. Buenos Aires - Argentina. Pp. 447 y ss.

<sup>31</sup> MORENO, El Código Penal y sus antecedentes cit.. t. IV, p. 387.

<sup>32</sup> Núñez, Ricardo C. Tratado de Derecho Penal, 2da Edición, Lerner, Córdoba, 1988, T. III, Vol. II, p. 60.

quitar la tenencia del menor. De modo que si el autor tiene otras intenciones, el tipo penal se desplaza según sea la intención. Sería el caso de la extorsión, miras deshonestas, etc"<sup>33</sup>.

A decir de Estrella y Godoy Lemos, citando entre otros a González Honra y Díaz, citados por Donna, sostienen que cuando el móvil es "justo y honorable", como el de arrancar al menor de malos tratamientos, a fin de evitar un mal inminente y grave, ello quita al hecho su "carácter delictuoso"<sup>34</sup>.

Por su parte Garrido Montt, señala que la tipicidad subjetiva es: El secuestro subjetivamente puede cometerse con dolo directo o eventual, salvo en las alternativas donde el actuar del agente va acompañado de un elemento subjetivo del tipo, o su conducta conforma un delito complejo (con homicidio, violación, etc.), situaciones ambas que suponen dolo directo, el dolo eventual queda descartado<sup>35</sup>.

## - **Sujeto**

### **a) Sujeto activo**

Puede ser cualquier persona. Se discute, sin embargo, si comete este delito el padre o la madre del menor que lo sustrae de la tenencia que legítimamente ejercía el otro cónyuge o un tercero

---

<sup>33</sup> Donna, E. (2001). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal Culzoni. Pp. 219.

<sup>34</sup> ESTRELLA Y GODOY LEMOS, Código Penal Comentado Ts. I y II, p. 143.

<sup>35</sup> Garrido Montt, M. (2010). Derecho Penal Parte Especial. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Pp. 399.

por él; la doctrina y la jurisprudencia argentinas han negado que esas personas pudieran ser autores del delito, apoyándose en que éste es una pura ofensa a los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda, aunque puedan constituir otros delitos (como el de desobediencia); sin embargo, la actitud del padre que así procede vulnera la libertad del ejercicio de esos derechos, por lo cual aquella solución no es del todo coherente con la inclusión del tipo en los delitos contra la libertad<sup>36</sup>.

#### **b) Sujeto Pasivo**

Ofendido por el delito es el que legítimamente ejerce la tenencia del menor de la que es despojado. La legitimidad de la tenencia puede estar fundada en un derecho reconocido legalmente (patria potestad), en un acto voluntario por quién tiene potestad para producirlo (tutela dativa), en una sentencia que lo haya conferido (entrega de la guarda) o en un hecho no contrario a la ley (...) <sup>37</sup>.

Nos narra Garrido Montt, de acuerdo al sujeto activo y pasivo de la sustracción: El sujeto pasivo necesariamente debe ser *un menor de edad*, y en el sistema nacional lo es aquel que no ha cumplido dieciocho años. (...). El legislador no hizo exigencias respecto del sujeto activo, no requiere tener características

---

<sup>36</sup> Creus, C. (1998). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires - Argentina: Astrea. Pp. 319.

<sup>37</sup> Creus, C. (1998). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires - Argentina: Astrea. Pp. 310-320.

especiales, sin embargo es útil tener en cuenta que si es un funcionario público quién realiza esta conducta durante el ejercicio de sus funciones, puede incurrir en el delito de detención ilegítima<sup>38</sup>.

La doctrina mayoritaria ha sostenido que el sujeto ofendido por el delito es el que tiene legítimamente la tenencia del menor que es despojado. Esta tenencia se obtiene en un derecho legalmente reconocido (patria potestad), en un acto voluntario, por quien tiene potestad para producirlo (tutela dativa), en una sentencia, también puede ser la ley, directa o indirectamente, como ser en la adopción<sup>39</sup>.

La importancia de determinar quién tiene la tenencia del menor surge debido a que, como se trata de una especie de robo, si no hay sujeto pasivo que tenga la tenencia, no se da el tipo penal<sup>40</sup>.

#### - **Consumación y Tentativa**

Para Carbonel Mateu & Gonzáles Chusca, reflexiona: "Este delito se consuma, en el caso de la sustracción con el desplazamiento del menor. Se admite la tentativa. En cuanto al rehusamiento se consuma con la omisión. No se admite la tentativa".<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Garrido Montt, M. (2010). Derecho Penal Parte Especial. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Pp. 318.

<sup>39</sup> NÚÑEZ, ob, cit, T. V. ps. 62-63; CREUS, ob, cit, T. I. p. 343; MORENO, ob, cit, T. IV. p. 388.

<sup>40</sup> CREUS, ob, cit, p. 343.

<sup>41</sup> Carbonell Mateu, J., & Gonzáles Chusca, J. (s.f.). Derecho Penal Parte Especial. Pp. 71.

Quiere decir que en este tipo de delitos, es idéntico al delito de hurto, el delito se consuma tanto con el apoderamiento del autor como con el desapoderamiento al legítimo tenedor del menor o también cuando se impide la relación interrumpida. Sin embargo, Creus C. sostiene que aunque el sujeto activo no haya consolidado la tenencia, también se consuma el hecho<sup>42</sup>. También se produce la consumación del delito cuando se realizan los actos de retención u ocultamiento del menor ya sustraído por otra persona.

Consecuentemente, resulta admisible la tentativa.

#### - **La Pena**

El Código Penal peruano, en su artículo 147° señala: *“El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”*

*La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad”.*<sup>43</sup>

### **2.2.3. Interpretación Jurídica**

<sup>42</sup> Conf. CREUS p. 389.

<sup>43</sup> Texto Original: Artículo 147°.- El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quién ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayo de dos años. Artículo modificado por el artículo 1°, inciso a) de la Ley N° 28760, publicada el 14-06-2006.

A nadie escapa que el derecho como sistema orgánico de normas jurídicas positivas, adquiere concreción en su verbalización, en su textualización, en buena cuenta, en su encarnación lingüística. La ley está hecha de palabras, y tan importantes han llegado a ser para alguna concepción teórica de lo jurídico, que se le ha asignado al operador judicial el jugar el rol de "ser inanimado que repite las palabras de la ley".

La naturaleza lingüística del derecho no ha estado ausente de críticas. Se ha dicho, por ejemplo, que el empleo del sentido común de las palabras ordinarias del lenguaje, introduce un conjunto de problemas de interpretación para los técnicos legales. Problemas referidos a categorías como la vaguedad y la ambigüedad. Dichos problemas de interpretación podrían resolverse, sostienen algunas corrientes teóricas, a partir de una técnica legislativa que emplee un lenguaje legal igualmente técnico, un lenguaje inventado por abogados para los diversos integrantes de la profesión jurídica, un lenguaje, en fin, que sea suficientemente disciplinar. Sin embargo, estas tentativas de "tecnificación del lenguaje legal" usualmente han fracasado, al menos en el ámbito de la legislación. Y tales tropiezos se deben a una irrevocable vocación del derecho por normar conductas sociales, las mismas que son realizadas por una ciudadanía sin mayor formación en cuestiones legales. En la medida en que el objeto del derecho sea tal, y que su vocación sea performativa,

esto es, que sus disposiciones sean cumplidas por la mayor cantidad de personas que integran una comunidad dada, se plantea una relación inversamente proporcional: a mayor tecnificación del lenguaje de la ley, menor comprensión y acatamiento social, a menor tecnificación, mayores posibilidades de comprensión y cumplimiento de la ley<sup>44</sup>.

La característica que sin duda define y diferencia la interpretación jurídica de la interpretación de cualquier otro texto escrito es precisamente que la interpretación jurídica no se concibe sino es dentro del marco de la aplicación de la norma, y recobra mayor sentido cuando más singular y concreto es ese marco de aplicación, donde sin duda destaca la interpretación judicial<sup>45</sup>.

#### **A. Teoría Subjetiva de la Interpretación**

En este caso, la interpretación, más que buscar y descubrir el sentido expresado en un texto jurídico, lo que persigue es indagar lo realmente querido por el autor del texto -el legislador-. La voluntad del legislador (*volutas legislatoris*) se convierte así en el objetivo principal del intérprete.

Así la entienden algunos autores partidarios de esta teoría, como es el caso de Windscheid, para quien la interpretación de la ley ha

---

<sup>44</sup> Ricardo León Pastor LL.M. Sobre la Interpretación Jurídica – Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 1

<sup>45</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 189.

de constatar aquel sentido que el legislador otorgó a las palabras por él usadas; de ahí que el intérprete deba colocarse en la situación del legislador y lleve a cabo sus ideas, teniendo en cuenta la situación jurídica existente en el momento de la promulgación y el fin perseguido por el legislador.

Este modelo interpretativo es propio de los regímenes absolutistas, cuyo celo por defender el poder de legislar les lleva a mostrarse celosos con cualquier modelo interpretativo que suponga atribuir carácter creativo a la función judicial.

Razones políticas entremezcladas con principios doctrinales e ideológicos -desde los cuales se defiende la plenitud del "ordenamiento jurídico" y sobre todo que las leyes son siempre razonables, justas, claras y fáciles de entender- son las que abogan por este tipo de interpretación subjetiva<sup>46</sup>.

Dentro de este contexto, tienen perfecto sentido algunas expresiones, de autores como Voltaire, según las cuales "no hay cosa más peligrosa que aquel axioma de que es necesario comentar el espíritu de la ley", "que los jueces deben ser los primeros esclavos de la ley y no los árbitros", "que la libertad

---

<sup>46</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 190.

consiste en depender tan sólo de la ley", o que la "aplicación del Derecho se concreta en un mero proceso lógico-deductivo"<sup>47</sup>.

Sin embargo, hoy día esta teoría subjetiva es fuertemente rechazada, entre otras consideraciones, porque se entienden totalmente falsos o ideológicos los presupuestos en los que se fundamenta:

- Hoy día no se puede admitir que la ley sea siempre expresión de criterios racionales y de justicia, sino que en muchos casos es una manifestación de poder, cuyo único objetivo es la defensa de unos intereses económicos, políticos e ideológicos.
  
- Una vez que el precepto jurídico es promulgado, se convierte en expresión objetivada de un sentido que se independiza de la voluntad del legislador, en un proceso abierto que se concretiza en función de unas circunstancias concretas.
  
- Por otra parte, el entender la interpretación como una función meramente reproductiva de la voluntad del legislador, sin ningún tipo de intromisión subjetiva del intérprete, es algo totalmente ideológico por cuanto falsea y encubre la auténtica realidad que es muy distinta. En la actualidad, somos conscientes de que toda interpretación comporta siempre un aspecto valorativo que

---

<sup>47</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 191.

inevitablemente conlleva una intromisión de aspectos subjetivos del operador jurídico y en concreto el juez.

## **B. Teoría Objetiva de la Interpretación**

Los partidarios de esta teoría entienden que el objetivo principal de la actividad interpretativa no es ya la "voluntad del legislador", sino la "voluntad de la ley" (*volutas legis*)<sup>48</sup>.

Se entiende que la ley, una vez promulgada, como cualquier otra palabra escrita o hablada, adquiere tal autonomía e independencia con respecto al legislador que incluso puede adoptar significados en los que el legislador ni siquiera ha pensado. Lo jurídicamente decisivo no es el significado tenido en cuenta por el legislador sino el significado "objetivo" inmanente en la ley. Lo que sucede es que ese significado no se nos presenta como un todo cerrado y definitivo, sino más bien como un proceso abierto susceptible de una concreción en función de las circunstancias y necesidades sociales que en cada momento se afronten<sup>49</sup>.

## **C. Clases de Interpretación Jurídica**

### **- Interpretación Auténtica**

Sería aquella realizada por el autor del precepto jurídico, es decir, por el propio legislador. A primera vista, parece lógico que nadie mejor que el autor de una norma jurídica sabe cuál es el sentido

---

<sup>48</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 194.

<sup>49</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 194.

de la misma, lo que quiso decir y la finalidad que con ella pretendía. En este sentido, se dice que es la "auténtica", es decir, la que mejor recoge la voluntad de quien la creó. Y así sería si efectivamente se tratase, de acuerdo con la teoría subjetiva de la interpretación, de descubrir la voluntas legislatoris y no la voluntas legis<sup>50</sup>.

No obstante, creo que hay razones para pensar que el legislador no es "el mejor" intérprete y que tal vez no debiéramos darle el calificativo de "auténtica". Y ello no solamente por lo anteriormente apuntado a favor de la teoría objetiva de la interpretación, sino también y sobre todo porque, como ya hemos visto, la interpretación jurídica no tiene sentido si no es en función de las características particulares del caso concreto, en base a las cuales se cierra el "proceso abierto" en que consiste la norma jurídica<sup>51</sup>.

La interpretación hecha por el legislador lógicamente tiene siempre un cierto carácter de abstracción y de generalidad, y en este sentido funcionaría como un precepto jurídico más, que sería preciso a su vez interpretar en cada caso concreto y singular. Aun suponiendo que la interpretación del legislador se realizase para cada caso y en función de las características del mismo,

---

<sup>50</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 196.

<sup>51</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 197.

adolecería de importantes defectos que no la harían aconsejable: porque el acto interpretativo podría enmascarar un verdadero "acto legislativo", el cual al producirse a posteriori podría atentar a principios fundamentales del derecho, como sería el de *nullum crimen nulla pena sine lege* previa, y supondría suplantar la función judicial por parte del legislador, so pretexto de que quien hizo la norma es quien mejor la conoce y la interpreta.

- **Interpretación jurisprudencial**

Sería aquella interpretación hecha por los tribunales, y en concreto por los jueces, que son quienes, a mi juicio, reúnen las condiciones óptimas para adaptar la generalidad de la norma al caso concreto, en orden a alcanzar una decisión equitativa y justa: 1) porque son quienes están obligados a decidir; 2) porque son quienes mejor conocen la singularidad del conflicto, y 3) porque se sitúan en un plano externo al del propio legislador y, en consecuencia, al margen de los posibles intereses ideológicos o de otro tipo que éste pudiera tener<sup>52</sup>.

La interpretación jurisprudencial debiera, pues, ser denominada la "interpretación auténtica", tal como hace, aunque desde otros presupuestos, Kelsen. Según este autor, caben múltiples interpretaciones de una norma jurídica, y todas ellas pueden ser igualmente correctas, a la vista de las cuales el juez decidirá,

---

<sup>52</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 198.

desde criterios exclusivamente voluntaristas, cuál de ellas va a ser la auténtica al convertirse en precepto jurídico, es decir, en sentencia o decisión judicial.

- **Interpretación doctrinal**

Sería aquella interpretación realizada por la doctrina en general al abordar el estudio teórico de los preceptos jurídicos y de los problemas que éstos pudiesen presentar a la hora de su aplicación concreta<sup>53</sup>.

Aunque este tipo de interpretación en principio puede adolecer de ciertos defectos ya apuntados, derivados de su carácter teórico y general, no obstante, desde el conocimiento jurídico global del Derecho ya producido, puede servir de gran utilidad como criterio orientativo a los operadores jurídicos. Por otra parte, una vez producido el fallo, es decir, la interpretación judicial, la labor doctrinal puede desempeñar una función crítica que sin duda ayudará a una mejor comprensión del precepto jurídico en posteriores interpretaciones<sup>54</sup>.

#### **2.2.4. Sustracción de Menor en el Derecho Comparado**

##### **A. Legislación Argentina**

Regulado en el artículo 146° del Código Penal: "*Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un*

---

<sup>53</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 198.

<sup>54</sup> Martínez y Fernández "La interpretación Jurídica", Profesor de la Academia de la Magistratura. Pp. 198.

*menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare*<sup>55</sup>.

La acción de sustraer consiste en despojarlo de quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia. Retener en cambio es guardar al menor sustraído y ocultar es esconderlo impidiendo conocer su ubicación por parte del legítimo tenedor, esto de acuerdo (Creus & Buompadre, Tomo I).

Los mismos autores enseñan que sujeto activo del delito puede ser cualquier persona entre los que cabe mencionar a uno de los padres, sencillamente porque el tipo penal no excluye esa posibilidad al no contener ninguna exigencia respecto del autor.

En ese sentido, la conducta de un progenitor que sustrae al niño contra la voluntad del otro que ejerce la tenencia legítima, no se encuentra amparada por el instituto de la patria potestad sino que constituye un ataque al mismo al afectar su libre ejercicio por el otro progenitor. El progenitor que no posee la tenencia material de sus hijos y los sustrae de quien sí la tiene, no está ejerciendo legítimamente sus derechos sino que con su acción impide el libre ejercicio de esos derechos-deberes a quien la detenta.

---

<sup>55</sup> <http://www.saij.gob.ar/11179-nacional-codigo-penal-lns0002677-1984-12-21/123456789-0abc-defg-g77-62000scanyel?#10146>.

## **B. Legislación Mexicana/Estado de Veracruz.**

El precepto legal vigente dice: "Artículo 206. *"Al familiar de un menor de doce años de edad o de un incapacitado de comprender, o al que por instrucciones de aquél lo sustraiga de la custodia o guarda de quien la tenga de hecho o por derecho, o bien lo retenga sin la voluntad de éste, se le impondrán de uno a seis años de prisión y multa hasta de cuarenta veces el salario mínimo"*.

Como se advierte, el texto actual establece que para que se actualice el delito en mención, no se requiere que el sujeto pasivo u ofendido deba tener la custodia o guarda del menor legítimamente y menos que sea necesario un mandamiento judicial, sino basta que esa custodia o guarda se tenga de hecho o por derecho<sup>56</sup>.

En ese sentido (Primera Sala, s.f.) Manifiesta que: "La legislación civil del Estado de Veracruz señala que, en el caso de menores habidos fuera del matrimonio, la tutela, la guarda y la custodia de los mismos la ejercerán ambos amasios si viviesen juntos, o cualquiera de ellos si viven separados de común acuerdo, y que en caso de diferencia de criterio procederá la decisión del Juez Civil y de esta manera quedará legitimada la guarda, custodia y tutela de los menores. Pero tratándose del derecho penal debe

---

<sup>56</sup> <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/906/906822.pdf>.

entenderse que, independientemente de lo antes dicho, lo que se tutela es el hecho y la circunstancia de que quien esté ejerciendo la custodia del menor, la continúe hasta en tanto no se dirima civilmente si procede o no la pérdida de esa custodia; en otras palabras, si alguien cree tener el derecho a que su menor hijo viva con él y a privar de ese derecho a su amasia, no debe ejercer una decisión unilateral, sino que debe acudir a los tribunales civiles para que en forma legítima y conforme a derecho se decida a cuál de los dos padres le corresponde la custodia del menor; pero si en el caso, el inculpado sustrajo de la guarda de la madre al menor y se niega a devolverlo a ésta, con quien el dicho menor ha estado viviendo desde su nacimiento hasta la fecha en que su padre lo llevó con él, resulta que se tipifica el delito de sustracción de menores previsto en el artículo 206 del Código Penal de la misma entidad. Es importante hacer notar que el artículo 206 establece dos hipótesis del ilícito: una, cuando el activo sustrae al menor sin la autorización de quien tenía de hecho la custodia de ese menor y la segunda, cuando habiendo recibido al menor, contando con la voluntad de su madre, posteriormente se niega a devolverlo"<sup>57</sup>.

### **C. Legislación Colombiana**

De acuerdo al artículo 230 – A: *“El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de*

---

<sup>57</sup> <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/906/906822.pdf>.

*custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes”<sup>58</sup>.*

De lo señalado anteriormente, se observa que el delito de sustracción de menor es un tipo penal pluriofensivo puesto que atenta contra la libertad individual y la familia aunque este último “(...) no se acomoda al marco conceptual de lo entendido por bien jurídico - pese a lo sostenido por la Corte Constitucional -, ya que en sí carece de contenido valorativo: es, más bien, un soporte o receptáculo de intereses, que su estructura debe custodiar y preservar para su propia subsistencia y de la sociedad en general, que se reflejan en el afianzamiento que sus integrantes poseen, merced a las expectativas que en torno suyo de crean, en ámbitos de competencia delineados por los encargados que se les confieren (...)” José Guillermo F. Torres Pág. 487. En suma se debe entrar a individualizar las obligaciones legales que tiene cada miembro del núcleo familiar (Las obligaciones de los padres para con los hijos y viceversa) y poder así determinar cuál es el bien ajeno jurídicamente tutelado que se está vulnerando dentro de la familia.

#### **2.2.5. Tenencia o Custodia**

---

<sup>58</sup> <http://tituloviipenalespecialuno.blogspot.pe/2014/01/articulo-230a-ejercicio-arbitrario-de.html>.

Varsi Rospigliosi, menciona que: "Es la institución por la que se legitima la posesión que tiene un padre con respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho. Este no vendría a ser un derecho del padre sino un derecho del hijo de contar con un protector adecuado (que cumpla con los requisitos). En todo proceso de tenencia debe de fallarse el régimen de visitas que tendrá la otra parte (restringida de la tenencia)"<sup>59</sup>.

El artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes - Ley N° 27337, señala que: " Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente."

El Ministerio Público - Fiscalía de la Nación, en su Manual de Derecho de Familia, define: *La tenencia es uno de los atributos de la patria potestad que comprende el derecho-deber de los padres de hacerse cargo del cuidado personal de sus hijos. Sin embargo,*

---

<sup>59</sup> Varsi Rospigliosi, E. (2004). Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Lima: Grijley. Pp.

*además debe considerarse como el derecho del hijo de vivir con el padre que mejor asegure su formación y desarrollo.*<sup>60</sup>

Asimismo, tenemos el artículo 423° del Código Civil y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo esta última norma, la que precisó sutilmente a los incisos señalados anteriormente en el artículo 423 del Código Civil, además de agregar el deber de velar por el desarrollo integral del menor, de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a. Velar por su desarrollo integral;
- b. Proveer su sostenimiento y educación;
- c. Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
- d. Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
- e. Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;

---

<sup>60</sup> [http://www.mpfjn.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/38\\_manual\\_familia.pdf](http://www.mpfjn.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/38_manual_familia.pdf)

- g. Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h. Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y,
- i. Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.

De ahí que podamos concluir que la figura de la Patria Potestad es una institución que impone a los padres deberes y derechos a efectos de cuidar y proteger a los hijos menores de edad.

Respecto de dichos derechos y deberes encontramos al derecho de Tenencia que es materia de comentario en el presente artículo, el cual está señalado en el literal e) que se refiere a tener a los hijos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, este inciso se refiere al derecho exclusivo de los padres a hacer vida en común con sus hijos, es decir, el derecho de vivir con ellos en el mismo domicilio.

Por ello, se ha establecido legalmente que durante la vigencia del matrimonio o cuando ambos padres vivan juntos o en el mismo domicilio, la Tenencia del menor se ejerza conjuntamente. En cambio, en el supuesto de que los padres se divorcien o decidan separarse de hecho, la Tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos. Y en caso de

discordia o no existir acuerdo, la Tenencia la resolverá el Juez competente.

En caso de darse el último supuesto señalado en el párrafo anterior, los padres que no ejerzan la Tenencia del menor tienen el derecho de visitar a sus hijos, debiéndose fijar para ello el lugar y el tiempo de común acuerdo entre los padres o, de darse el caso, por el Juez competente.

En este punto, cabe resaltar, que sólo los padres del menor podrán solicitar ante el Juzgado competente la Tenencia del menor. Mientras que el Régimen de Visitas podrá ser solicitado por el padre o la madre que no obtenga la Tenencia del menor y, excepcionalmente, podrán solicitarla los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad del padre que hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, de conformidad con el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Como hemos visto la figura jurídica de la Patria Potestad, otorga a los padres la posibilidad de ejercer una o varias de las facultades previstas en la legislación pertinente, tales como la tenencia del menor, la administración de los bienes del menor o la representación legal, entre otros atributos.

## **2.3. Definiciones Conceptuales.**

### **2.3.1. Acuerdo Plenario**

Los acuerdos plenarios son los acuerdos o conclusiones reuniones plenarias de los jueces de la Corte Suprema de la República en una determinada especialidad y sobre un tema específico, que se adoptan en el marco del artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Decreto Legislativo N° 767, Decreto Supremo N° 017-93-JUS publicado el 2 de junio de 1993).

### **2.3.2. Estado**

El Estado es un organismo biológico y una categoría histórica, misma que ha evolucionado en diferentes fases históricas de la humanidad. Por tanto es una organización económica, política y jurídica, establecida dentro de un territorio y reconocido por la comunidad internacional de naciones. De esta suerte, para Carlos Olano Valderrama, el Estado se ha ido conformando desde "la polis griega, la organización política romana y el estado moderno, dividido este último en los siguientes etapas: el estamental, el absolutista, el liberal y el social de derecho o democracia social de nuestros días" (Olano Valderrama, 1990).

### **2.3.3. Niño**

La definición de niño, en su artículo 1.- La Convención se aplica a todas las personas menores de 18 años de edad. Según UNICEF Perú - Plan Internacional/Daniel Silva (2006); según Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2000) y la Ley 27337 Código de Los

Niños y Adolescentes, en el Título Preliminar en su Artículo I definen: *que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.*

#### **2.3.4. Sustracción**

La sustracción de menores es un delito que consiste en el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor o con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. También existe sustracción de menores si se produce la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. Se diferencia del tráfico de menores porque su fin no es explotar al menor ni tampoco cobrar un rescate, diferenciándose así del secuestro.

#### **2.3.5. Pena**

*Desde un punto de vista estático, la pena es la consecuencia primaria del delito, es una retribución del delito cometido, el delito es el presupuesto necesario de la pena (teoría absoluta): desde el punto de vista dinámico la pena tiene los mismos fines que la ley penal: la evitación de las conductas que la Ley prohíbe o manda ejecutar mediante una prevención general, cuando se opera sobre la colectividad y mediante una prevención especial cuando se opera*

*sobre el que ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir (teoría relativa); el artículo 25.2 de la Constitución Española señala que: las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.*

### **2.3.6. Tribunal Constitucional**

Según el Órgano Autónomo del Tribunal Constitucional (2015), nops menciona que: El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente, porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica - Ley N° 28301. Al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes, los órganos del Estado y los particulares, no vulneren lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular. El Tribunal se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República por un período de cinco años. No hay reelección inmediata.

### **2.3.7. Sanción**

La sanción es esencial al derecho; en efecto, "no hay derecho sin sanción, ya que ésta hace a la esencia de lo jurídico, aunque en algunas situaciones no se descubra a primera vista su posibilidad.

Pero es que se suele confundir sanción con coacción, y se piensa, por ejemplo, en las obligaciones de hacer o en las nacen del vínculo de la familia (cohabitar, fidelidad), en las que ninguna coacción efectiva es posible ni está impuesta. No hay que olvidar que en estos casos, como en cualesquiera otros, la sanción existe siempre, aunque venga por conducto indirecto en forma de una compensación de diferente especie, o en una abstención imperativamente impuesta. En los ejemplos citados, en el caso de las obligaciones de hacer, la solución más corriente es la condena a una compensación en dinero, y en la negativa a cohabitar o guardar fidelidad, el "divorcio". En otros términos, cabe decir que toda norma jurídica completa hace referencia a una sanción, por lo que su concepto constituye una de las nociones jurídicas fundamentales.

### **2.3.8. Sentencia**

La sentencia es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal que pone fin a la litis (civil, de familia, mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.) o causa penal. La sentencia declara o reconoce el derecho o razón de una de las partes, obligando a la otra a pasar por tal declaración y cumplirla.

## **2.4. Bases Epistemológica**

### **2.4.1. Base Doctrinaria**

#### **a. La Teoría Causalista<sup>61</sup>**

---

<sup>61</sup> <http://penaldelito.blogspot.pe/2009/10/teoria-causalista-finalista.html>

El jurista alemán Franz Von Liszt citado por Equipo 5 (2009) quien con una tendencia finalista estableció que la acción es un fenómeno causal – natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito.

El sistema causalista se caracteriza por su sencillez para ubicar la culpabilidad ya que para atribuir la responsabilidad a la persona solo se requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como su consecuencia directa razón por la cual una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado.

Este sistema recibe el nombre de causalismo por basarse en el binomio de la causa-efecto.

Para el causalismo naturalista, acción es un movimiento voluntario del cuerpo que causa un resultado, una modificación en el mundo material. La voluntariedad a que se alude es la necesaria para ordenar el movimiento (recoger el brazo, apretar el gatillo). Los aspectos volitivos del porqué se hizo la actividad se separan del concepto de acción, que queda circunscrita al movimiento y su resultado, extremos que deban estar vinculados casualmente.

(...) Esta teoría concibe al delito como un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

La teoría causalista distingue las fases internas del delito como la ideación, deliberación, resolución, y la fase externa del delito como es la exteriorización, preparación, ejecución.

La teoría causalista se distingue de la finalista porque la primera considera a la acción como un producto causal y mecánico, y la segunda determina la dirección o propósito a ese producto causal, es decir existe una voluntad orientada en determinado sentido.

**b. La Teoría Finalista<sup>62</sup>**

Teoría contradictoria del Causalismo, su exponente fue Hanz Welzel, esta teoría se apoya en los mismos elementos del delito que el casualismo (acción, tipicidad, antijurídica, culpabilidad y punibilidad).

La acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente.

Para Welzel, la acción y la omisión, son dos subclases de la conducta típica, ambas a ser susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final. Al autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado (...) la única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado. En la teoría finalista, los delitos de omisión es confusa la conducta "finalista" del sujeto, mencionan el sujeto al proponerse una

---

<sup>62</sup> <http://penaldelito.blogspot.pe/2009/10/teoria-causalista-finalista.html>

conducta; la posibilidad de hacer algo (poder de hecho), debe considerar la potencialidad de su acción, o de su omisión y es por ello, que al perseguir un fin, la omisión de la conducta a la que estaba obligado a realizar por su calidad de garante, y no efectuarla es lo que le es reprochable; es decir el deber de hacer algo que la ley no espera que se actúe pero que por la situación de garante debe hacerse (posición de garante). El resultado: debe ser exigido por el tipo, no el resultado estrictamente naturalístico. Ósea que no se le va a juzgar por lo que pretendía cometer si no por lo que cometió. Nexo causal: es la relación entre la acción finalista (propósito) y el resultado típico (fin).

#### **2.4.2. Tratados Internacionales**

##### **- La Declaración de los Derechos del niño de 1959**

La presente declaración nos hace de referencia que como fin de la presente Declaración es: La presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que este pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios: resaltando así en el principio 2:

PRINCIPIO 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

### **2.4.3. Convenios**

- **La Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

El Perú ha ratificado la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores) Convención de la Haya), que entró en vigor en nuestro país el 01 de Agosto del 2001. Así el Perú puede ser el país que solicita la restitución o el país al cual se le solicita la restitución.

La Convención fue adoptada el 25 de octubre de 1980, y entro en vigor el 01 de diciembre de 1983. Como vemos es anterior a la Convención de las Naciones unidas sobre los derechos del niño de fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú el 04 de agosto de 1990.

- **La Convención de los Derechos de Niño**

“La Conferencia de La Haya se ha ocupado por más de un siglo de la protección bajo la ley civil de los menores en riesgo o peligro en

situaciones transfronterizas. Durante la última parte del siglo XX, la apertura de las fronteras nacionales, la facilidad para viajar y la ruptura de las barreras culturales han incrementado también, aún con todas sus ventajas, los riesgos de manera considerable. El tráfico a través de las fronteras y la explotación de los menores, así como su desplazamiento internacional debido a desórdenes civiles o a desastres naturales, se han convertido en los mayores problemas. Existen también menores atrapados en la turbulencia de relaciones destrozadas en familias transnacionales, con controversias en relación con la custodia y la reubicación, con los riesgos de la sustracción internacional de parte de uno de los padres, los problemas para mantener contacto entre el menor y ambos padres y la lucha ascendente para obtener asistencia transfronteriza para el menor<sup>63</sup>.

Convención sobre los Derechos del Niño - UNICEF (2006) en su artículo 9 menciona que: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o

---

<sup>63</sup>Documento Guía de Buenas Prácticas. Elaborado por el buró permanente del Convenio de La Haya. Seminario de Monterrey, México, 2004.

descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

#### **2.4.4. Jurisprudencia.**

- **EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC LIMA<sup>64</sup>**

**Análisis del caso concreto**

Tal como se señaló *supra*, la presente sentencia no tiene por objeto dilucidar a cuál de los dos padres le corresponde la tenencia del menor, ni evaluar, sobre la base de las normas que rigen el derecho de familia, la pertinencia de haberse dejado al menor al cuidado del abuelo materno. Antes bien, de lo que se trata es de dilucidar si el empleado ha atentado contra los derechos del favorecido.

En el presente caso, tal como consta de autos, se advierte que el menor fue sustraído a través de un operativo policial irregular, en el que bajo el pretexto de un supuesto secuestro, cuando el menor se encontraba bajo la custodia de su abuelo materno, fue sustraído de modo traumático. Asimismo, conforme consta en la propia declaración del empleado, luego de producido el hecho siguió reteniéndolo, imposibilitándole que mantenga contacto con su madre, lo que, conforme a anteriores pronunciamientos de este Tribunal constitucional, vulnera el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (cfr. exp. N° 1817-2009-HC, funds 18-20). Al respecto, si el padre tiene razones para cuestionar la tenencia a favor de la madre, debió de acudir a las vías legales en lugar de sustraer al menor de modo traumático e impedir el contacto con su madre.

---

<sup>64</sup>Tribunal Constitucional, Exp. N° 02892-2010-PHC/TC-LIMA.

Es por ello que este Tribunal Constitucional considera que la demanda debe ser estimada, debiéndose proceder a la entrega del menor a su madre (...).

#### **HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda.

Ordenar a don Mariano Fiorentino Flagiolo que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas L.F.H. a doña Nora Rosario Heredia Muñoz, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22.º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

En las investigaciones de tipo descriptiva, llamadas también investigaciones diagnósticas, buena parte de lo que se escribe y estudia sobre lo social no va mucho más allá de este nivel. Consiste, fundamentalmente, en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. El análisis estadístico, es univariado porque solo describe o estima parámetros en la población de estudio a partir de una muestra<sup>65</sup>.

Asimismo, el tipo de investigación es explicativo, ya que las investigaciones descriptivas como la presente, utilizan criterios sistemáticos que permiten poner de manifiesto la estructura o el comportamiento de los fenómenos en estudio, proporcionando de ese modo información sistemática a partir de una muestra.

#### 3.2. Diseño y esquema de la investigación.

El diseño a utilizarse en el presente trabajo de investigación será el diseño descriptivo, puesto que, a través del presente trabajo de investigación describiremos el conjunto de Unidades de estudio, donde:



Dónde:

---

<sup>65</sup> Dr. JOSÉ SUPO, Seminario de Investigación Científica, versión 2011, pp. 3.

- M = Muestra
- O = Aplicación de instrumento de recojo de datos

### 3.3. Población y muestra.

- **Población:** Distrito Fiscal de Huancavelica compuesto por 91 fiscales.
- **Muestra:** Fiscalías Penales de Huancavelica (10 fiscales penales), por criterio de exclusión.
- **Muestreo:** Intencional, muestra intencionada o razonada (no probabilística) donde los integrantes de la muestra se seleccionan de forma directa, consciente, a propósito, adrede; este tipo de muestreo se caracteriza por un esfuerzo deliberado de obtener muestras "representativas" mediante la exclusión en la muestra de grupos supuestamente típicos.

### 3.4. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.

- **Encuesta.-** Es una técnica de investigación que consiste en aplicar un cuestionario de preguntas, el que debe ser contestado por los sujetos de la muestra de investigación. En el caso de la presente investigación, la encuesta se aplicó a los fiscales penales para conocer qué tipo de interpretación efectúan en los casos de sustracción de menor. El instrumento de esta técnica es el cuestionario, por tanto se hará un conjunto de preguntas, el que se elaborará en función de los indicadores de los investigadores de la variable independiente.

- **Fichajes.**- Es el proceso de recopilación y extracción de datos importantes en nuestro proceso de aprendizaje, por tanto se recurrió a las fuentes bibliográficas como: libros, revistas, periódicos, internet, y fuentes no bibliográficas, que son objeto de estudios.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1. Presentación de resultados.

Para la obtención de los resultados una vez finalizado el proceso de recolección de la información con el respectivo instrumento de medición en los sujetos de la investigación que estuvo conformado por doce (12) fiscales penales del Distrito Fiscal de Huancavelica, se procedió a la recodificación de los datos para la variable de estudio que estuvo referido Interpretación Literal de la Patria Potestad para lo cual se ha creado el respectivo *MODELO DE DATOS* (distribución de información en filas y columnas). Así pues en primer lugar se realiza el estudio de forma general de la variable, posteriormente se procede al proceso del estudio a nivel de sus dimensiones y finalmente en sus respectivos indicadores.

Posteriormente la información modelada fue procesada a través de las técnicas de la estadística descriptiva (tablas de frecuencia simple, tabla de frecuencia doble, diagrama de barras simple y de contingencia).

Finalmente es importante precisar, que para tener fiabilidad en los resultados, se procesó los datos con el programa estadístico IBM SPSS 22.0 (Programa Estadístico para las Ciencias Sociales). Es necesario mencionar que las mediciones obtenidas con el instrumento de medición están asociadas a determinados errores de medición, las

mismas que por el tamaño de la muestra se asumen que están normal e independientemente distribuidas.

#### **4.1.2. Resultados del trabajo de campo – Interpretación literal de la Patria Potestad en los delitos de Sustracción de Menor.**

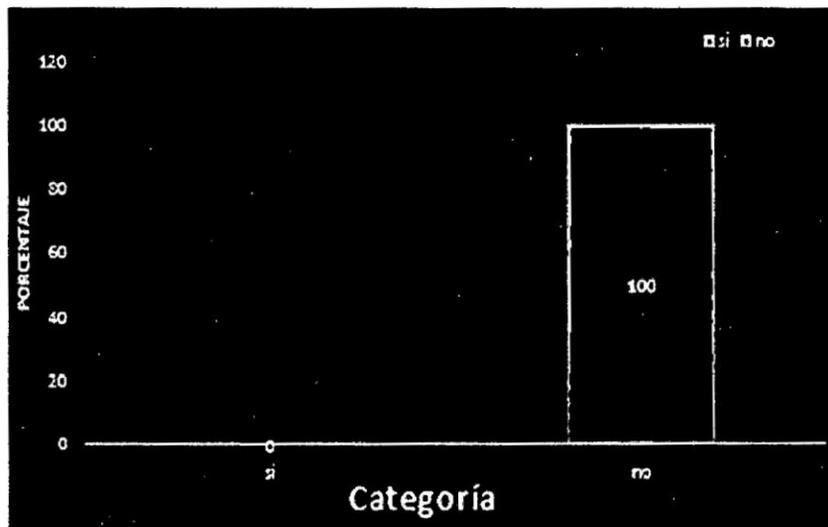
La primera variable está referida al hecho de si La Interpretación Literal de la Patria Potestad impide la configuración del delito de Sustracción de Menor de Edad. Estos indicadores lo estudiaremos en las siguientes tablas:

**TABLA N° 01**  
**FISCSALES PENALES QUE SEÑALAN QUE SI LA PATRIA**  
**POTESTAD DE HECHO SE ENCUENTRA REGULADA EN NUESTRO**  
**ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Categoría	F	%
Si	0	0
No	12	100
total	12	100

*Elaborado: Encuesta aplicada.*

**GRÁFICO N° 01**  
**FISCSALES PENALES QUE SEÑALAN QUE SI LA PATRIA**  
**POTESTAD DE HECHO SE ENCUENTRA REGULADA EN NUESTRO**  
**ORDENAMIENTO JURÍDICO**



*Elaborado: Tabla 1.*

**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 1 observamos los resultados sobre el hecho de que si la patria potestad de hecho se encuentra regulada; el 100% (12) de los casos señalaron que la patria potestad de hecho no se encuentra regulada.

TABLA N° 02

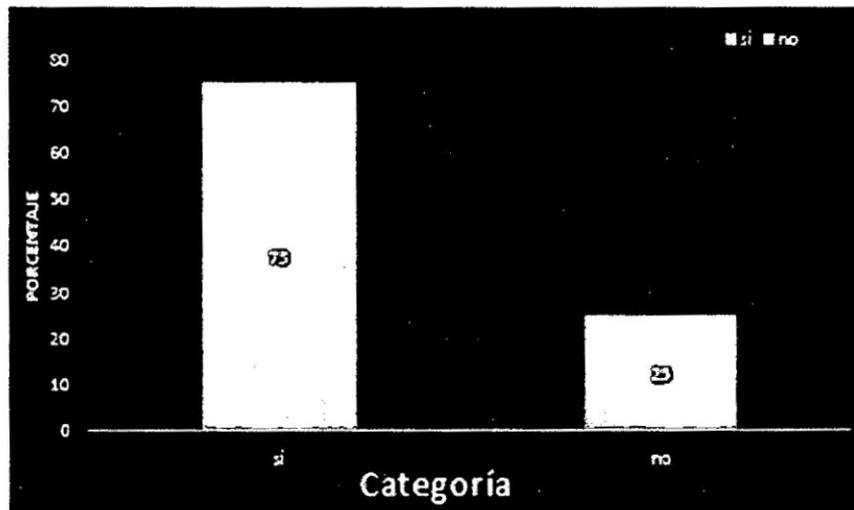
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE SI LA FALTA DE REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD DE HECHO, IMPIDE LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR**

Categoría	F	%
Si	9	75
No	3	25
total	12	100

Elaborado: Encuesta aplicada.

GRÁFICO N° 02

**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE SI LA FALTA DE REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD DE HECHO, IMPIDE LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENOR**



Fuente: Tabla 2.

**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 2 observamos los resultados sobre el hecho de que si la falta de regulación de la patria potestad de hecho impide la configuración del delito de sustracción de menor; el 75% (9) de los fiscales señalaron que la falta de regulación patria potestad de hecho sí impide la configuración del delito de sustracción de menor.

TABLA N° 03

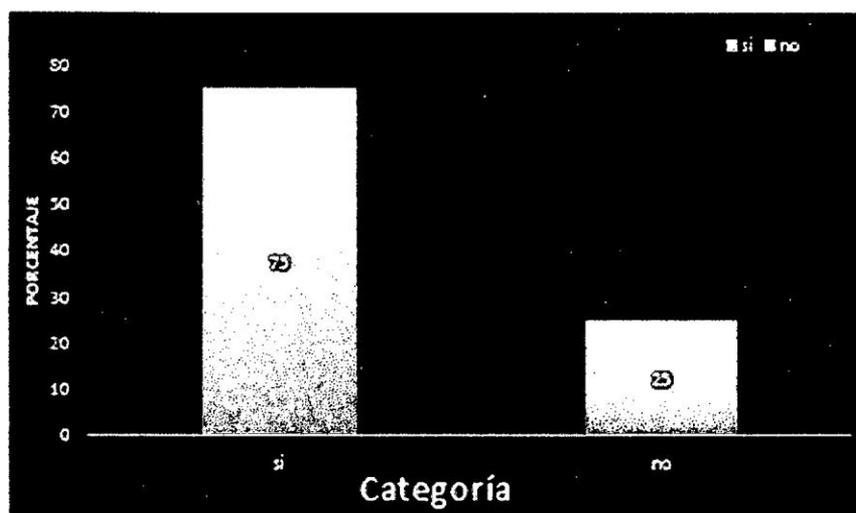
**FISCALES PENALES QUE PIENSAN QUE EN EL DELITO DE  
SUSTRACCIÓN DE MENOR DEBE EXISTIR EL RECONOCIMIENTO  
JUDICIAL DE PATRIA POTESTAD A FAVOR DE UNO DE LOS  
PROGENITORES**

Categoría	F	%
Si	9	75
No	3	25
total	12	100

Elaborado: Encuesta aplicada.

GRÁFICO N° 03

**FISCALES PENALES QUE PIENSAN QUE EN EL DELITO DE  
SUSTRACCIÓN DE MENOR DEBE EXISTIR EL RECONOCIMIENTO  
JUDICIAL DE PATRIA POTESTAD A FAVOR DE UNO DE LOS  
PROGENITORES**



Elaborado: Tabla 3.

**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 3 observamos los resultados sobre el hecho de que si en el delito de sustracción de menor debe existir el reconocimiento judicial de patria potestad a favor de uno de los progenitores; el 75% (9) de los fiscales señalaron que si es necesario tener el reconocimiento judicial a favor de uno de los progenitores.

TABLA N° 04

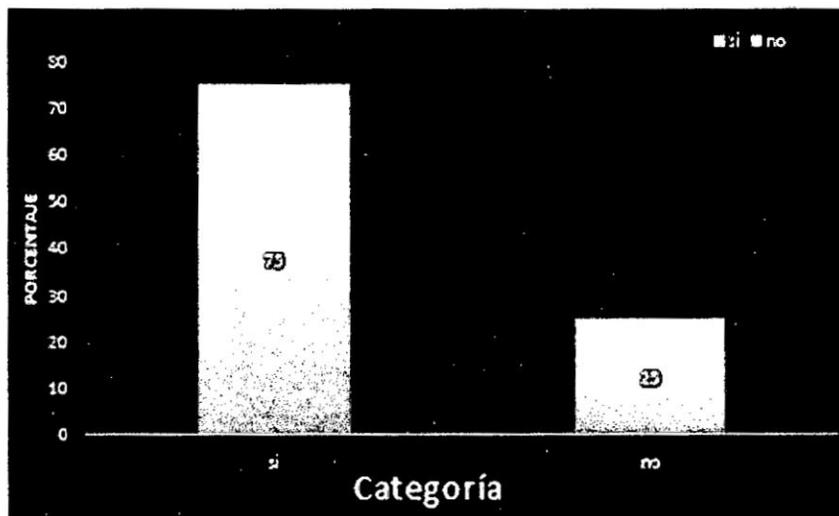
**FISCALES PENALES QUE AL NO EXISTIR UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE PATRIA POTESTAD A FAVOR DE UNO DE LOS PROGENITORES, SE PROCEDE A SU ARCHIVAMIENTO**

Categoría	F	%
Si	9	75
No	3	25
total	12	100

Elaborado: Encuesta aplicada.

GRÁFICO N° 04

**FISCALES PENALES QUE AL NO EXISTIR UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE PATRIA POTESTAD A FAVOR DE UNO DE LOS PROGENITORES, SE PROCEDE A SU ARCHIVAMIENTO**



Fuente: Tabla 4.

**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 4 observamos los resultados sobre el hecho de que si al no existir una resolución judicial de patria potestad a favor de uno de los progenitores se procede a su archivamiento; el 75% (9) de los fiscales señalaron que si proceden a su archivamiento ante la falta de una resolución judicial a favor de uno de los progenitores.

TABLA N° 05

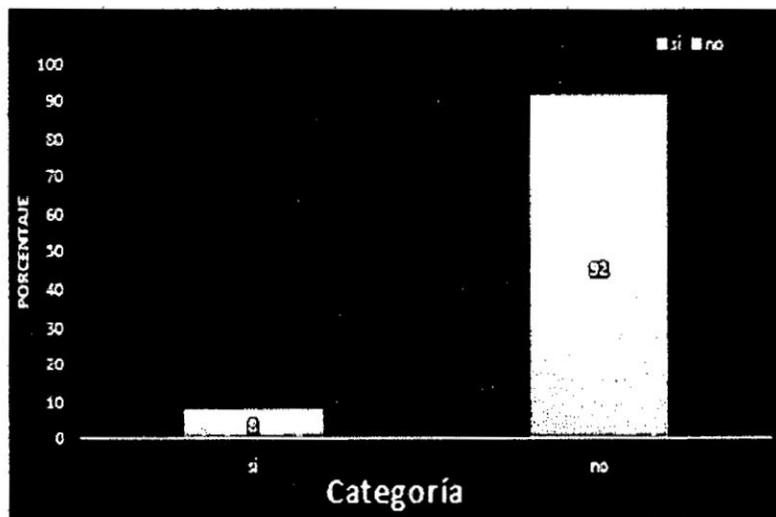
**FISCALES PENALES QUE OPINAN QUE EXISTE ALGÚN OTRO DOCUMENTO IDÓNEO PARA ACREDITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD**

Categoría	F	%
Si	<b>1</b>	<b>8</b>
No	<b>11</b>	<b>92</b>
total	<b>12</b>	<b>100</b>

*Fuente: Encuesta aplicada.*

GRÁFICO N° 05

**FISCALES PENALES QUE OPINAN QUE EXISTE ALGÚN OTRO DOCUMENTO IDÓNEO PARA ACREDITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD**



Fuente: Tabla 5.

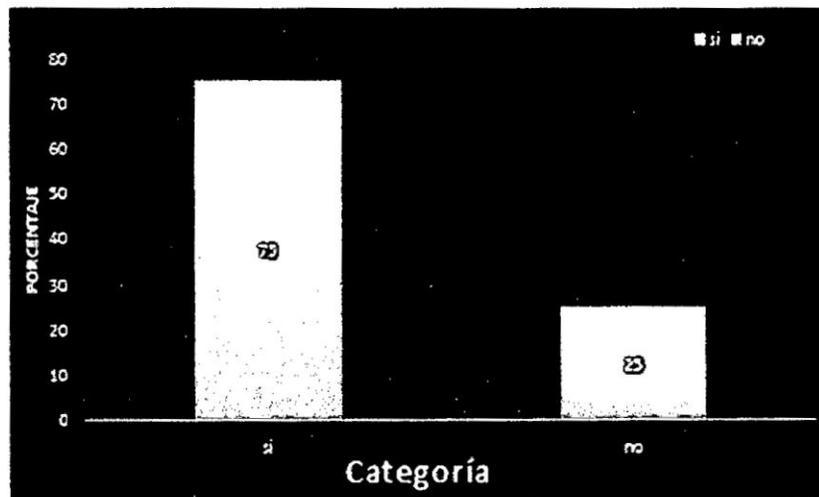
**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 5 observamos los resultados sobre el hecho de que si existe algún otro documento idóneo para acreditar el reconocimiento de la patria potestad; en el 8% (1) de los fiscales considera que sí hay otro documento idóneo que acredite la patria potestad; y el 92% (11) de los fiscales señalaron que no existe otro documento idóneo que acredite la patria potestad.

**TABLA N° 06**  
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE EFECTUARÍAN UNA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA PATRIA POTESTAD**

Categoría	F	%
Si	9	75
No	3	25
total	12	100

Elaborado: Encuesta aplicada.

**GRÁFICO N° 06**  
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE EFECTUARÍAN UNA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA PATRIA POTESTAD**



Fuente: Tabla 6.

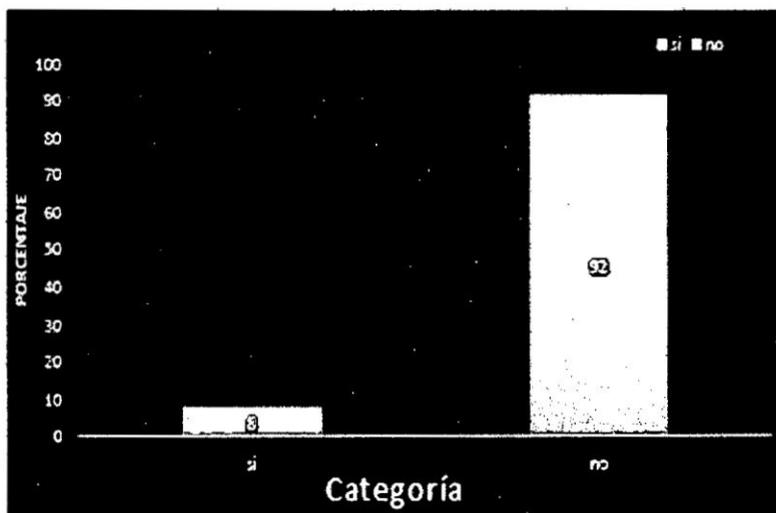
**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 6 observamos los resultados sobre el hecho de que si los fiscales penales efectúan una interpretación literal de la patria potestad; en el 75% (9) de los fiscales señalaron que si efectúan una interpretación literal de dicha institución, y el 25% (3) de los fiscales manifiesta que no efectúa una interpretación literal.

**TABLA N° 07**  
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE EFECTUARÍAN UNA**  
**INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PATRIA POTESTAD**

Categoría	F	%
Si	1	8
No	11	92
total	12	100

*Fuente: Encuesta aplicada.*

**GRÁFICO N° 07**  
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE EFECTUARÍAN UNA**  
**INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PATRIA POTESTAD**



Fuente: Tabla 7.

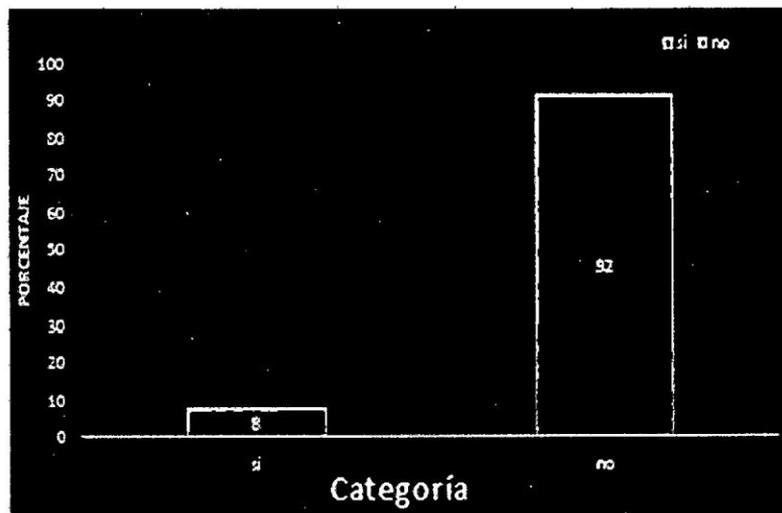
**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 7 observamos los resultados sobre el hecho de que si los fiscales penales efectúan una interpretación jurisprudencial de la patria potestad; en el 8% (1) de los fiscales considera que si efectúa una interpretación jurisprudencial; y el 92% (11) de los fiscales refieren que no efectúan una interpretación jurisprudencial de la patria potestad.

**TABLA N° 08**  
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE EFECTUARÍAN UNA**  
**INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DE LA PATRIA POTESTAD**

Categoría	F	%
Si	1	8
No	11	92
total	12	100

Elaborado: Encuesta aplicada.

**GRÁFICO N° 08**  
**FISCALES PENALES QUE SEÑALAN QUE EFECTUARÍAN UNA**  
**INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DE LA PATRIA POTESTAD**



Fuente: Tabla 8.

**INTERPRETACIÓN.** En la tabla 8 observamos los resultados sobre el hecho de que si los fiscales penales efectúan una interpretación doctrinal de la patria potestad; en el 8% (1) de los fiscales considera que si efectúa una interpretación doctrinal; y el 92% (11) de los fiscales refieren que no efectúan una interpretación doctrinal de la patria potestad.

Luego de realizar la entrevista a los fiscales penales se pudo comprobar que todos los delitos de sustracción de menor se archivan debido a que el progenitor que tiene bajo su custodia al menor, no cuenta con resolución judicial que declara a su favor la patria potestad, siendo el fundamento de archivo, del cual se concluye que es en mérito a una interpretación literal que realizan sobre la patria potestad.

#### **4.2. Presentación de contrastación de las hipótesis secundarias**

Como bien se ha demostrado que la interpretación literal realizada por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, sobre la patria potestad sí impide la configuración del delito de sustracción de menor de edad, toda vez que para la configuración de dicho delito es necesario que uno de los progenitores cuente con una resolución judicial que le otorgue la señalada patria potestad.

Es por ello que los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, archivan las denuncias sobre el delito de sustracción de menor de edad teniendo como fundamento principal, la falta de una resolución judicial otorgando la patria potestad a uno de los progenitores.

Otra de las contrastaciones efectuadas en la presente tesis, es que los fiscales penales del Distrito Fiscal de Huancavelica, no reconocen la patria potestad de hecho, toda vez que realizan una interpretación literal de dicha institución, por el cual proceden al archivo de dichas denuncias, el cual es un impedimento para la configuración del delito de sustracción de menor.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **5.1. Presentar la contrastación de los resultados del trabajo de campo con los referentes bibliográficos de las bases teóricas.**

De los resultados obtenidos, se aprecia que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma sobre la patria potestad de hecho y muchos menos una forma sencilla de acreditar dicha institución, pues solo en el caso de ostentar la patria potestad de manera formal uno de los progenitores puede accionar penalmente contra el sustractor.

Bajo este panorama, hemos validado las hipótesis general y específicas otorgando validez científica a cada uno de los módulos de preguntas confeccionadas en razón a las variables independiente y dependiente, elaboradas y que nos ha permitido deslindar el sustento fáctico y jurídico de la Interpretación Literal de la Patria Potestad en los delitos de Sustracción de Menor.

Entonces, realizado una comparación entre los resultados obtenidos en la presente tesis, con las conclusiones arribadas por LAURA TORRANO ECHEANDÍA, Tesista de la Universidad Pública de Navarra, del año 2016, Teniendo como Título “EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980”, podemos manifestar que la presente tesis es correcta, en razón que el delito de sustracción de edad, no se

encuentra correctamente regulado, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico es necesario para su configuración, la declaración judicial de patria potestad, a favor de uno de los progenitores, el cual permite que el sustractor, pueda trasladar al menor a un lugar distinto de donde venía haciendo vida en común.

Asimismo, si tenemos en cuenta el estudio realizado por EDITH CARRILLO, en su investigación titulada "NIÑAS Y NIÑOS INVOLUCRADOS EN PROCESO DE SUSTRACCIÓN FAMILIAR EN MEXICO", nuevamente podemos advertir que conforme a los resultados obtenidos en la presente Tesis, arribamos que en nuestro ordenamiento jurídico existe una problemática en el tratamiento del delito de sustracción de menor de edad, toda vez que ante su crecimiento de dicho delito, no es posible sancionar a los responsables de dicho delito, ya que existe un vacío legal respecto al reconocimiento de la patria potestad de hecho, para su configuración y por tanto sancionable al sujeto activo.

Además, ante la falta de regulación de la patria potestad de hecho, se observa el conflicto entre los progenitores por una lucha de poder, mas no por la custodia de los hijos, dejando de lado la situación emocional de los mismos, hecho que debe ser velado por el Estado.

## 5.2. Presentar la contrastación de la hipótesis general en base a la prueba de hipótesis.

Para realizar la prueba de la significancia estadística de la hipótesis, se procedió a seguir el esquema propuesto por Pearson (Sánchez, 1998) que consta de cinco pasos. La prueba central de Hipótesis haremos uso de las herramientas de la estadística Inferencial y por la naturaleza de la variable en estudio los métodos de la estadística no paramétrica para datos ordinales.

### a) Sistema de Hipótesis

- **Hipótesis Nula (Ho):**

La interpretación literal de la patria potestad por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, sí impide la configuración del delito de sustracción de menor de edad.

- **Hipótesis Alterna (H1):**

La interpretación literal de la patria potestad por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, no impide la configuración del delito de sustracción de menor de edad.

### b) Nivel de Significancia

$$\alpha=0,05=5\%$$

### c) Estadística de Prueba

Por el nivel de medición de la variable, se utilizará la prueba de independencia Chi Cuadrado con un grado de libertad. Es decir:

$$\chi^2 = \sum \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e}$$

### d) Cálculo del Estadístico

Luego de aplicar la fórmula de la prueba Chi Cuadrado en los datos de la tabla 2, se han obtenido el valor calculado "**Vc**" de la prueba Chi Cuadrado:

$$\chi^2 = Vc = \sum \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} = 10$$

Asimismo el Valor Tabulado (**Vt**) de la Chi Cuadrada para 1 grado de libertad es de **Vt=0,2** obtenido de las correspondientes tablas estadísticas.

### e) Toma de Decisión

Puesto que **Vc > Vt** (**10 > 0,2**) decimos que se ha encontrado evidencia para rechazar la hipótesis nula; el valor calculado se ubica en la región de rechazo de la Hipótesis Nula (**RR/Ho**).

Concluimos que:

**La interpretación literal de la patria potestad por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, sí impide la**

**configuración del delito de sustracción de menor de edad, Con un 92% de confianza.**

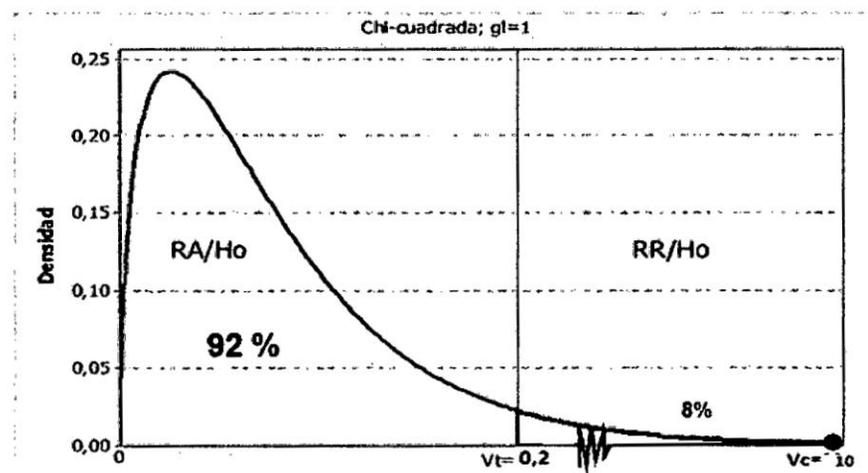
Estos mismos resultados podemos observar en la gráfica siguiente de la distribución chi cuadrada para 1 grado de libertad. Notemos que el valor calculado se ubica en la región de rechazo de la hipótesis nula (**RR/Ho**).

Asimismo podemos mostrar para la prueba la probabilidad asociada al estudio:

$$Sig. = P[\chi^2 > 14] = 0,00 < 0,05$$

Puesto que esta probabilidad es menor que 5% (0,05) se confirma en rechazar la hipótesis nula y acepta la alterna.

**Gráfico 11.** Diagrama de la distribución Chi Cuadrado para la significancia de la Hipótesis de Investigación.



Elaborado en el software estadístico.

Evidentemente los resultados nos muestran que la interpretación literal de la patria potestad por parte de los fiscales penales si contribuye como fundamento para el archivamiento de los delitos de sustracción de menor. La prueba de bondad de ajuste Chi Cuadrado nos evidencia que la prevalencia de la respuesta positiva es significativa por lo cual se confirma la hipótesis de investigación y representa los resultados más relevantes del estudio.

### **5.3. Aporte científico de la investigación**

En el delito de sustracción de menor, se advierte que el medio comisivo normal es el prevalimiento de una situación de superioridad donde el sustractor aprovecha la circunstancia de la minoría de edad para conseguir que el menor no se oponga a la sustracción, sin tener en cuenta que dicho menor se viene desarrollando en un ambiente adecuado en compañía del otro progenitor.

Ante lo cual, existe la necesidad de efectuar una iniciativa para modificar el artículo 147° del Código Penal, a fin que sea modificada el requisito de configuración del delito de sustracción de menor de edad, como es la resolución judicial que otorga a uno de los progenitores, debiendo ser reemplazado dicho requisito con el reconocimiento de patria potestad de hecho, toda vez que en la actualidad por diversas circunstancias no es posible iniciar un proceso judicial sobre la patria potestad, luego de separarse entre padres,

encargando la protección del menor a uno de los progenitores, dejando en el vacío si el otro progenitor en cualquier momento puede sustraerlo por el solo hecho de ser el progenitor, sin tener en cuenta la protección de la integridad física y emocional del menor, además del ambiente donde viene desarrollándose.

## CONCLUSIONES

- Se ha determinado que el 75% de los casos, consideran que los fiscales penales del Distrito Fiscal de Huancavelica, sí realizan una interpretación literal sobre la patria potestad, procediendo con el archivamiento de los delitos de sustracción de menor de edad, teniendo como fundamento la falta de resolución judicial que otorga dicha potestad a uno de los progenitores.
  
- Se ha determinado que el 100% de los casos, consideran que no existe regulación de la patria potestad de hecho, el cual impide la configuración del delito de sustracción de menor de edad.
  
- Asimismo, se ha determinado que el delito de sustracción de menores constituye un tipo penal insuficiente en el ámbito de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico "patria potestad", el cual corresponde a los dos progenitores.

## SUGERENCIAS

- A los señores fiscales penales del Distrito Fiscal de Huancavelica, efectuar una interpretación doctrinal - jurisprudencial de la patria potestad, a efectos de proceder formalmente ante el órgano jurisdiccional en los delitos de sustracción de menor de edad, con tan solo acreditar la patria potestad de hecho, toda vez existe la necesidad de proteger la integridad del menor en el ambiente donde se desenvuelve.
  
- A los señores fiscales del Distrito Fiscal de Huancavelica, valorar la patria potestad de hecho, con la sola presentación de un documento idóneo -constataciones policiales- sobre la residencia habitual del menor, con la finalidad de configurarse el delito de sustracción de menor de edad.
  
- A los legisladores y operadores jurídicos elaborar un tipo penal del delito de sustracción de menor otorgando mayores garantías a la protección del bien jurídico "patria potestad de hecho".

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Etcheberry, A. Scielo. Recuperado el 15 de agosto de 2016, de Faz objetiva del delito de sustracción de menores.
- Gallegos Canales, Y., & Jara Quispe, R. (2008). Manual de Derecho de Familia. Lima: Jurista Editores.
- Wigodski S., J. (10 de julio de 2010). Metodología de la Investigación. Recuperado el 2016 de agosto de 17, de Metodología de la Investigación.
- Aguilar Llanos, B. (2008). La familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones Legales.
- Aguilar Saldivar, A. (2009). Derecho y Cambio Social. Recuperado el 12 de agosto de 2016, de Patria Potestad y causales de suspensión.
- Alonso, A. (2010). Fundación Child Care. Recuperado el 06 de septiembre de 2016, de Sustracción Interparental de Menores - Aspectos Psicológicos.
- Bajo Fernández, M. (1989). Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Bustios, J. (1991). Manual de Derecho Penal. Barcelona - España.
- Carbonel Mateu, J., & Gonzáles Chusca, J. (s.f.). Derecho Penal - Parte Especial.
- Carbonell Mateu, J., & Gonzáles Chusca, J. (s.f.). Derecho Penal Parte Especial.

- Carrara, F. (1978). Programa de Derecho Criminal - Parte Especial. Buenos Aires - Argentina.
- Chirinos Soto, F. (2006). Código Penal. Perú: Rodhas - 3° Edición.
- Chunga La Monja, F. (2001). Tenencia de Menores.
- Cobo del Rosal, M. (1961). Consideraciones Técnicas Jurídicas sobre la Sustracción de Menores. Separata de anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Cornejo Chávez, H. (1987). Derecho Familiar Peruano. Lima - Perú.
- Creus, C. (1998). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires - Argentina: Astrea.
- Diccionario de Lengua Española. (2005). Madrid: Espasa-Calpe.
- Donna, E. (2001). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Escobar Veas, J. (2015). Scielo. Recuperado el 15 de agosto de 2016, de Faz objetiva del delito de sustracción de menores.
- Fernández de Buján, A. (2011). Derecho Privado Romano. Madrid: Iustel.
- Galindo Garfias, I. (s.f.). Derecho Civil.
- Garrido Montt, M. (2010). Derecho Penal Parte Especial. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Gutiérrez Cabello, L. (1976). Plagio y sustracción de menores. Chile.
- Instituto de Capacitación y Desarrollo - ICADE. (s.f.). Derecho de Familia Tomo II - Sociedad Paterno Filial. Lima - Perú: ICADE.
- Muñoz Conde, F. (1993). Derecho Penal Parte Especial.

- Palacio Pimentel, G. (1987). Manual de Derecho Civil. Lima - Perú:  
Huellaga.
- Plácido Vilcachagua, Á. (2002). Manual de Derecho de Familia. Lima:  
Gaceta Jurídica.
- Politoff, S., Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2006). Lecciones de Derecho  
Penal. Santiago - Chile: Jurídica de Chile.
- Salinas Siccha, R. (2010). Derecho Penal - Parte Especial. Lima: Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2013). Derecho Penal - Parte Especial. Lima - Perú:  
GRIJLEY - 5° Edición.
- Schulz Fritz. (2000). Principios del Derecho Romano. Madrid: Civitas.
- Tribunal Constitucional. (2015). Recuperado el 01 de septiembre de 2016,  
de Acerca del Tribunal Constitucional:  
<http://www.tc.gob.pe/tc/institucion/acercade>.  
Recuperado
- UNICEF Perú - Plan Internacional/Daniel Silva. (02 de junio de 2006).  
Convención sobre los Derecho del Niño.  
Recuperado el 2016 de agosto de 31, de  
Convención sobre los Derecho del Niño:  
[http://www.unicef.org/peru/spanish/convencion\\_sobre\\_los\\_derechos\\_del\\_nino\\_\\_final.pdf](http://www.unicef.org/peru/spanish/convencion_sobre_los_derechos_del_nino__final.pdf).
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Lima:  
Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Lima - Perú:  
Gaceta Jurídica - Tomo I.

www.aleph.com. (1999). Recuperado el 12 de septiembre de 2016, de La Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959: <http://convivejoven.semsys.itesi.edu.mx/NORMATIVIDAD/Materia%20Escolar/DECLARACION%20DE%20LOS%20DERECHOS%20DEL%20NI%C3%91O.pdf>.

**ANEXOS**

**ANEXO 01**  
**ENCUESTA**

**INSTRUCCIONES GENERALES**

Señor Magistrado del Distrito Fiscal de Huancavelica, la presente encuesta es personal.

Investigación de pre grado Titulado: **"INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS DELITOS DE SUSTRACCIÓN DE MENOR DE EDAD"**

**INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS**

Pido a Ud., tenga la bondad de responder sólo con un "X" si considera afirmativa o negativa, sobre aspectos importantes de mi investigación siendo los siguientes:

N°	PREGUNTA	SI	NO
01	¿ Señale usted si la patria potestad de hecho se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico?		
02	¿ Señale usted si la falta de regulación de la patria potestad de hecho, impide la configuración del delito de sustracción de menor?		
03	¿ En el delito de sustracción de menor, debe existir el reconocimiento judicial de patria potestad a favor de uno de los progenitores?		
04	¿ Al no existir una resolución judicial de patria potestad a favor de uno de los progenitores, se procede a su archivamiento?		
05	¿ Existe algún otro documento idóneo para acreditar el reconocimiento de la patria potestad?		
06	¿ Señale usted si efectúa una interpretación literal de la patria potestad?		
07	¿ Señale usted si efectúa una interpretación jurisprudencial de la patria potestad?		
08	¿ Señale usted si efectúa una interpretación doctrinal de la patria potestad?		

Agradezco por su cooperación a Ud., por su respuesta con transparencia y veracidad a las preguntas que se le ha presentado,

Huancavelica, Marzo de 2017.

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

### INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS DELITOS DE SUSTRACCIÓN DE UN MENOR DE EDAD

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLE	PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO	
<p><b>GENERAL</b></p> <p>¿De qué manera la interpretación literal efectuada por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica sobre la patria potestad vulnera la configuración del delito de sustracción de menor?</p> <p><b>PROBLEMA ESPECIFICOS</b></p> <p>¿Determinar cuáles son los fundamentos del porqué los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica proceden con el archivamiento de los casos sobre sustracción de menor?</p> <p>¿En qué medida la falta de reconocimiento de la patria potestad de hecho impide la configuración del delito de sustracción de menor?</p>	<p><b>GENERAL</b></p> <p>Conocer si la interpretación literal efectuada por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica sobre la patria potestad, vulnera la configuración del delito de sustracción de menor.</p>	<p><b>GENERAL</b></p> <p>La interpretación literal de la patria potestad por los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, si vulnera la configuración del delito de sustracción de menor de edad.</p>	<p><b>INDEPENDIENTE</b></p> <p>Interpretación Literal de los Fiscales Penales.</p>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b> Sustantiva - Descriptivo</p>	
	<p><b>ESPECIFICOS</b></p> <p>Conocer los fundamentos por el que los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, proceden con el archivamiento de los casos sobre sustracción de menor.</p>	<p><b>HIPÓTESIS ESPECÍFICA</b></p> <p>Los fundamentos del porqué los fiscales penales del distrito fiscal de Huancavelica, archivan los casos de sustracción de menor de edad es la falta de declaración de patria potestad a uno de los padres.</p>	<p><b>DEPENDIENTE</b></p> <p>Delito de sustracción de menor</p>	<p><b>NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</b> Estudio Descriptivo</p>	<p><b>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</b> Método Cuantitativo.</p>
	<p>Analizar si la falta de reconocimiento de la patria potestad de hecho, impide la configuración del delito de sustracción de menor.</p>	<p>La falta de reconocimiento de la patria potestad de hecho, si impide la configuración del delito de sustracción de menor.</p>		<p><b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:</b> TÉCNICA: Encuesta estructurada INSTRUMENTO: Cuestionario.</p>	<p><b>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:</b> No experimental transeccional, Descriptivo</p> <p>Diagrama:</p> <p style="text-align: center;">M    O</p> <p style="text-align: center;">Dónde:</p> <p style="text-align: center;">•    M =    Muestra</p> <p style="text-align: center;">•    O =    Aplicación de instrumento de recojo de datos</p>
					<p><b>POBLACIÓN:</b> Distrito Fiscal de Huancavelica.</p>
					<p><b>MUESTRA:</b> Fiscalías Penales de Huancavelica.</p>
					<p><b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:</b> Encuestas, observación, fichajes, etc</p>
					<p><b>PROCESAMIENTO DE DATOS:</b> Elaboración de matriz de consistencia. Operacionalización de variable, y, Selección y presentación de variables sistema computarizado que nos permita realizar las técnicas de estadística</p>