

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCABELICA

(Creada por Ley N° 25265)



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS

**“REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES
PROGENITORES QUE SUSTRAN A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR
LA TENENCIA DE HECHO - DISTRITO DE ASCENSIÓN - 2015”**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO PÚBLICO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PRESENTADO POR LA BACHILLER:

PAITÁN ENRÍQUEZ, Rocío Violeta

HUANCABELICA – PERÚ

2017



Universidad Nacional de Huancavelica

(Creada por Ley N° 25265)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En la Sala de Simulaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Huancavelica, a los 14 días de junio de 2017, siendo las 11:00 a.m., se reunieron los miembros del Jurado Calificador conformado por:

Presidente: Dr. Esteban Eustaquio FLORES APAZA

Secretario: Dr. Denjiro Félix DEL CARMEN IPARRAGUIRRE

Vocal: Abg. Job Josué PÉREZ VILLANUEVA

Ratificados mediante Resolución Decanal N° 143-2017-RD-FDYCCPP-UNH, del 06 de junio de 2017.

Trabajo de Investigación:

**“REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES PROGENITORES QUE
SUSTRAEN A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO-
DISTRITO DE ASCENCIÓN - 2015”**

Cuyo(a) autor(a) es:

Sr. (Srta.) Bachiller: PAITÁN ENRÍQUEZ Rocío Violeta

A fin de proceder a la evaluación, se invitó al público presente y al sustentante abandonar el recinto; y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llegó al siguiente resultado:

APROBADO POR.....

DESAPROBADO ()

En conformidad con lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.


PRESIDENTE


SECRETARIO


VOCAL

ASESOR

Mtro. VÍCTOR ROBERTO MAMANI MACHACA

Dedicatoria

Este presente trabajo está dedicado a Dios, a mi Madre Juana Lucía, a mis hermanos Lucía Milagros, Leonel y Leo quienes son mi razón para seguir adelante por apoyarme incondicionalmente, les agradezco lo que hoy soy; a mis amigos por el aliento y a mis catedráticos por sus enseñanzas para lograr encaminar mi carrera.

Índice

Dedicatoria	ii
Índice	iv
Resumen	viii
Introducción	xi
CAPÍTULO I.....	13
Problema	13
1.1. Planteamiento del Problema.....	13
1.2. Formulación del Problema	17
1.2.1. Problema General.....	17
1.2.2. Problemas Específicos	17
1.3. Objetivos.....	18
1.3.1. Objetivo General.....	18
1.3.2. Objetivos Específicos	18
1.4. Justificación	18
CAPÍTULO II.....	21
Marco Teórico.....	21
2.1. Antecedentes.....	21
2.1.1. Evidencia Internacional.....	21
2.1.2. Evidencia Nacional	24
2.1.3. Evidencia Regional	24
2.1.4. Evidencia Local.....	24
2.2. Bases Teóricas	24
2.2.1. Histórico.....	24
2.2.2. Doctrina	51
2.2.3. Tratados Internacionales	52
2.2.4. Convenios.....	52
2.2.5. Jurisprudencia	54
2.2.7. Acuerdos Plenarios.....	57
2.3. Hipótesis.....	57
2.3.1. Hipótesis General	57
2.3.2. Hipótesis Específicas.....	57

2.4. Definición de Términos	58
2.4.1. Conviviente	58
2.4.2. Filiación	58
2.4.3. Filiación Extramatrimonial.....	58
2.4.4. Filiación Matrimonial	59
2.4.5. Hijo Extramatrimonial.....	59
2.4.6. Hijo Matrimonial	59
2.4.7. Niño	60
2.4.8. Ostentar	60
2.4.9. Progenitor	60
2.4.10. Tenencia.....	61
2.4.11. Sustracción.....	61
2.4.12. Tribunal Constitucional	61
2.4.13. Sentencia.....	62
2.4.14. Estado	62
2.4.15. Acuerdos Plenarios.....	62
2.4.16. Pena	63
2.4.17. Sanción.....	63
2.5. Identificación de Variables	64
2.5.1. Variable Independiente	64
2.5.2. Variable Dependiente	64
2.6. Operacionalización de las variables e indicadores	65
2.7. Cuadro de Tabulación de Estadística	68
CAPÍTULO III.....	70
Metodología de la Investigación	70
3.1. Ámbito de estudio	70
3.2. Tipo de Investigación	70
3.3. Nivel de Investigación	71
3.4. Método de Investigación	71
3.5. Diseño de Investigación.....	72
3.6. Población y Muestra	72
3.6.1. Población.....	72

3.6.2. Muestra.....	73
3.7. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	74
3.7.1. Técnicas:	74
3.8. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos	74
CAPÍTULO IV	75
Resultados.....	75
4.1. Análisis, presentación e interpretación de datos.....	75
4.2. Proceso y Prueba de Hipótesis.....	100
4.3. Discusión de Resultados	103
Conclusiones	109
Recomendaciones.....	111
Referencia Bibliográfica.....	112
Anexos.....	116

FIGURAS

<i>Figura 1 Mapa de la Provincia de Huancavelica.....</i>	<i>17</i>
<i>Figura 2: Valorización SI=2 / NO=1</i>	<i>68</i>
<i>Figura 3 Población de Madres de Familia – Distrito de Ascensión – Quinta Boliviana ..</i>	<i>73</i>
<i>Figura 4 Población de Fiscales del Ministerio Público del distrito de Huancavelica</i>	<i>73</i>
<i>Figura 5 Cuadro General de Respuestas</i>	<i>102</i>

TABLAS

<u>Tabla 1 Operacionalización de variables.....</u>	65
Tabla 2 Pregunta N° 01 Menores de edad	76
Tabla 3 Pregunta N° 02: Se encuentra separado/ con la madre o padre de su menor hijo/a.....	77
Tabla 4 Pregunta N° 03 Vive permanentemente con su menor hijo.....	78
Tabla 5 Pregunta N° 04 Estuvieron bajo su cuidado con sus hijos desde que nacieron.	79
Tabla 6 Pregunta N° 05 Alguna vez el padre/ madre de su hijo intento llevárselo sin su consentimiento.	80
Tabla 7 Pregunta N° 06 Usted sabía que esa acción puede ser un delito.....	81
Tabla 8 Pregunta N° 07 Usted sabía que existe el delito de sustracción del menor.	82

<i>Tabla 9 Pregunta N° 08 Quiso seguir algún procedimiento para realizar una denuncia de sustracción del menor.....</i>	<i>83</i>
<i>Tabla 10 Pregunta N° 09 Si la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor Procedió.</i>	<i>84</i>
<i>Tabla 11 Pregunta N° 10 Se archivó la denuncia que realizó por el delito de sustracción del menor.....</i>	<i>85</i>
<i>Tabla 12 Pregunta N° 11 saben cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor.</i>	<i>86</i>
<i>Tabla 13 Pregunta N° 12 Conoce el procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de Tenencia.</i>	<i>87</i>
<i>Tabla 14 Pregunta N° 13 Sabes que si cuentas con una Declaratoria Judicial de Tenencia procedería su denuncia.....</i>	<i>88</i>
<i>Tabla 15 Pregunta N° 14 Ud. conoce que la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad.....</i>	<i>89</i>
<i>Tabla 16 Pregunta N° 15 Significado de Tenencia.....</i>	<i>90</i>
<i>Tabla 17 Pregunta N° 16 Sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado.</i>	<i>91</i>
<i>Tabla 18 Pregunta N° 17 Cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado.....</i>	<i>92</i>
<i>Tabla 19 Pregunta N° 18 Conoce el proceso judicial de Tenencia que debe seguir al separarse del progenitor de su menor hijo.</i>	<i>93</i>
<i>Tabla 20 Pregunta N° 19 Conoce el Ud. Que es la Declaratoria Judicial de Tenencia.</i>	<i>94</i>
<i>Tabla 21 Pregunta N° 20 Conoce para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia.</i>	<i>95</i>

Resumen

La importancia de la ejecución de la presente investigación titulado “Regulación Normativa Respecto a los Padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la Tenencia de Hecho-Distrito de Ascensión – 2015”, es un tema muy abordado y que se vive con mucha intensidad en nuestro país y como no decir en Huancavelica, por ello, para la presente tesis ha sido muy importante analizar los casos que se presentan de sustracción de menores por parte de los progenitores que no ostentan la Tenencia de hecho, ya que al cometer este tipo de actos, de acuerdo a nuestra legislación peruana y a nuestro Código Penal conforme al artículo 147° - Sustracción de Menor, no está regulada la Institución familiar de la Tenencia, como viene a plantearse es que en parejas que solo tuvieron una relación corta y pasajera, no surtiendo efectos legales por dicha condición, y que tuvieron hijos menores, y a su repentina separación, es el menor quien queda en total desamparo cuando uno de los progenitores de manera unilateral decide llevarse al menor, no configurándose así el delito, porque no encuadra la conducta referida, por no lesionar el bien jurídico de la Patria Potestad. Pero que sucede en este tipo de casos, al estar separados ya la pareja cada uno haciendo su vida por propia cuenta, es razonable que sólo uno de ellos ostentaría la Tenencia sólo de hecho de sus menores.

Entonces realmente se corre el riesgo de encontrarse inmersos en casos de sustracción de menor por parte de aquellos progenitores que no vivieron con sus menores hijos dentro del seno familiar, donde se desarrollaron los hijos primigeniamente (sea con quién vivió el menor padre o madre); ya que se busca resaltar que con estos actos atípicos de aquél progenitor se está vulnerado esa tenencia de hecho en sí, la esfera de custodia familiar, y no sólo incumbe este aspecto sino que este hecho también afecta al menor que es trasladado de su entorno a otro nuevo, afectando en su desarrollo psicológico, moral y social que le tocaría vivir, ya que es un trauma al ser el centro de la disputa de sus progenitores.

En los casos vistos en la Fiscalía Ministerio Público del Distrito de Huancavelica, el 100% de los casos fueron archivados de manera definitiva, el motivo fue que no se demuestra por parte de la madre agraviada documento que acredite que su menor hijo está bajo su custodio y cuidado, es decir la Tenencia mediante documento; también es porque

los hechos ocurridos no se encuentran inmersos dentro de la tipificación del delito de sustracción de menor. Como se viene diciendo líneas arriba en su mayoría éstas se archivan porque el bien jurídico protegido por dicha norma penal es la patria potestad, y lo que se busca en parejas separadas es que se afecta con este delito a la tenencia de hecho de uno de padres que tiene en su custodia a su menor hijo.

El objetivo general que se planteó en la presente investigación fue: “Conocer las normas internas y externas sobre la conducta atípica de uno de los progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho y por qué las denuncias son archivadas en la fiscalía”.

Por ello, el presente trabajo señala entre otras cosas, que nivel jurisprudencial, tanto nacional como internacional, ha quedado establecido que bajo ningún concepto deben limitarse o restringirse determinados derechos, como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal. Para el posible trabajo de investigación se tuvo como participación efectiva a 50 madres de familia del distrito de Ascensión en el sector de Quinta Boliviana que estuvieron y que están involucrados en temas de la tenencia de hecho con sus hijos, por lo que fueron encuestados y para obtener la información requerida se procedió en primera instancia a recopilar datos documentales y teóricos para sustentar el estudio, luego para hacer el diagnóstico, se aplicó un cuestionario, y entrevistas, el cual se elaboró en atención a los objetivos de estudio.

Para posteriormente analizarla esto contra la clasificación seleccionada y se definieron la información de cada madre en referencia a la variable de estudio. Con esta información percibida se procedió a integrarla para conocer en qué medida y/o porcentaje está el conocimiento con respecto al tema tratado en los involucrados, luego de la evaluación de información se concluyó que se debería de realizar capacitaciones a de manera exhaustiva para las personas enfocadas en estudio, son ellos quienes desconocen mucho de estos temas jurídicos y quienes deberían hacer un acercamiento a la población vulnerable brindando conocimiento para el correcto actuar de la defensa de su derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVES

- **Atípico**
- **Custodia**
- **Menor de edad**
- **Ostentar**
- **Patria potestad**
- **Progenitor**
- **Sustracción**
- **Tenencia**

LA AUTORA.

Introducción

No solamente en países como el nuestro, que se caracterizan por su pobre desarrollo y por la ineficiencia de las actuaciones de sus autoridades públicas, nos hemos acostumbrado a convivir con los problemas que se presentan a diario como son (hambre, abusos sexuales, transmisión de enfermedades mortales, torturas físicas y mentales, delincuencia organizada al interior de los centros de reclusión, sustracción de un menor sin ostentar la tenencia de hecho, secuestros, etc.) , se extiende y abarca casi en totalidad de los sistemas de los problemas jurídicos y sociales, pues, como lo podremos corroborar en la presente investigación, desde los propios momentos de su surgimiento de la tenencia de hecho por parte de uno los progenitores sin tener sustento mediante una constancia o documento judicial.

El presente trabajo de investigación titulado **“REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES PROGENITORES QUE SUSTRAN A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO-DISTRITO DE ASCENCIÓN - 2015”**, ha sido elaborado con la finalidad de optar el título profesional de Abogado y que sirva como base para el desarrollo de trabajos a futuro sobre este tema que es de vital importancia que conduce al conocimiento de las normativas correspondientes y a su interpretación adecuada por parte de los profesionales de la ley. En tal sentido, el presente trabajo de investigación consta de los siguientes capítulos:

CAPÍTULO I: Planteamiento del problema, constituye la base del trabajo de investigación donde se encuentra la información referente a la formulación del problema, determinación de objetivos de la investigación y justificación del trabajo de investigación.

CAPÍTULO II: Marco Teórico, comprende los antecedentes del estudio, bases teóricas, planeamiento de hipótesis, definición de términos básicos, variables y operacionalización de variables y el cuadro de Tabulación de la estadística.

CAPÍTULO III: Marco Metodológico, comprende el ámbito de estudio, tipo de investigación, nivel de investigación, método de investigación, diseño de la investigación, población, muestra y muestreo, técnicas e instrumentos de recolección de datos,

procedimiento de recolección de datos, técnicas de procesamiento y análisis de datos; con el cual se realizó dicha investigación.

CAPÍTULO IV: Resultados, comprende el análisis, la presentación e interpretación de resultados, todo esto de acuerdo al instrumento encuestas utilizado durante la investigación, de acuerdo a ello se realizaron los respectivos cuadros de análisis; para obtener finalmente la discusión de resultados concordado conjuntamente con nuestros respectivos antecedentes desarrollados dentro de la investigación correspondiente.

Teniendo básicamente tres resultados, que de forma conjunta llegamos a la conclusión que: existe a nivel del país y de la región de Huancavelica diversos casos en los cuales los niños se encuentran inmersos en medio del problema que uno de los padres ocasiona, al llevarse al menor sin tener éste la tenencia de hecho judicial, segundo que existe demasiado desconocimiento respecto a este tema por parte de las madres de familia, quienes generalmente se quedan al cuidado de su menor después de una separación con su padre; implicando que no recurran de manera oportuna a las instancias correspondientes para su seguridad primordial de aquel menor de edad; y tercero como punto final dentro de nuestra regulación legal peruana, existe una norma específica que regula la sustracción de menor; sin embargo no está redactada correctamente ya que la figura lesionada es la Patria Potestad, el cual es una institución muy general, siendo la más adecuada en este tipo de delitos es la Tenencia, ya que la Tenencia es la institución que implica el cuidado, contacto directo del menor sea en su desarrollo físico, moral, social, etc., que el otro progenitor no lo realiza cometiendo una acción lesiva contra dicha institución. Llegamos a esta conclusión de acuerdo al jurista Salinas Siccha Ramiro quién comparte esta teoría doctrinaria respecto al delito de sustracción de menor en la legislación peruana.

Finalmente se presenta las referencias bibliográficas, y los anexos comprendida por la Matriz de Consistencia, los instrumentos – encuestas realizadas para el sustento del trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

Problema

1.1. Planteamiento del Problema

En nuestro ordenamiento jurídico, existen delitos que se encuentran adecuadamente tipificados y otros que en el transcurso del tiempo, surgen nuevas circunstancias que se hacen necesarios su modificación o su aclaración con respecto a conductas que no se encuentran reguladas en el tipo penal y legal, para salvaguardar los derechos que son afectados por las nuevas conductas que lesionan los bienes jurídicos protegidos. El derecho es cambiante al cambio de la sociedad y de las nuevas circunstancias.

Es el caso del delito de sustracción de menor, regulado en el artículo 147° del Código Penal, que a la letra dice: "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 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."

Se debe tener en cuenta muy claramente que cuando las parejas contraen un matrimonio tienen la condición de cónyuges existiendo hijos matrimoniales, y que por motivos diversos se da el divorcio, la separación de cuerpos o por la invalidez del matrimonio, se fija de manera automática por un Juez los alimentos, el régimen de visitas y la patria potestad para los menores, a favor de uno de los cónyuges, de acuerdo a la condición de los menores.

Sin embargo, de acuerdo a lo dicho líneas arriba, en la vida cotidiana sucede lo contrario, existe mayor porcentaje de parejas que simplemente se conocieron y después de salidas llegan a engendrar un hijo, no formando una familia, sino cada uno hace su vida separados; siendo lo clásico de toda pareja inestable, es la madre quién suele quedarse con los menores bajo su cuidado, siendo en la mayoría la madre quién se lleva esa responsabilidad.

Se ve que las personas separadas no tienen la necesidad o será por el desconocimiento que deben de recurrir al Órgano jurisdiccional para solicitar la declaratoria judicial de la Tenencia de sus menores hijos, se tenga en realidad un respaldo legal que garantice que sus menores hijos se encuentran bajo su custodia.

Como se viene expresando anteriormente, la situación de solo una convivencia seguida de una separación, corren ese riesgo de encontrarse inmersos en casos de sustracción de menor por parte de aquellos progenitores que no vivieron con sus menores hijos dentro del seno familiar, sea por diversos motivos que puedan tener con su ex padre progenitor, que conlleven al padre o madre que no vive con el menor, decide llevárselo sin el consentimiento del padre o madre, porque quiere vivir con su menor.

Dada las circunstancias no se tipifica de manera clara y precisa dentro de la norma, es decir; dicha norma hace mención a la patria potestad, sin embargo

cuando un menor nace, los padres tienen por un derecho natural la patria potestad de sus hijos reconocidos por él. Es un hecho natural el ser padre tener derechos y obligaciones inherentes, pero que sucede cuando el menor solo vive con uno de ellos, muchos padres tienen la responsabilidad de pasarle una manutención muchas veces tan ínfima para las necesidades de los menores; sin embargo a pesar de estas situaciones aún tienen la plena conciencia que después de no haberles dado poco, después de su ausencia, de repente decide llevarse al menor para tenerlo a su lado, si bien es un derecho tener a su menor, disfrutar con el niño; pero no es la acción correcta para llevarse a un menor lejos de su madre con quien vive de manera cercana y familiar.

Pero entonces como queda este tipo de situaciones que suceden comúnmente en la ciudad de Huancavelica, simple y llanamente no es delito, no procedería las denuncias realizadas por aquel progenitor agraviado. Es por ello que se busca replantear este delito, siendo así que se debería de modificar el bien jurídico protegido al de la "tenencia de hecho" en parejas que fueron convivientes y separados, existiendo de este modo una protección a ese menor que es llevado con o sin consentimiento de él, ser regresado al padre o madre que sí lo tiene bajo su tenencia de hecho y cuidado personal.

Esto es muy importante ya que la patria potestad del menor, 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 discriminación de ser casados o no; y los derechos-deberes que les otorga la norma les corresponde 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.

Si bien, es su padre por lógica, se le da la razón, pero es aquí donde tengo que enfocar mi tema de investigación, ya que se busca es resaltar la CONDUCTA de aquel padre o madre que a sabiendas que su menor hijo o hija está bajo el cuidado de su madre que no vive con él, se lo lleva así sin más, porque quiere desde ya tenerlo a su lado, entonces viene la siguiente interrogante ¿es correcta la

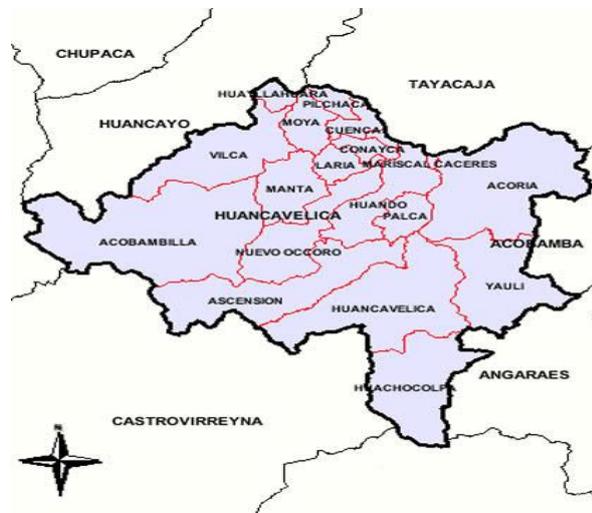
conducta del padre?, por supuesto que no, debemos recordar que no es un delito ese accionar de la conducta atípica de ese padre y por ende no es sancionable.

Claro que la madre o padre agraviado puede solicitar al Juez competente la Tenencia a su favor, muy bien una solución al problema planteado, y es la manera más correcta de actuar, pero cuánto tiempo tardará para obtenerlo, no es posible esperar para poder tener de vuelta a su hijo en brazos; son tantas cosas que pueden suceder para con el menor, como trasladarlo a otra ciudad, o simplemente y en los peores de los casos desaparecer sin dejar rastro, y durante la espera del proceso, no es posible que en este tipo de casos se pueda esperar tanto; es claro en una madre o un padre que busca ayuda no pueda ser escuchada estos problemas se convierten en vía crucis duras que tienen que enfrentar solos para tener a sus menores al lado.

Debemos ver nuestra realidad, que en nuestro país los procesos judiciales en general son tan largos los proceso y no es una excepción la de tenencia son demasiado tardíos por diversas deficiencias que existe en la administración de Justicia siendo los procesos largos, y realmente cualquier persona en esta situación quisiera una solución rápida, de las entidades encargadas de velar por los derechos de las niñas y niños. Tendría sentido esperar a que llegue un momento a que la madre agraviada, tenga la oportunidad de descuido para recuperar a su menor, con el mismo accionar y actitud como lo hizo su padre, simplemente con este accionar no se solucionaría el problema, pudiendo ser vulnerable en el futuro.

Son porque son realidades que suceden a la vuelta de la esquina, en los noticieros y el internet, historias desgarradoras de padres y madres agraviados que no encuentran consuelo al no tener a un hijo en brazos, sin saber de él. Realmente considero que estas situaciones deben ser muy desesperantes al no contar y tener un apoyo, en su búsqueda, y en nuestra sociedad es una lamentable realidad que se vive día a día.

Figura 1 Mapa de la Provincia de Huancavelica¹



1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿Existe regulación normativa interna y externa respecto a los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho - Distrito de Ascensión - 2015?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Existen medidas jurídicas respecto a los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho?
- ¿Es una conducta atípica de los progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho?
- ¿Por qué las denuncias del delito de sustracción de menor son archivadas de manera definitiva en la fiscalía?

¹ Página Web:

https://www.google.com.pe/search?q=mapa+de+huancavelica&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjb1L6W7dzUAhXE4SYKHd9LC_IQ_AUIBigB&biw=1366&bih=638#imgrc=87PWtPktF07KfM:

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Conocer las normas internas y externas sobre la conducta atípica de uno de los progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho y por qué las denuncias son archivadas en la Fiscalía.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Identificar las medidas jurídicas respecto a los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho.
- Analizar la conducta atípica de los progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho.
- Explicar por qué las denuncias del delito de sustracción de menor son archivadas de manera definitiva en la fiscalía.

1.4. Justificación

La presente investigación tiene como justificación que se debe de conocer los Institutos como la Patria Potestad y la Tenencia como entes importantes para la sociedad en los casos de sustracción de menor; pudiendo ser estos casos evitados y en otros resueltos de manera rápida y eficaz para aquellos padres que son agraviados.

Dado que en nuestra realidad del día a día existe incrementos de parejas, siendo en muchas de éstas las separaciones por diversos problemas de estas uniones de poco tiempo de relación, teniendo como consecuencia la división de los hijos que existen de por medio, con cuál de los padres va a quedar el niño, se ve claramente en las noticias casos de arrebatos o sustracciones de los hijos por parte de los progenitores, sin el consentimiento del quién ejerce la Patria Potestad y de aquel que tenga la Tenencia de hecho y a sabiendas del pleno conocimiento e

intención, de apartarlo del seno familiar en donde se encontraba el menor no queriendo devolverlo a quién lo reclama, siendo en muchos casos con violencia.

Para ello, es de precisar que el artículo 147° del Código Penal Peruano, no precisa que aquel que tenga relación parental sustrae al menor de edad rehusando entregarlo a quién ejerce la patria potestad, si bien menciona el ejercicio de la Patria Potestad que indefectiblemente lo ejercen ambos padres en caso de ser progenitores separados, entonces en este sentido no se encontraría inmerso en el delito, por ser su padre quien se lo lleva así sea sin el consentimiento de la madre que lo tenía bajo su cuidado. Ahora también nos menciona: 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, puede ser aquel padre que aun no siendo excluido de la patria potestad puede estar inmerso en este delito, ya que se requiere de la suspensión de la Patria Potestad por mandato judicial; en el caso de tener hijos extramatrimoniales como en parejas que sólo engendran hijos , en mayoría de estos padres no suelen acudir al Juez de menores para que designe a uno de ellos la Tenencia, si ocurriese el caso de que se lo lleve al menor, si bien atenta contra la Patria Potestad, bajo este contexto se busca con el presente trabajo pretender demostrar que de manera específica se atenta contra la Tenencia, la tenencia de hecho que tendrá aquel padre o madre que tenga a sus hijos bajo su cuidado, y venga aquel progenitor sustrayéndolo del lugar donde se encuentre con la intención de rehusar devolverlo. Se busca demostrar este planteamiento, ya que de manera específica se atenta contra la Tenencia y no de manera general como lo menciona la norma del delito de Sustracción de menor, si bien la Patria Potestad abarca lo que es los Alimentos, Régimen de Visitas, la Tenencia, etc. No nos demuestra que efectivamente se atenta contra la Patria Potestad, ya que la norma necesita ser mucho más específica. Y de esta forma se busca modificar el artículo 147° del Código Penal, el cual lo plantearíamos dentro de las recomendaciones del presente trabajo.

En este sentido, señalamos 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.

Además, este 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 progenitores separados, entonces este tipo de problemas no es bien recibido en las comisarías, dependencias policiales como denuncias, por no contar con un documento que avale que dicho menor de edad está bajo la custodia de uno de los padres, 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.

Para ello, nuestra 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. Es 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.

CAPÍTULO II

Marco Teórico

2.1. Antecedentes

2.1.1. Evidencia Internacional

Los Tesistas Pino Montero & Quiroz López (2015), de la Universidad de Chile realizaron la investigación titulada: “ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES”, el objetivo de esta investigación fue analizar los elementos doctrinarios y terminológicos que configuran la Convención, los mecanismos e instrumentos establecidos para obtener la restitución del menor sustraído; y muy particularmente la aplicación práctica del mismo en la jurisprudencia extranjera y nacional, a través del análisis de sentencias de tribunales de países muy diversos que, requeridos por un padre o

guardador, han debido resolver la situación del menor trasladado; y las falencias y propuestas indicadas por la doctrina de Derecho Internacional Privado sobre los complejos casos que intenta resolver. Por otra parte la población que se tomó fue el análisis de veintitrés casos tanto nacionales como internacionales, asimismo el procedimiento utilizado se dieron en dos fases: una voluntaria, ante las Autoridades Centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, al terminar estas fases y analizarlas se llegó a la siguiente conclusión que ante el aumento progresivo de las solicitudes de restitución, la que sólo puede esperarse crezca con la mayor presencia de inmigrantes en el país, se hace urgente una modificación legal que ajuste el procedimiento chileno a los términos del Convenio: En cuanto a la competencia, jueces con competencia en materia de familia, debidamente capacitados en materia de tratados internacionales de Derecho internacional privado en general y respecto de la Convención en particular. Y posibilidad cierta, recogida en la legislación de nombrar un Defensor de Menores, cuando las circunstancias lo ameriten (padres que sostienen pretensiones incompatibles a las del menor sustraído).

El Tesista Corigliano (2010), del país de Argentina, realizó su trabajo de investigación que lleva como título SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES-ASPECTOS PENALES, con el objetivo de poner de manifiesto cómo ha tratado el tema la doctrina y la jurisprudencia actualizada en los últimos años, y al mismo tiempo aportar una visión general del problema a partir del pensamiento penal de autores denominados clásicos que pueda servir de orientación a quienes se acercan al estudio del tema. Para la elaboración de este estudio se tomó como muestra el número de matrimonios binacionales que crece constantemente. Ya que cuando uno de esos matrimonios fracasa, los miembros de la pareja deciden con frecuencia volver a su país de origen y si la pareja tiene un hijo común la situación puede resultar sumamente complicada. Con reiteración una vez que los padres se han separado, el progenitor que no tiene la custodia del o de los menores los sustrae o se niega a devolverlos después de una visita. Hay otro caso aún más frecuente, el progenitor encargado de la custodia sustrae o retiene a los menores sin permiso del otro progenitor, esta violación de los derechos del otro progenitor da lugar a

prolongados procesos judiciales. Una vez analizada todos estos casos se tiene la siguiente conclusión pese a que se ha sostenido que el mundo judicial es frío, solemne y apartado de la vida cotidiana y que las partes están alejadas del juez, este espacio vacío lo ha llenado la globalización y apertura de fronteras. La multiplicación de matrimonios y parejas interculturales, la dificultad en las tramitaciones judiciales y la existencia de menores retenidos en sistemas jurídicos de diferentes Estados que no comparten principios legales ni acuerdos internacionales, hace que la función protectora del Estado asuma un compromiso para garantizar los derechos de los afectados por este delito creando instrumentos de prevención para la restitución de los mismos y a la par, brindar asesoramiento jurídico, psicológico, de orientación y contención familiar.

La Tesista Carrillo (2011), realizó el trabajo de investigación que tiene como título: "NIÑAS Y NIÑOS INVOLUCRADOS EN PROCESO DE SUSTRACCIÓN FAMILIAR EN MEXICO", teniendo como objetivo conocer la ineficacia, los vacíos legales y la ambigüedad en materia jurídica familiar, para lograr este objetivo se explica los estereotipos de género y la visión tradicional que sobre la familia han prevalecido en la sociedad mexicana. A partir de este análisis es que se puede llegar a explicar por qué las niñas y los niños son utilizados como objeto de disputa en esta pugna, y su bienestar suele quedar desatendido y olvidado por los involucrados en estos casos, es decir, por las autoridades y por sus sustractores. La estrategia metodológica que seguí para acercarme a este objeto de estudio fue la de entrevistar a diez madres y a diez padres que en la Ciudad de México y el Estado de Jalisco están tratando de recuperar la convivencia con sus hijos o hijas, así como realizar entrevistas y observaciones en las instituciones de gobierno y las organizaciones sociales que tienen injerencia en esta problemática. Por lo cual se llegó a la siguiente conclusión de 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.

2.1.2. Evidencia Nacional

No se encontró evidencia nacional.

2.1.3. Evidencia Regional

No se encontró evidencia regional.

2.1.4. Evidencia Local

No se encontró evidencia local.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Histórico

2.2.1.1. Sustracción de Menor

Según Hermosilla (1963), resume que: *“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. 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”.*

2.2.1.1.1. Concepto de sustracción de menor

Según el Código Penal (2015) peruano en su artículo 147°, que literalmente prescribe:

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 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.

Según Salinas Siccha (2013), expresa acerca de la sustracción de menor: “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, 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 quién tiene la patria potestad, sin que sea necesario actos posteriores”

El italiano Maggiore, comenta el Código Penal de 1924 alegaba: que el verbo sustraer indica la acción material de apartar, extraer o separar a un menor del ámbito de vigilancia de quién 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 quién 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”, 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.

En tanto que Villa Estein, sostiene que: “el verbo sustraer implica el acto de apartar o extraer al menor del ámbito de tutela paterno-filiar en que se encontraba, trasladándolo a lugar distinto por medio que sea”.

Para efectos de perfeccionamiento del ilícito penal es indiferente si el traslado se realiza con anuencia o en contra de la voluntad del menor, incluso, sin tomar en cuenta el tiempo que dure la sustracción, este puede ser breve o extenso, lo importante es verificar si se apartó al sujeto pasivo de aquellas personas que ejercen la patria potestad.

2.2.1.1.2. Acciones típicas

Podemos decir que el delito es aquel comportamiento del ser humano que vulnera un bien jurídico protegido por la Ley Penal, siendo una acción u omisión típica (Se encuentra en nuestro Código Penal, los diferentes tipos penales, el cual es la descripción objetivo de cada delito), antijurídica (acto voluntario que contraviene el presupuesto de la norma penal que busca como resultado la lesión o puesta en peligro los bienes jurídicos tutelados), y culpable (es la situación que una persona se encuentra en el momento de la comisión de un delito siendo responsable y merecedor de una pena). Y según los autores resaltan la acción típica del delito de sustracción de menor que consiste en:

López Barja de Quiroga (2004), hace el comentario a la conducta típica del delito de sustracción de menores: *“La conducta típica consiste en sustraer sin causa justificada a un hijo menor, (...) bien el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva*

habitualmente o de las personas e instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia, o la retención incumpliendo gravemente el deber establecido por la resolución judicial o administrativa”.

Lo característico del traslado y lo que confiere relevancia penal es hacerlo sin consentimiento del progenitor o de las personas o de las instituciones encargadas de su guarda o custodia.

La conducta típica debe referirse a aquellos supuestos en los que el sujeto activo no disfrute del derecho a tener al menor en su compañía en los periodos vacacionales, salvo que por convenio o resolución judicial, se disponga otra cosa. En síntesis, el traslado del menor en sí mismo no constituye la conducta típica, sino que debe añadirse la ausencia de consentimiento de la persona encargada de su custodia.

Creus (1998), nos menciona acerca de la acción típica de sustracción: *“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”.*

Escobar Veas (2015), menciona en su artículo que los autores han sido muy homogéneos en este punto. Ha expresado *“el término sustracción indica la idea de quitar al menor de la esfera de cuidado y dependencia en que se encuentra”.*

Politoff S. & Ramírez (2006), sostienen, al respecto, que *"sustraer significa básicamente sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba"*.

El autor Escobar Veas (2015), concuerda con los autores ya citados, y afirma que *"el comportamiento prohibido es sustraer a un menor de edad, sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra"*.

Zenteno (1984), entiende que la acción típica consiste en *"apartar al menor de la esfera del cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho (padres, guardadores, maestros, niñeras, etc."*

2.2.1.1.3. Bien jurídico protegido

Chirinos Soto (2006), explica que: *"El bien jurídico defendido por la ley en este artículo es la patria potestad. Según Flores Polo, la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad"*. Continuando con el mismo autor menciona: *"En realidad, el Derecho dice Héctor Cornejo Chávez- 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 sitúa 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."*

De acuerdo a Carbonell Mateu & Gonzáles Chusca (2001), comenta: *"Son los derechos inherentes a la patria potestad, se quiebra por tanto la relación existente entre el menor y las personas que lo tienen en su guarda. Además es posible que se lesione o ponga en peligro la seguridad del menor, sin que ello sea en absoluto un requisito para la consumación del delito de sustracción de menores"*.

Siguiendo a Donna (2001), el bien jurídico: *"Es el derecho básico a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto"*

a ellos. Desde esta perspectiva, el bien jurídico en estos tipos penales pasa por esta idea, y es desde esta idea que debe entenderse los”.

El bien jurídico según Garrido Mott (2010), 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 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 arrebatar o sacar a un niño de la esfera de custodia en la que se encuentra.

Por su parte Rodríguez Devesa (1983), concluyó: “a propósito que lo fundamental en este delito es el menosprecio de la voluntad de aquel a quien está atribuida la custodia del menor, siendo éste el bien jurídico protegido”.

Sin embargo Cobo del Rosal (1961), argumentó que, en el delito de sustracción de menores, se: “protege, con rango de bien jurídico, la familia, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda, o institución afín”.

Carrara (1978), a su vez, incluyó que: *El delito de sustracción de menores en el apartado de los "Delitos contra la Familia", entendiéndose 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.*

2.2.1.1.4. Tipicidad Objetiva

De acuerdo a Salinas Siccha R. (2013), dice que: “Del tipo penal se desprende que encierra dos conductas delictivas debidamente diferenciadas, aun 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 quien ejerce la patria potestad y rehusar entregar a un menor de edad de quien ejerce la patria potestad”.

a) Sustracción de menor

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, 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 quién tiene la patria potestad, sin que sea necesario actos posteriores”. En tanto Roy Freyre, también comentado el Código Penal de 1924 y citando al italiano Maggiore alegaba: que el verbo sustraer 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 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. En tanto que Villa Estein, sostiene que: “el verbo sustraer implica el acto de apartar o extraer al menor del ámbito de tutela paterno-filiar en que se encontraba, trasladándolo a lugar distinto por medio que sea”. Para efectos de perfeccionamiento del ilícito penal es indiferente si el traslado se realiza con anuencia o en contra de la voluntad del menor, incluso, sin tomar en

cuenta el tiempo que dure la sustracción, este puede ser breve o extenso, lo importante es verificar si se apartó al sujeto pasivo de aquellas personas que ejercen la patria potestad.

Esta modalidad de sustracción puede ser cometida, incluso, por el progenitor u otro ascendiente que todavía tenga la patria potestad. Es decir, el padre o la madre que todavía tiene la patria potestad comete el delito cuando arbitrariamente sustrae a su menor hijo de quién lo tiene en custodia. Esta es la intención legislativa de la Ley N° 28760 del 14 de junio de 2006. En efecto, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, se sostiene que corresponde al Estado dictar las medidas necesarias para la protección efectiva del menor, siempre velando por el interés superior del niño y del adolescente, y el pleno respeto de sus derechos, a su dignidad moral, física y psíquica, toda vez que es frecuente ver situaciones de este tipo cuando ocurren separaciones de hecho de las parejas, sin que estas acudan a las autoridades para que resuelvan el divorcio o su separación como pareja extramatrimonial. Ocurre con frecuencia que uno de los padres queda a cargo de sus hijos y luego el otro, se los quita, más que todo, por un sentimiento de venganza hacia su ex marido o su ex mujer o porque quiere llamar la atención o porque no acepta los términos de la separación.

b) Rehusar la entrega del menor

La otra conducta punible debidamente tipificada en el tipo penal del artículo 147°, es la conocida como rehusamiento de entrega de menor. Roy Freyre, analizando el Código derogado, enseña que la materialidad de esta figura delictiva radica en que el individuo que tienen en su poder al menor se niega en ponerlo a disposición de sus padres, del tutor o de la persona, que por tener legalmente el encargo de custodiarlo, reclama su entrega, reteniéndole al agente indebidamente en su dominio y siempre por finalidades distintas al sexo o a la petición de rescate. El menor el menor debe haber ingresado de modo lícito al dominio del sujeto activo, caso contrario, si se determina que el agente lo sustrajo y después se niega a entregarlo a sus padres, se configurará la conducta de sustracción de menor. Por

su parte Bramont – Arias Torres y García Cantizano afirman que por rehusar la entrega ha de interpretarse toda negativa del sujeto activo de poner – entregar – al menor en amnos de los que ejercen la patria potestad. En tanto que Javier Villa Stein expone que se produce la figura de rehusamiento cuando el obligado pudiendo y debiendo hacerlo omite entregarlo a los que ejercen la patria potestad, por abuso de confianza o por reticencia a la orden judicial.

La conducta punible de rehusar la entrega de un menor, aparece cuando el sujeto activo que tiene en su dominio al sujeto pasivo se niega, rehusa, rechaza o se opone a entregarlo a aquellas personas que legalmente ejercen la patria potestad y lo reclaman. Sin duda, el sujeto pasivo ha debido de entrar en poder del agente por medio de actos lícito, caso contrario si niega entregarlo a sus padres, habrá delito, por sustracción y no por rehusamiento.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta para estar ante la figura de rehusar la entrega del menor, es el reclamo previo, que deben hacer aquellos que ejercen la patria potestad. Si se determina que no existe reclamo de aquellos, resultará imposible afirmar que haya rehusamiento a la entrega del menor.

Carbonell Mateu & Gonzáles Chusca (2001) nos refiere que: *“La conducta típica consiste en sustraer al sujeto pasivo o rehusar entregarlo a quien ejerce la patria potestad sobre este”.*

Pacheco (2000), señalaba que: *“La sustracción de menores ”es un delito de inmensa gravedad en sí propio, de inmensa perversidad en el que lo ejecuta”.* Afirmaba, asimismo, que la persona que se hubiese apoderado de un niño, sólo para encerrarlo y privarlo de su libertad, para luego devolverlo a salvo a sus padres, no responde por el delito de sustracción de menores, sino que conforme a las disposiciones que sancionan las detenciones ilegales.

Muñoz Conde (1983), mencionan: Si bien ambos (...) En efecto, ambos sostienen que la sustracción de menores atenta contra la libertad en sentido amplio, aun cuando puedan afectarse otros bienes jurídicos de forma colateral. Así, este último autor expone que *“al fin y al cabo el menor y aun el*

niño son personas, con esferas de libertad limitadas, sin duda, pero reales". En aquellos casos extremos en que el menor no pueda ejercerla, lo harán sus padres o guardadores en su nombre, de donde se deduce que hay un valor o interés de libertad, cambiando tan sólo su titularidad.

Fernandez de Bujan (2011), señala que:

En los delitos de sustracción de acuerdo a la edad y situación de la víctima varia el ataque al bien jurídico, concluyendo que éste es un delito "con pluralidad de bienes jurídicos que, según los casos, adquieren prevalencia distinta". Puntualiza que "en algunos casos prevalecerá la libertad deambulatoria" (Cuando por ejemplo se induzca a abandonar su hogar a un joven de 17 años), "en otros prevalecerá el ataque a la libertad de los padres para decidir el movimiento y situación de los menores; en otros casos la seguridad del menor; otras veces los propios principios que rigen el derecho de familia y los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela, etc."

Garrido Montt (2010) nos dice que la tipicidad objetiva es:

"El comportamiento prohibido es sustraer a un menor de edad, sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra, en el entendido que lo perseguido es detenerlo o encerrarlo, privarlo de la libertad de desplazamiento, de la que potencialmente es titular. (...) Si se le ha privado de esta libertad se incurre en el delito de sustracción de menores. La sustracción de menores no comprende la situación de una persona que de hecho tiene a un menor en su poder sea porque asumió su custodia de facto o no tiene un derecho preferente para hacerlo y se niega a entregarlo a aquella a quién le corresponde legalmente esa custodia. Corresponde, en consecuencia, distinguir entre las diversas modalidades de comportamientos que afectan a un menor: "sustraerlo" y "negarse a entregarlo a sus padres o guardadores".

Según nos relata Donna E. A. (2001) citando a Moreno, las conductas penadas son dos:

- a. Substracción de un menor

b. Retención del mismo

(...) De manera que la esencia del delito está en la sustracción del menor, para que el delito concurra se requiere que el hecho se produzca mediante sustracción, que la persona sustraída sea un menor de diez años 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, lo que lleva a decir a Núñez que se trata del robo de un niño.

La acción de sustraer implica apoderarse para sí o para un tercero del menor o apartarlo o sacar al niño de la esfera de custodia a la que se encuentra sometido. Los medios que se utilizan por parte del agente en referencia al menor no resultan de relevancia, y puede ser con o sin violencia, con o sin la voluntad del menor en cuestión. En este sentido aclaraba Moreno que las diferentes edades de los distintos códigos no influyen en el concepto, ya que se presume que carece de capacidad para consentir.

De todas formas, la idea del legislador es que el menor no puede ser considerado como la propiedad de los mayores, ni de los guardadores, pero debe ser cuidado por los mayores. Retiene al menor sustraído el que lo detiene o guarda. Núñez (2002) citando a Moreno nos dice que la retención de un menor supone que "el agente no ha sustraído al menor, pero que habiendo llegado éste a su poder, lo retiene en vez de entregarlo a las personas que lo tenían a su cuidado o de dejarlo para que vuelva a donde aquellas estuvieren siempre que fuese posible.

2.2.1.1.5. Tipicidad Subjetiva

Según Salinas Siccha (2013), menciona que: "las figuras delictivas analizadas son punibles a título de dolo. En efecto, en a sustracción de menor, el agente tiene pleno conocimiento y voluntad de apartar al menor de aquellas personas que ejercen la patria potestad, en tanto que en la conducta de rehusamiento, el agente tiene conocimiento que la patria potestad le

corresponde a los que reclaman al menor, sin embargo, voluntariamente rehúsa o se opone a entregarlo”.

Los móviles de compasión, amor, cariño por el menor no excluyen la comisión del delito. Si por el contrario se llega a determinar que la sustracción o la oposición a la entrega del menor tiene por finalidad obtener algún provecho patrimonial o explotar al menor, se configurarán delitos más graves.

Según Carrara (1997), dice que: *“el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”.*

Según Grisanti (2000), menciona que: *“el Dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito”.*

Donna (2001) en su opinión al tipo subjetivo: *“Nos encontramos frente a un delito doloso, que consiste en sustraer con la intención de 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, etcétera”.*

2.2.1.1.6. Sujetos

a. Sujeto activo

Salinas Siccha R. (2013), menciona que:

Del tipo penal se desprende que estamos frente a delitos cometidos en doctrina como especiales o particulares, esto es, el sujeto activo o agente está limitado a las personas que reúnen determinada condición o cualidad, la misma que viene indicada necesariamente en el tipo penal respectivo. Aquí, podrá ser sujeto activo de alguna de las conductas analizadas, aquel que tenga alguna relación parental con el sujeto pasivo. Esto es, podrá ser el padre privado del ejercicio de la patria potestad, los tíos, hermanos mayores, abuelos, etc. Incluso ahora con la modificación introducida por la Ley N° 28760 de junio de 2006, podrá ser autor del delito en hermenéutica el padre o la madre, así no hayan

sido excluidos judicialmente de la patria potestad. Es decir, comete delito, por ejemplo aquel padre que teniendo vigente la patria potestad sustrae al menor del cuidado de su madre.

Carbonell Mateu & Gonzáles Chusca (2001) dice que: *“El sujeto activo es el pariente. Incluyéndose a los padres privados del ejercicio de la patria potestad”*.

Creus (1998) nos explica:

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 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.

Donna (2001) de acuerdo al tema indica que:

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona. En opinión de Soler no puede aplicarse la disposición del artículo 146 al “padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor”. Creus afirma que esta posición se basa en la idea de que el delito es una ofensa en contra de los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda. Pero, agrega el autor, que la conducta del padre que así actúa vulnera la libertad de ejercicio de esos derechos, con lo cual la doctrina antes citada no es del todo coherente.

b. Sujeto Pasivo

Salinas Siccha R. (2013), menciona que el sujeto pasivo es:

La víctima o sujeto pasivo de las conductas, solo podrá ser un menor de edad, que según nuestro Código del Niño y del Adolescente, son aquellas personas menores de 18 años. Otro aspecto que se debe tener en cuenta para calificar las conductas de modo positivo, es la circunstancia que el sujeto pasivo debe ser pariente del sujeto activo. (...) igualmente se constituirán en sujetos pasivos de la presente conducta delictiva, aquel o aquellos padres que tengan el ejercicio de la patria potestad sobre el menor sustraído o que no se quiere entregar.

Carbonel Mateu & Gonzales Chusca (2001) explica que: *“El sujeto pasivo es el que ejerce la patria potestad y el menor de edad”.*

Donna (2001) manifiesta que:

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..

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..

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 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.

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.

Nos narra Garrido Montt (2010) 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 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.

2.2.1.1.7. Consumación y tentativa

Salinas Siccha R. (2013), refiere que:

Hay consumación de un delito en el instante o momento en que aparecen todos los elementos del tipo penal. Es ese sentido, la conducta de sustracción de menor se perfecciona en el instante en que el sujeto activo tiene en su poder o dominio al sujeto pasivo después de haberlo trasladado de donde se encontraba. Aquí cabe perfectamente la tentativa. Por ejemplo, sin derecho ni explicación coherente una tía es sorprendida llevándose al menor a su domicilio.

Por su parte, el injusto de rehusar la entrega de menor se perfecciona en el momento en el que ante el reclamo de los padres, el sujeto activo que tiene bajo su dominio al sujeto pasivo, se niega u omite tajantemente a entregarlo. Resulta importante el reclamo verbal o por escrito que deben hacer los padres. Si se determina que aquellos nunca lo

reclamaron no aparecerá el delito. Asimismo, al tratarse de una figura de omisión es importante la materialización de la tentativa.

Para Carbonel Mateu & Gonzales Chusca (2001), exponen: *“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”.*

Explica el autor español Donna (2001):

Tal como ocurre en el 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. Creus, en cambio, sostiene que aunque el sujeto activo no haya consolidado la tenencia, también se consuma el hecho. También se produce la consumación del delito cuando se realizan los actos de retención u ocultamiento del menor ya sustraído por otra persona.

En todos los casos resulta admisible la tentativa.

2.2.1.1.8. Pena

El Artículo 147° del Código Penal (2015) señala: *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 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 potestad².

Para Salinas Siccha R. (2013) refiere con respecto a la pena: *“Después de un debido proceso penal, de encontrarse responsable penalmente al acusado, se le impondrá pena privativa de libertad que oscila entre dos días y*

² 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.

dos años, dependiendo ello de la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos investigados”.

Nos menciona Garrido Montt (2010) que:

Hay una sanción general o base para el delito de sustracción de menores, aplicable en el caso que en su ejecución no se presenten circunstancias especiales, (...)”con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos”.

(...) algunas circunstancias de agravación de la pena:

a) si la sustracción se ejecuta con el objetivo de obtener rescate, imponer exigencia o arrancar decisiones,

b) si resultare grave daño en la persona del menor, que a lo menos debe ser atribuible a culpa de los captores, y

c) si con motivo u ocasión de la sustracción se comete, además, homicidio, violación, violación sodomítica, o delito de mutilación o lesiones gravísimas en la persona de los menores, estas situaciones transforman al secuestro en un delito complejo.

Estas agravantes han de ser entendidas en el alcance que se explicó al tratar el secuestro. Las circunstancias indicadas en las letras a), b) y c) endurecen la pena, que se aumenta a presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

2.2.1.1.9. Atipicidad del Comportamiento Imputado de Sustracción de Menor

El autor nacional Rojas Vargas (2012), en su libro titulado: Código Penal – Dos décadas de jurisprudencia, nos presenta un caso el cual quiero colocar para ver de cómo no se configura el delito de sustracción de menor, por ser una conducta atípica:

A. Atipicidad del Comportamiento Imputado de Sustracción de Menor por No Ejercicio de la Patria Potestad por la Madre Denunciante.

Se imputa a la procesada la comisión del delito de Sustracción de menor, por haber retirado a la menor agraviada del hogar materno, en circunstancias en que fue a visitarla al domicilio donde residía conjuntamente con su progenitora. El delito de sustracción de menor se configura cuando el sujeto activo, que puede ser cualquier pariente, incluidos los padres, sustraen o rehúsan entregar a un menor a quién ejerce sobre éste la patria potestad, (elemento esencial del delito). Conforme lo señala el artículo 421° del Código Civil, la Patria Potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o la madre que los ha reconocido; si, cuando se imputó el hecho investigado, la madre denunciante no se encontraba ejerciendo la patria potestad de su menor hija, no concurren, en consecuencia, los requisitos para la tipificación del delito; por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales revocaron la sentencia apelada que condena a la procesada y reformándola la absolvió de la acusación fiscal”³ (p. 248).

2.2.1.1.10. Sustracción de Menor en el ámbito Internacional

Si bien se ha descrito el delito de Sustracción de menor dentro del ámbito nacional peruano, ahora se desarrollará de qué modo este delito está regulado o tipificado en los diferentes Estados internacionales.

2.2.1.1.10.1. En el Código Penal Argentino

Regulado en el artículo 146°.- *Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.*

Hace su comentario elDial.com (2011) con respecto al artículo:

La acción de sustraer consiste en despojarlo de quién 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

³ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumerios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 29 de enero de 1998, Exp. N° 6211-97.

esconderlo impidiendo conocer su ubicación por parte del legítimo tenedor, esto de acuerdo Creus & Buompadre, 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.

2.2.1.1.10.2. En el Código Penal del Estado de México/ 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."*

Conforme lo explica Editor (2010), 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.

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 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

2.2.1.1.10.3. En el Código Colombiano

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 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.

López (2014); nos hace un comentario al artículo colombiano:

A. Precisiones conceptuales:

- Arrebatat: Es tomar violentamente a una persona y trasladarla de manera forzada de un sitio a otro.
- Sustraer: Posesión de un sujeto en contra de su voluntad y de manera fraudulenta para trasladarla a un sitio donde será privado de su libertad.
- Retener: Hacer que alguien en contra de su voluntad permanezca en un lugar.
- Ocultar: Esconder intencionadamente una cosa.

B. Tipo Objetivo:

Sujetos:

El sujeto activo: Padre o madre quien ejerce patria potestad.

Sujeto pasivo: Hijos menores sobre quienes se ejerce la patria potestad.

C. Acción:

El padre que arrebatat, sustraiga, retenga u oculte u uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad.

D. Es Un Tipo Penal Autónomo:

Lo que se comporta aquí es un concurso con el secuestro.

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 cual es el bien ajeno jurídicamente tutelado que se está vulnerando dentro de la familia.

E. Bien Jurídico:

La libertad de locomoción del hijo menor de edad sobre el cual se ejerce la patria potestad.

F. Tipo Subjetivo:

Esta conducta es Dolosa. El sujeto activo debe conocer el vínculo parental que tiene para con el sujeto de la acción y querer privarlo de la libertad.

2.2.1.2. Tenencia o Custodia con relación al delito de Sustracción de Menor

2.2.1.2.1. Concepto

De acuerdo a Varsi Rospigliosi (2011), nos 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).*

De acuerdo al Código Civil (2011), que a su vez contiene al Código de los Niños y Adolescentes Ley N° 27337, que conforme al artículo 81° plasma 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.”

Según Dávila , s.f.; explica que: *“La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor.*

Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley”.

Según el Ministerio Público Fiscalía de la Nación (s.f.); aporta que: *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, además debe considerarse como el derecho del hijo de vivir con el padre que mejor asegure su formación y desarrollo.*

La Casación N° 1738-2000 - CALLAO menciona que: *“La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho , en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es , teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro”.*

Según la Casación N° 1805-2000 - LIMA, menciona que: *“Cuando los padres se encuentren separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinara de común acuerdo con ellos y en caso de no existir acuerdo la tenencia se resolverá judicialmente tomando en consideración que se debe escuchar la opinión del niño”.*

2.2.1.2.2. Clases de Tenencia

2.2.1.2.2.1. Tenencia de Hecho

De acuerdo a Dávila (s.f.); menciona acerca del tema:

La tenencia de hecho puede ser:

- *Porque existe un acuerdo entre los padres sin recurrir a ningún tercero. En este caso los padres tomaron la decisión de tener la tenencia del menor ya sea por un acuerdo expreso o tácito.*
- *Por decisión unilateral de uno de los padres.*

2.2.1.2.2.2. Tenencia Definitiva por Decisión Judicial

Tenencia definitiva por una decisión judicial o por un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada. Nos dice Dávila (s.f.) Que: *“La tenencia definitiva se debe a un proceso judicial o un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada como los Centros de Conciliación o las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades”.*

2.2.1.2.2.3. Tenencia Provisional

De acuerdo a Dávila (s.f.) Dice que: *“La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica.*

Si uno de los padres tiene la custodia de hecho entonces no podrá solicitar la tenencia provisional. Sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia”.

2.2.1.2.3. Características

Las características de la tenencia o custodia de acuerdo al Ministerio Público Fiscalía de la Nación (s.f.) Son:

- Es un derecho subjetivo familiar.

- Es un atributo de la Patria Potestad.
- Es indelegable e Intuito Personae.
- Es extra patrimonial.
- Es imprecipitible empero es temporal.

2.2.1.2.4. Función

El cuidado inmediato del niño, niña o adolescente hijo para asegurar la protección y desarrollo del mismo. Conforme lo explica el Ministerio Público Fiscalía de la Nación (s.f.).

2.2.1.2.5. Los Sujetos

A. Sujetos en aptitud de ejercer tenencia:

Los padres:

- Mamá y Papá.
- Mamá o Papá.

B. Sujetos respecto a los que se ejerce la tenencia:

Los hijos:

- Hijos Matrimoniales.
- Hijos Extramatrimoniales.
- Hijos Adoptivos.

OTROS FAMILIARES (Abuelos, tíos, hermanos, podrían asumir el cuidado a través de la tutela, adaptaron la tenencia a la TUTELA atendiendo al interés superior). Conforme lo menciona el Ministerio Público Fiscalía de la Nación (s.f.).

De acuerdo a Morillo Jiménez (2011), nos hace una referencia sobre el tema de Tenencia:

Así 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;
- 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.

En determinadas circunstancias el ejercicio de este derecho puede verse interrumpido como cuando los padres del menor se encuentren separados de hecho, es decir, cuando ambos padres viven en domicilios distintos.

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.

2.2.2. Doctrina

2.2.2.1. *Teoría del Derecho Penal*

2.2.2.1.1. Teoría causalista:

Nos explica Equipo 5 (2009) que:

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 deben estar vinculados casualmente.

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

2.2.3. Tratados Internacionales

2.2.3.1. *La Declaración de los Derechos del Niño de 1959*

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:

- a. 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.

2.2.4. Convenios

2.2.4.1. *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.

- a. Finalidad de la convención

* Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

* Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

2.2.4.2. Convención de los Derechos del 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.

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 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.

2.2.5. Jurisprudencia

2.2.5.1. EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC LIMA

- **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 emplazado 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 emplazado, 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.

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

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú. Donde se **resuelve**: 1. Declarar **FUNDADA** la demanda; 2. Ordenar a don Mariano Fiorentino Flagielo 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. ° Del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

2.2.5.2. Exp. N° 01817-2009-PHC/TC

- **Análisis del caso concreto**

Para evaluar los alegatos de la demanda, es preciso determinar desde qué fecha el emplazado tiene la tenencia de sus menores hijos, y si ésta ha sido ejercida en forma arbitraria, pues se acusa que ha impedido de manera injustificada que sus menores hijos puedan ver a madre. Para determinar ello se procederá a evaluar el comportamiento del emplazado a

partir del día siguiente en que asumió efectivamente la custodia de sus dos menores hijos.

Así se tiene que en el proceso de divorcio por causal que le inició el emplazado a la demandante, se determinó que éste se quedaba con la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. y se le fijó a la demandante un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Así, en el segundo punto resolutivo de la sentencia N° 326-2005-20 JFL, de fecha 18 de agosto de 2005, obrante de fojas 601 a 612, se resuelve: **Declarar FUNDADA** (...) la pretensión accesoria del demandante de TENENCIA de sus hijos (...); fijándose un Régimen de visitas progresivo, abierto y libre para la demandada Shelah Allison Hoefken.

Dichos mandatos (tenencia y régimen de visitas) fueron confirmados por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de fecha 19 de enero de 2006, obrante de fojas 616 a 617.

A la vista de las resoluciones judiciales referidas, resulta evidente que la demandante perdió la tenencia y custodia de sus menores hijos, siendo éstas asumidas por el emplazado, pues a ella se le estableció un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Aún más, con fecha 25 de febrero de 2006, según se desprende del acta de entrega, obrante a fojas 621, en mérito de las resoluciones judiciales referidas, los menores fueron entregados en custodia a su padre.

Hechas estas precisiones, corresponde determinar cómo se ha venido desarrollando el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente al 25 de febrero de 2006, es decir, si respetó el régimen de visitas progresivo, abierto y libre ordenado o lo incumplió de manera arbitraria e injustificada. Ello a fin de poder determinar si efectivamente vulneró el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella.

Así, con fecha 4 de marzo de 2006, la demandante se constituyó junto con un efectivo de la Policía Nacional en el domicilio del emplazado a fin de verificar que éste no le permitía ver a sus menores hijos. En efecto, de la constancia policial de fecha 5 de marzo de 2006, obrante a fojas 637, se desprende que la demandante el día 4 de marzo de 2006 no pudo ver a sus menores hijos porque, según le indicaron, ellos no se encontraban en el domicilio. **Resuelve:** Declarar FUNDADA la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales; y Ordenar a don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. a doña Shelah Allison Hoefken, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

2.2.7. Acuerdos Plenarios

No se encontraron acuerdos plenarios referentes al tema.

2.3. Hipótesis

2.3.1. Hipótesis General

No existe regulación normativa en el Código Penal respecto a los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho – Distrito de Ascensión – 2015.

2.3.2. Hipótesis Específicas

- No existen medidas jurídicas respecto a los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho

- Es una conducta atípica de los progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho.
- Las denuncias del delito de sustracción de menor son archivadas de manera definitiva en la Fiscalía por falta de un requisito de procedibilidad.

2.4. Definición de Términos

2.4.1. Conviviente

Este término hace alusión a una persona o de cualquier ser vivo que convive, cohabita, vive, comparte, alterna y relaciona. Nombre común en cuanto al género. Se refiere a cada una de las personas con quien de manera particular se vive en una misma vivienda, morada o en una habitación. De acuerdo a Definiciona - Definición y Etimología (2015).

2.4.2. Filiación

Del latín: “filius”, ‘hijo’. La filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo. De acuerdo a Moreno R. (2009).

Este estado se deriva de la relación entre el nacido y sus progenitores que le hace ganar derechos y deberes. De acuerdo a Siles C. (2012).

2.4.3. Filiación Extramatrimonial

Se da en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres. De acuerdo Díaz Izaga (2015).

No es filiación matrimonial, es decir extramatrimonial la del hijo que no fue ni concebido ni nacido durante matrimonio y obtuvo la determinación de la paternidad y maternidad tardíamente, esto es, sólo una vez disuelto el matrimonio que ligó a sus progenitores. De acuerdo a Corral Talciani (2003).

2.4.4. Filiación Matrimonial

Con la Filiación, el matrimonio se completa y se llega a ser propiamente una familia. De acuerdo a la Díaz Izaga (2015).

La filiación matrimonial propiamente tal, es decir, la que compete al hijo nacido o concebido en matrimonio. La filiación matrimonial de origen está definida en el inciso 1º del art. 180 del Código Civil: “la filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo”. La concepción del hijo durante el matrimonio determina la filiación matrimonial aun cuando el nacimiento se produzca después de su disolución, como en el caso en el que el hijo nace antes de trescientos días después de la disolución del vínculo. De acuerdo a Corral Talciani (2003).

2.4.5. Hijo Extramatrimonial

Es el nacido fuera del matrimonio. De acuerdo a Díaz Izaga (2015).

No sucede lo propio con el hijo de filiación no matrimonial, cuyo vínculo es siempre unilateral, de padre, de madre o de ambos, pero de manera independiente, ya que aunque ambos padres estén determinados ellos no tienen deberes entre sí ni forman, ante el Derecho una comunidad ni tampoco están obligados a formarla o mantenerla. Corral Talciani (2003).

2.4.6. Hijo Matrimonial

Los nacidos después de determinado plazo, y dentro de otro plazo que como máximo se cuenta desde la disolución. De acuerdo a Díaz Izaga (2015).

El hijo de filiación matrimonial tiene necesariamente un vínculo que es doble: paterno y materno a la vez, y es insertado en la comunidad que existe entre sus padres, los que tienen el compromiso jurídico de constituir una familia para él. Por eso, el hijo matrimonial tiene propiamente un status familiae. De acuerdo a Corral Talciani (2003).

2.4.7. 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.*

2.4.8. Ostentar

Es un verbo transitivo que puede significar varias cosas: la acción de exhibir, mostrar o hacer manifiesta alguna cosa; la de lucirse o alardear de lo que se tiene, o simplemente al hecho de tener un cargo, un título o un privilegio en particular. La palabra, como tal, proviene del latín ostentare, que significa 'exhibir o mostrar reiteradamente'. Así, pues, ostentar puede referirse a la persona o cosa que exhibe o hace patente alguna característica o rasgo particular. De acuerdo a (Significados, s.f.).

2.4.9. Progenitor

Son los padres respecto de sus hijos. (si no hay hijos obviamente no serían progenitores). En el caso específico de los seres humanos, la reproducción se lleva a cabo a través de una relación sexual. Un niño, por lo tanto, es el fruto de una relación sexual que mantuvieron sus progenitores nueve meses atrás (ya que ese es el tiempo de gestación y lo que dura el embarazo). La progenie es el mecanismo más importante del ser humano para establecer grupos sociales. Cuando los progenitores tienen su descendencia, forman lo que conocemos como familia. El niño, al crecer, se convertirá en un adulto que puede decidir tener su propia descendencia, agrandando así la familia original formada por sus progenitores

quienes, obviamente, han tenido sus propios progenitores (los abuelos del niño). A partir de la descendencia y de otros vínculos no sanguíneos, se desarrollan y se amplían las familias que constituyen el grupo básico a través del cual se organiza una sociedad. De acuerdo a Definición.DE (2008).

2.4.10. Tenencia

La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quién se quedará el menor. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley. De acuerdo a Dávila (s.f.).

2.4.11. 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.

2.4.12. 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 Nº 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.

2.4.13. 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.

2.4.14. 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).

2.4.15. Acuerdos Plenarios

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).

2.4.16. Pena

Es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito.

Dos axiomas deben tenerse en cuenta, el primero, el principio de personalidad de las penas, que significa que las penas no pueden trascender a personas que no sean culpables del delito; el segundo, el principio de igualdad ante la Ley penal, según el cual, las penas no pueden ser diferentes por la condición social de las personas.

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.

2.4.17. 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.

2.5. Identificación de Variables

2.5.1. Variable Independiente

- Sustracción de menor

2.5.2. Variable Dependiente

- Regulación normativa sin ostentar la tenencia de hecho

2.6. Operacionalización de las variables e indicadores

Tabla 1 Operacionalización de variables

“REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES PROGENITORES QUE SUSTRAYEN A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO - DISTRITO DE ASCENSIÓN - 2015”

VARIABLE DEPENDIENTE E INDEPENDIENTE	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	SUB INDICADORES	SUB INDICADORES	ESC	DIRIGIDO A:
REGULACIÓN NORMATIVA SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO SUSTRACCIÓN DE MENOR	Analizar las normas del delito de sustracción de menor	Acciones típicas	Sustraer	Traslado de un menor de su lugar de residencia	Sabía Ud. ¿Qué existe el delito de Sustracción de menor?	Si/No	Madre de familia
					¿Que regula actualmente el código penal sobre sustracción de menores?	Si/No	Fiscal penal
			Apartándolo de los lugares que ejercía su tenencia	Diga Ud.: ¿alguna vez el padre/ madre de su hijo intentó llevárselo sin su consentimiento?	Si/No	Madre de familia	
		Rehusar		Diga Ud.: ¿Cuándo se sustrajo a su menor hijo, éste rehusó devolverlo ante su pedido?	Si/No	Madre de familia	
		Bien jurídico protegido	Patria potestad	Derechos	Diga Ud.: ¿El padre o madre cumple con sus derechos para con su menor hijo?	Si/No	Madre de familia
				Obligaciones	Diga Ud.: ¿El padre o madre cumple con sus obligaciones para con su menor hijo?	Si/No	Madre de familia
			Seguridad del menor		Diga Ud.: ¿Su menor hijo está bajo su protección?	Si/No	Madre de familia
		Tipicidad	Objetiva	Dolo	Diga Ud.: ¿alguna vez el padre/ madre de su hijo intentó llevárselo sin su consentimiento?	Si/No	Madre de familia
					En el delito de sustracción de menor es importante si uno de los padres no presta su consentimiento	Si/No	Fiscal penal
			Subjetiva			Si/No	Fiscal penal
		Sujetos	Activo	Cualquier persona	¿Quiénes pueden ser culpables de una sustracción de menores?	Si/No	Fiscal penal
					Diga Ud.: ¿la persona que sustrajo a su menor fue distinta a su padre?	Si/No	Madre de familia
			Padre o madre	Diga Ud.: ¿vive con la madre o padre de su menor hijo/a?	Si/No	Madre de familia	
			Pasivo	Quien Ejerce la tenencia.	Conoce Ud.: ¿el significado de tenencia?	Si/No	Madre de familia
		Menor de edad		Diga Ud.: ¿Tiene hijos menores de edad?	Si/No	Madre de familia	
Consumación	Sustracción	Desplazamiento del menor	Sabía Ud.: ¿Que ese acción puede ser un delito?	Si/No	Madre de familia		

			Rehusar	Omisión	Diga Ud.: ¿Cuándo se sustrajo a su menor hijo, éste rehusó devolverlo ante su pedido?	Si/No	Madre de familia
	Tentativa		Sustracción	Admite	Diga Ud.: ¿intentó impedir la acción cometida?	Si/No	Madre de familia
			Rehusar	No admite	Diga Ud.: ¿intentó impedir la acción cometida?	Si/No	Madre de familia
	Pena	Privativa de libertad	No mayor de 2 años	Conoce Ud.: ¿Qué la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad?	Si/No	Madre de familia	
Tenencia o custodia con relación al delito de sustracción de menor	Características	Subjetivo	Familiar	Diga Ud. ¿Sus menores hijos se desenvuelven dentro de su entorno familiar materno/paterno?	Si/No	Madre de familia	
		Atributo	Patria potestad	Conoce Ud.: ¿Si Cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado?	Si/No	Madre de familia	
		Indelegable	Personal	Diga Ud.: ¿Si sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado?	Si/No	Madre de familia	
	Función	Cuidado del menor	Desarrollo	Diga Ud.: ¿vive permanentemente con su menor hijo/a? ¿Cómo se determina la residencia habitual del menor?	Si/No	Madre de familia	Fiscal penal
			Protección	Diga Ud.: ¿Desde que nacieron sus hijos estuvieron bajo su cuidado?	Si/No	Madre de familia	
	Sujetos	Aptitud de ejercer la tenencia	Mamá y papá	Diga Ud.: ¿Convive con su padre de su menor hijo?	Si/No	Madre de familia	
			Mamá o Papá	Puede el progenitor que no vive con el menor sujeto activo del delito de sustracción de menor. Conoce Ud.: ¿El proceso de declaratoria judicial de tenencia?	Si/No	Fiscal penal	Madre de familia
		A los que se ejerce la tenencia	Hijos	Conoce Ud.: ¿Para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia?	Si/No	Madre de familia	
				¿Es posible denunciar el delito de sustracción de menor sin tener el documento o sentencia de tenencia?	Si/No	Fiscal penal	
		Otros	Hermanos	Diga Ud.: ¿Su menor hijo está bajo el cuidado de su hermano/a?	Si/No	Madre de familia	
			Abuelos	Diga Ud.: ¿Su menor hijo está bajo el cuidado de su abuelo/a?	Si/No	Madre de familia	
	Tíos		Diga Ud.: ¿Su menor hijo está bajo el cuidado de su tío/a?	Si/No	Madre de familia		
	Tenencia de hecho			Conoce Ud.: ¿El procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de tenencia? Sabía Ud.: ¿Que si cuenta con una declaratoria judicial de tenencia, su denuncia de sustracción de menor procedería?	Si/No	Madre de familia	
	Archivo de denuncias del delito de	Causas probables	Causas justificantes	Menores sufrían violencia familiar	Sabe Ud.: ¿Cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor?	Si/No	Madre de familia

	sustracción de menor			Desconocimiento de la norma	Sabe Ud.: ¿Cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor?	Si/No	Madre de familia		
					¿Cuál es la razón fundamental para archivar los casos?	Si/No	Fiscal penal		
						Acuerdo ente los padres	Conoce Ud.: ¿El proceso judicial que debe seguir al separarse de su conviviente para que pueda tener la tenencia de su menor hijo?	Si/No	Madre de familia
			Inexistencia de denuncia formal	Operadores de justicia que no receptionan denuncias	¿Cuántos casos de sustracción de menores se presentó en el año 2015?	Si/No	Fiscal penal		
					Diga Ud.: ¿Si, la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor Procedió?	Si/No	Madre de familia		
					¿Cuántos de estos casos siguieron el curso del proceso?	Si/No	Fiscal penal		
					¿De los casos presentados cuantos fueron archivados?	Si/No	Fiscal penal		
					Diga Ud.: ¿la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor se archivó?	Si/No	Madre de familia		
			Inexistencia de documento de patria potestad	Cuidado y protección de hecho	Diga Ud.: ¿Si sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado? Conoce Ud.: ¿Qué procedimiento seguir para que su denuncia de sustracción de menor no sea archivada?	Si/No	Madre de familia		

2.7. Cuadro de Tabulación de Estadística

Figura 2: Valorización SI=2 / NO=1

Numero de Encuestados	Número de preguntas																			
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
1	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
2	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
3	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
4	2	2	2	2	2	2	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
5	2	2	2	2	2	2	2	2	1	2	1	1	2	2	1	2	1	1	1	1
6	2	2	2	2	2	2	2	1	1	2	1	1	2	2	1	2	1	1	1	2
7	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
8	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	2
9	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
10	2	2	2	2	2	2	1	2	1	2	1	2	1	1	1	2	2	1	2	1
11	2	2	2	2	2	2	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
12	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	2	1	1	2
13	2	2	2	2	2	2	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
14	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	2
15	2	2	2	2	2	2	1	2	1	2	1	1	1	1	2	2	1	1	2	1
16	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	2	1	1	1	2	1	1	1	2
17	2	2	2	2	2	2	1	1	1	2	2	1	1	1	1	2	2	2	1	1
18	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	2	1	2	2	1	1	1	1
19	2	2	2	2	2	2	1	1	1	2	2	2	2	1	1	2	2	1	1	2
20	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
21	2	2	2	2	2	1	1	2	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	2
22	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	2	1	1	1
23	2	2	2	2	2	2	1	2	2	2	1	1	2	1	1	2	1	1	1	2
24	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	2	1	1	2	2	1	1	1	1
25	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	2	1	1	2	1	1	1	2
26	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	2	2	1	2	1	1
27	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
28	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	2	1	1	2	1	2	1	1
29	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	2	2	1	1	1	1
30	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	2	1	1	2	1	2	1	2
31	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	2	1	2	2	1	1	1	1

32	1	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	2	1	1
33	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	2	1	1	2	1	1	1	1
34	2	2	2	2	2	1	2	1	1	2	1	1	1	1	1	2	2	2	1	1
35	2	2	2	2	2	1	2	1	2	1	1	1	2	1	1	2	1	1	1	1
36	1	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	2	1
37	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	2	1	2	1	1	2	1	2	1	1
38	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	2	1
39	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	2	1	1
40	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
41	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	2	2
42	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	2	2	1	1
43	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
44	1	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	2	2	1	1	1	1
45	2	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	2	2	2	1	1	1
46	2	2	2	2	2	1	1	2	1	2	1	1	1	1	2	2	1	1	1	1
47	2	2	2	2	2	1	2	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	2	2	1
48	1	2	2	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
49	2	2	2	2	2	2	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1
50	2	2	2	2	2	2	1	1	1	2	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1

Fuente: Elaboración propia

LEYENDA

	DIMENSIÓN N°1	Las normas del delito de sustracción de menor
	DIMENSIÓN N°2	Tenencia o custodia con relación al delito de sustracción de menor
	DIMENSIÓN N°3	Archivo de denuncias del delito de sustracción de menor

CAPÍTULO III

Metodología de la Investigación

3.1. Ámbito de estudio

El presente trabajo de investigación se ejecutó en el Distrito de Ascensión – Quinta Boliviana ubicada en la jurisdicción del departamento y provincia de Huancavelica.

3.2. Tipo de Investigación

De acuerdo con Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2014), la metodología de la investigación son los diferentes pasos o etapas que son realizados para llevar a cabo una investigación social y científica.

La investigación va a cumplir dos propósitos básicos:

- La investigación básica, que es la que realiza conocimientos y teorías.
- La investigación aplicada, es la que soluciona problemas prácticos.

Siendo en el presente trabajo de investigación el tipo de investigación: Básica Pura que busca describir la variable y analizar de manera literal.

3.3. Nivel de Investigación

El nivel de la investigación fue descriptivo.

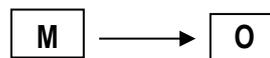
Sampieri R. (2004) Metodología de la Investigación: los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis.

3.4. Método de Investigación

- **General: Científica:** Es la estrategia de la investigación para buscar leyes (...) de acuerdo al autor Bunge (2004).
- **Específica:** Se utilizó el método dogmático, en la investigación jurídica se desarrolla realmente sobre el Derecho Positivo y lo conceptualmente construido esto es, el Derecho. Según este método, el Derecho debe ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en el sistema que lo integran y en razón a que no se hallan desconectadas entre sí, sino forman un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógico-normativas que le dan coherencia y jerarquía interna.

3.5. Diseño de Investigación

De acuerdo a Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, (2014) mencionan que: La investigación descriptiva busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describiremos el conjunto de Unidades de estudio, donde:



Dónde:

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

Analizan y estudian los hechos y fenómenos de la realidad después de la ocurrencia (Sergio carrasco – 2010).

3.6. Población y Muestra

3.6.1. Población

Según Hernández, Fernández, & Baptista (2010): “La población es el conjunto de individuos que comparten por lo menos una característica, sea una ciudadanía común, la calidad de ser miembros de una comunidad, asociación voluntaria o de una raza”.

- Respecto al criterio de percepción - cuestionario, la población corresponde a las madres a quienes les sustrajeron a sus menores hijos.

En la tabla siguiente se define el total:

Figura 3 Población de Madres de Familia – Distrito de Ascensión – Quinta Boliviana

Distrito de Ascensión	Lugar de Quinta Boliviana
Madres	50
TOTAL	50

Elaboración Propia

- Respecto al criterio de Percepción - Entrevista, los Fiscales del ámbito Penal respecto a los Procesos de Sustracción de Menor que laboran en el Ministerio Público de Huancavelica.

Figura 4 Población de Fiscales del Ministerio Público del distrito de Huancavelica

Fiscales del Ministerio Público	Por el Delito de Sustracción de menor
TOTAL	03

Elaboración Propia

3.6.2. Muestra

La muestra se considera “como cualquier sub conjunto de la población” (Tomás, 2007, pág. 15) De esta manera se usó la muestra para inferir lo que ocurre dentro de la población.

De acuerdo a los criterios establecidos en el diseño de investigación, encontramos:

- **Muestra Poblacional o Censal.-** Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2014): "una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones". Es la totalidad del fenómeno a estudiar, donde las entidades de la población poseen una característica común la cual se estudia y da origen a los datos de la investigación.

3.7. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

3.7.1. Técnicas:

- **Observación.-** Es un procedimiento empírico por excelencia, el más primitivo y a la vez el más usado. Es el método por el cual se establece una relación concreta e intensiva entre el investigador y el hecho social o los actores sociales, de los que se obtienen datos que luego se sintetizan para desarrollar la investigación.
- **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 aplicará a las madres agraviadas del delito de sustracción del menor.
- **Entrevista.-** Es un técnica de investigación que consiste un intercambio de ideas, opiniones mediante una conversación que se da entre una, dos o más personas donde un entrevistador es el designado para preguntar.

3.7.2. Instrumentos:

- Cuestionario de encuestas
- Cuestionario de entrevista

3.8. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos

Básicamente las pruebas estadísticas cumplen una función relevante, ya que contribuyen a determinar la muestra de sujetos a estudiar, tabular los datos empíricos obtenidos y establecer las generalizaciones apropiadas a partir de ellos. Por esta razón es necesario el uso de programas estadísticos, por ello esta investigación hará uso de programa SPSS20 (Statistical Product and Service Solutions) y MS Excel 2013, los cuales serán indispensable al momento de procesar y posteriormente graficar los datos obtenido.

CAPÍTULO IV

Resultados

Para el proceso de la obtención de respectivos resultados y por ende el cumplimiento de los objetivos de la presente investigación, se ha aplicado el respectivo instrumento de medición, a fin de medir la variable de estudio. Posteriormente con la información obtenida, se ha procedido a recodificar la variable de estudio, con lo cual se ha generado el respectivo MODELO DE DATOS a partir del cual se ha realizado el análisis de la información a través de las técnicas de la estadística descriptiva, tales como: tablas de resumen simple y figuras.

4.1. Análisis, presentación e interpretación de datos

A continuación presentamos los RESULTADOS SOBRE REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES PROGENITORES QUE SUSTRAE A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO - DISTRITO DE

ASCENSIÓN - 2015, al cual se llegó a través del instrumento de medición que fue aplicado en los sujetos de la muestra.

De acuerdo a los criterios establecidos para lograr el objetivo trazado en esta investigación, se procedió a aplicar las encuestas correspondientes a la muestra seleccionada en este caso a las 50 madres del distrito de Ascensión respecto al conocimiento sobre la regulación normativa respecto de los padres progenitores que sustraen a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho, obteniéndose los resultados que se plasman a continuación:

La población encuestada respecto al estudio de “Regulación normativa respecto a los padres progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho” según la muestra utilizada es de 50 personas.

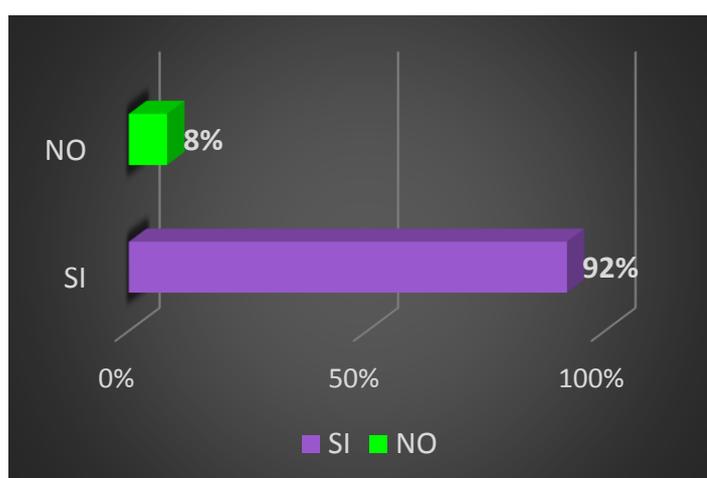
Tabla 2 Pregunta N° 01 Menores de edad

CUADRO N° 01

Diga Ud.: ¿ Tiene hijos menores de edad?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
46	4	50	92%	8%	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO N° 01



Fuente: Elaboración propia.

Interpretación: Del Cuadro N° 01 y Gráfico N° 01 se puede apreciar que de las 50 encuestadas, 46 de madres de familia que representan el 92% respondieron que SI tienen hijos Menores de edad, por otro lado 4 de ellas que representan el 8% respondieron que NO tienen hijos Menores de edad. (Ver cuadro y gráfico 1).

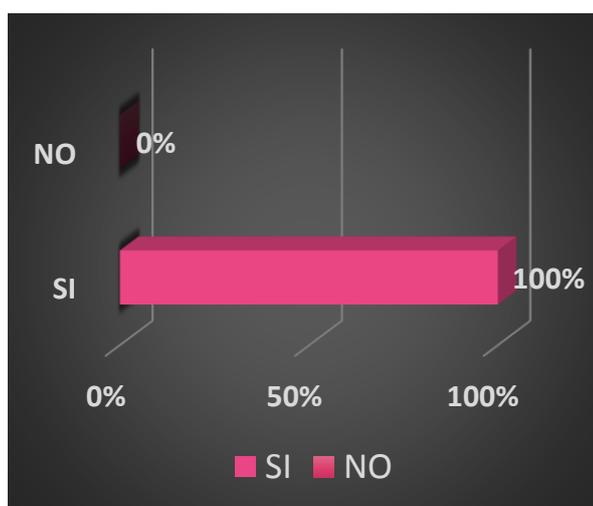
Tabla 3 Pregunta N° 02: Se encuentra separado/ con la madre o padre de su menor hijo/a

CUADRO N° 02

Diga Ud.: ¿se encuentra separado/a con la madre o padre de su menor hijo/a?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
50	0	50	100%	0%	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO N° 02



Fuente: Elaboración propia.

Interpretación: Del Cuadro N° 02 y Gráfico N° 02 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 50 y que representa el 100% respondieron que SI se encuentra separado/a con la madre o padre de su menor hijo/a, por otro lado 0 de ellas y que representa el 0% respondieron que NO se encuentra separado/a con la madre o padre de su menor hijo/a. Teniendo sólo uno de ellos solo es el que tiene toda la responsabilidad del cuidado ya sea en la salud, educación y otros que el menor espera para su desarrollo tanto físico como mental, (Ver cuadro y gráfico 2).

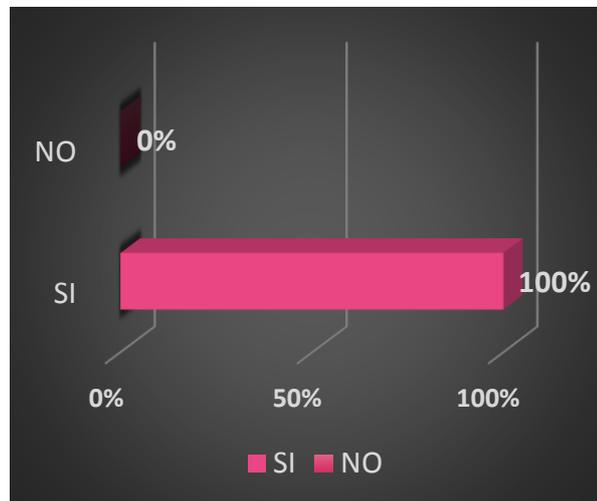
Tabla 4 Pregunta N° 03 Vive permanentemente con su menor hijo.

CUADRO N° 03

Diga Ud.: ¿vive permanentemente con su menor hijo/a?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
50	0	50	100%	0%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 03



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 03 y Gráfico N° 03 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 50 y que representa el 100% respondieron que SI viven permanentemente con su menor hijo/a, por otro lado 0 de ellas y que representa el 0% respondieron que NO vive permanentemente con su menor hijo/a.

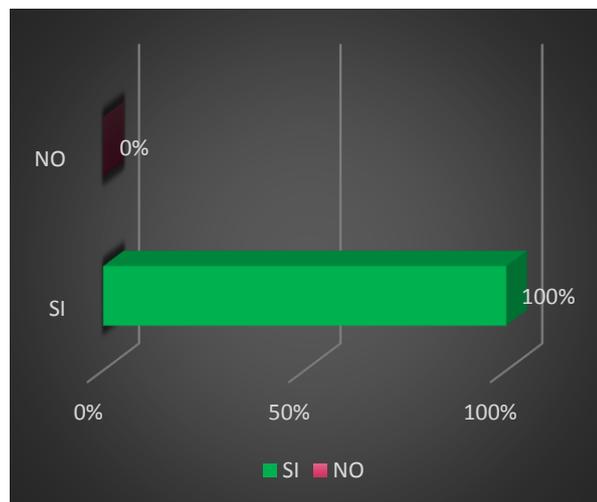
Tabla 5 Pregunta N° 04 Estuvieron bajo su cuidado con sus hijos desde que nacieron.

CUADRO N° 04

Diga Ud.: ¿Desde que nacieron sus hijos estuvieron bajo su cuidado?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
50	0	50	100%	0%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 04



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 04 y Gráfico N° 04 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 50 y que represente el 100% respondieron que SI estuvieron bajo su cuidado de sus menores hijos desde que nacieron, por otro lado 0 de ellas y que representa el 0% respondieron que NO estuvieron bajo su cuidado con sus hijos desde que nacieron.

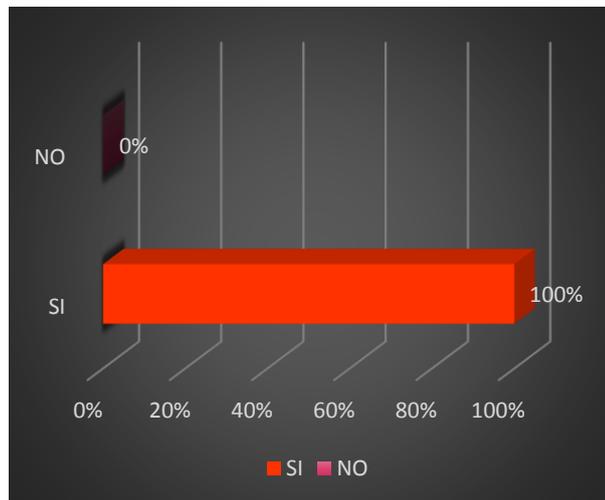
Tabla 6 Pregunta N° 05 Alguna vez el padre/ madre de su hijo intento llevárselo sin su consentimiento.

CUADRO N° 05

Diga Ud.: ¿Alguna vez el padre/ madre de su hijo intentó llevárselo sin su consentimiento?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
50	0	50	100%	0%	100%

Fuente: Elaboración Propia

GRÁFICO N° 05



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 05 y Gráfico N° 05 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 50 y que represente el 100% respondieron que SI alguna vez el padre/ madre de su hijo intentó llevárselo sin su consentimiento, por otro lado 0 de ellas y que representa el 0% respondieron que NO alguna vez el padre/ madre de su hijo intentó llevárselo sin su consentimiento.

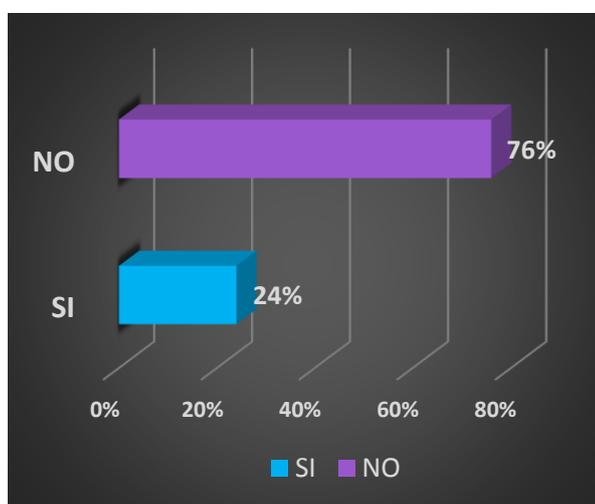
Tabla 7 Pregunta N° 06 Usted sabía que esa acción puede ser un delito.

CUADRO N° 06

Sabía Ud.: ¿Que esa acción puede ser un delito?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
12	38	50	24%	76%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 06



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 06 y Gráfico N° 06 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 38 y que representa el 76% respondieron que NO sabía que esa acción puede ser un delito, por otro lado 12 de ellas y que representa el 24% respondieron que SI sabía que esa acción puede ser un delito.

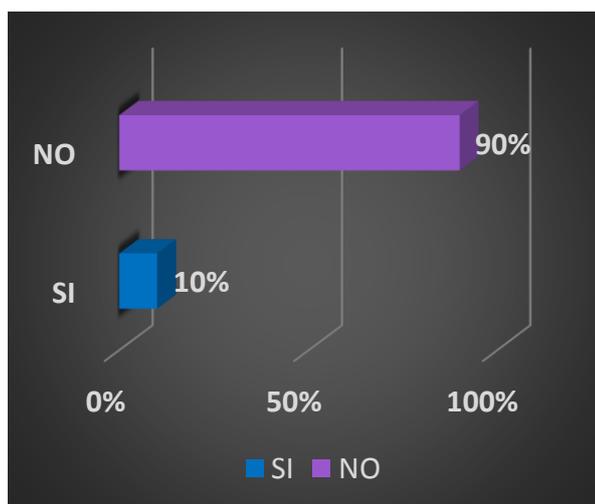
Tabla 8 Pregunta N° 07 Usted sabía que existe el delito de sustracción del menor.

CUADRO N° 07

Sabía Ud. ¿Qué existe el delito de Sustracción de menor?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
5	45	50	10%	90%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 07



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 07 y Gráfico N° 07 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 45 y que representa el 90% respondieron que NO sabía qué existe el delito de Sustracción de menor, por otro lado 5 de ellas y que representa el 10% respondieron que SI sabía qué existe el delito de Sustracción de menor.

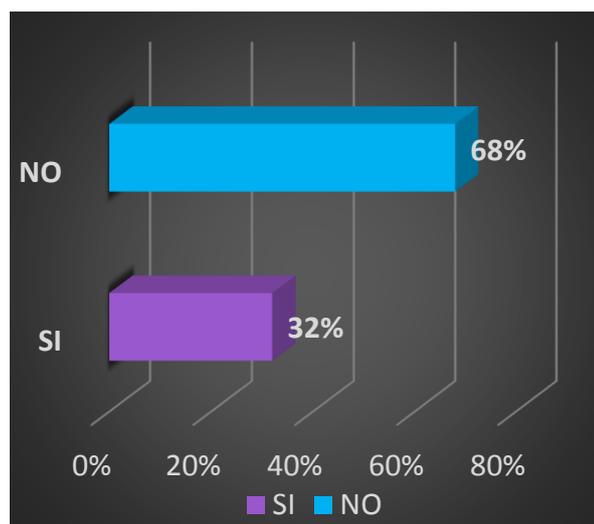
Tabla 9 Pregunta N° 08 Quiso seguir algún procedimiento para realizar una denuncia de sustracción del menor

CUADRO N° 08

Diga Ud.: ¿si quiso seguir algún procedimiento para realizar una denuncia de sustracción de menor?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
16	34	50	32%	68%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 08



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 08 y Gráfico N° 08 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 34 y que represente el 68% respondieron que NO quiso seguir algún procedimiento para realizar una denuncia de sustracción de menor, por otro lado 16 de ellas y que representa el 32% respondieron que SI quiso seguir algún procedimiento para realizar una denuncia de sustracción de menor.

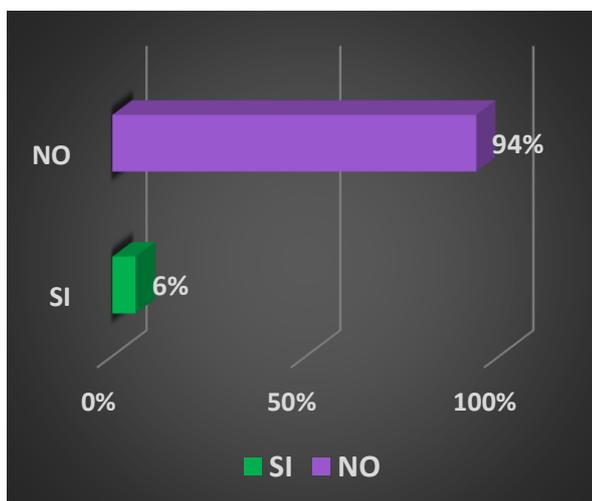
Tabla 10 Pregunta N° 09 Si la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor Procedió.

CUADRO N° 09

Diga Ud.: en caso de realizar la denuncia por el delito de sustracción de menor ¿Procedió?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
3	47	50	6%	94%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 09



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 09 y Gráfico N° 09 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 47 y que represente el 94% respondieron que NO Procedió a realizar la denuncia por el delito de sustracción de menor, por otro lado 3 de ellas y que representa el 6% respondieron que SI Procedió a realizar la denuncia por el delito de sustracción de menor.

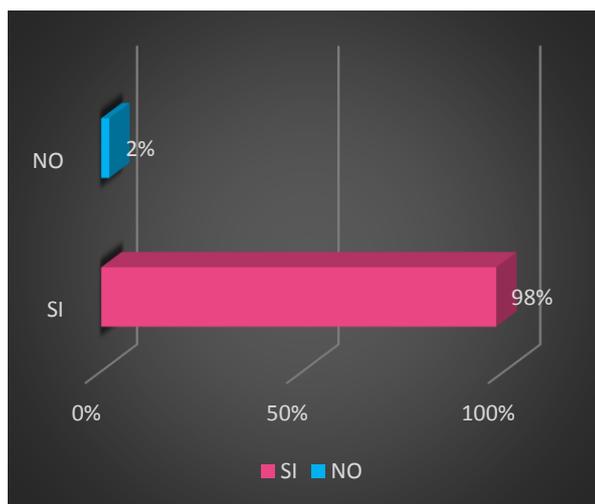
Tabla 11 Pregunta N° 10 Se archivó la denuncia que realizó por el delito de sustracción del menor.

CUADRO N° 10

Diga Ud.: ¿La denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor se archivó?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
49	1	50	98%	2%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 10



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 10 y Gráfico N° 10 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 49 y que representa el 98% respondieron que SI se archivó la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor, por otro lado 1 de ellas y que representa el 2% respondieron que NO se archivó la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor.

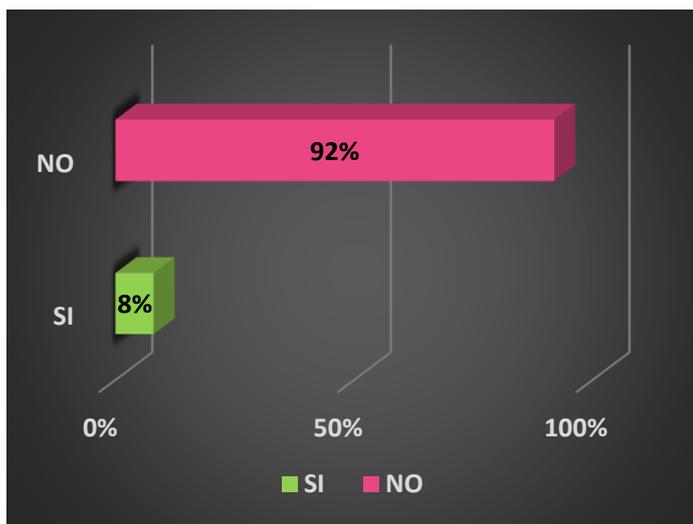
Tabla 12 Pregunta N° 11 saben cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor.

CUADRO N° 11

Sabe Ud.: ¿Por qué se archivó la denuncia que realizó por el delito de sustracción de menor?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
4	46	50	8%	92%	100%

Fuente: Elaboración Propia

GRÁFICO N° 11



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 11 y Gráfico N° 11 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 46 y que represente el 92% respondieron que NO saben cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor, por otro lado 4 de ellas y que representa el 8% respondieron que SI saben cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor.

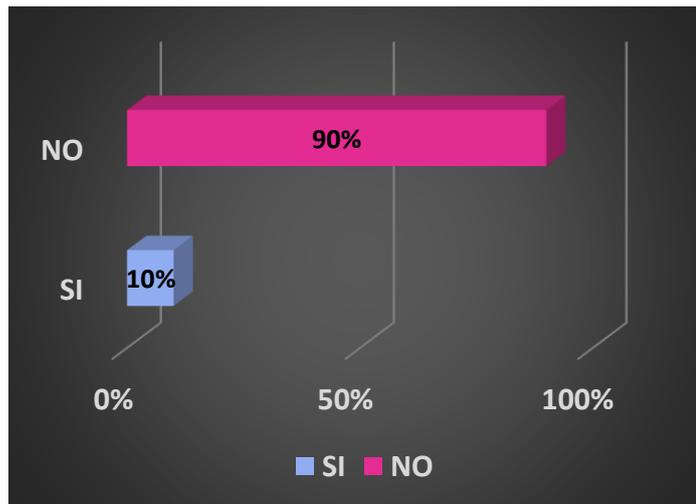
Tabla 13 Pregunta N° 12 Conoce el procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de Tenencia.

CUADRO N° 12

Conoce Ud.: ¿El procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de tenencia?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
5	45	50	10%	90%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 12



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 12 y Gráfico N° 12 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 45 y que representa el 90% respondieron que NO conoce el procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de tenencia, por otro lado 5 de ellas y que representa el 10% respondieron que SI conoce el procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de tenencia.

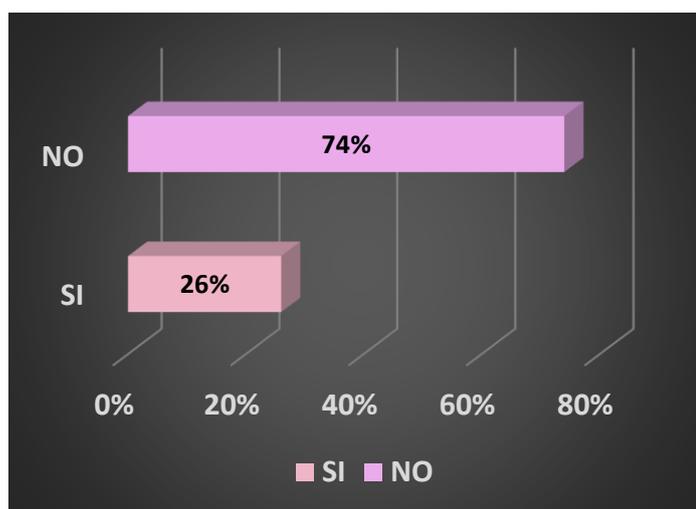
Tabla 14 Pregunta N° 13 Sabes que si cuentas con una Declaratoria Judicial de Tenencia procedería su denuncia.

CUADRO N° 13

Sabía Ud.: ¿Que si cuenta con una declaratoria judicial de tenencia, su denuncia de sustracción de menor procedería?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
13	37	50	26%	74%	100%

Fuente: Elaboración Propia

GRÁFICO N° 13



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 13 y Gráfico N° 13 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 37 y que represente el 74% respondieron que NO saben que si cuenta con una declaratoria judicial de tenencia, su denuncia de sustracción de menor procedería, por otro lado 13 de ellas y que representa el 26% respondieron que SI saben que si cuenta con una declaratoria judicial de tenencia, su denuncia de sustracción de menor procedería.

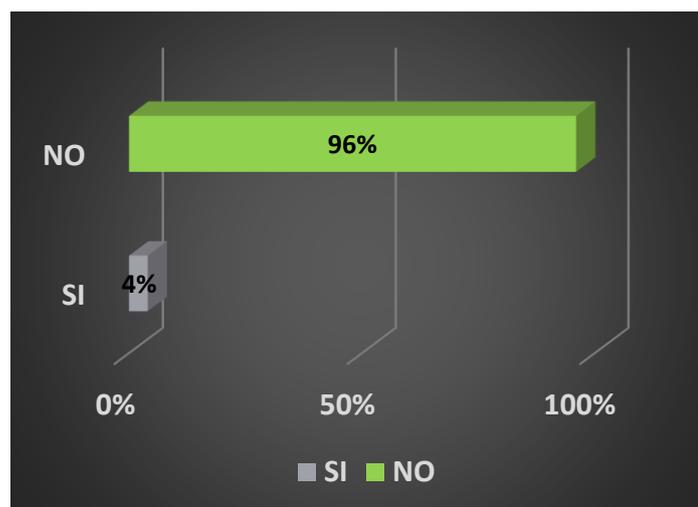
Tabla 15 Pregunta N° 14 Ud. conoce que la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad.

CUADRO N° 14

Conoce Ud.: ¿Qué la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
2	48	50	4%	96%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 14



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 14 y Gráfico N° 14 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 48 y que representa el 96% respondieron que NO conoce qué la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad, por otro lado 2 de ellas y que representa el 4% respondieron que SI conoce qué la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad.

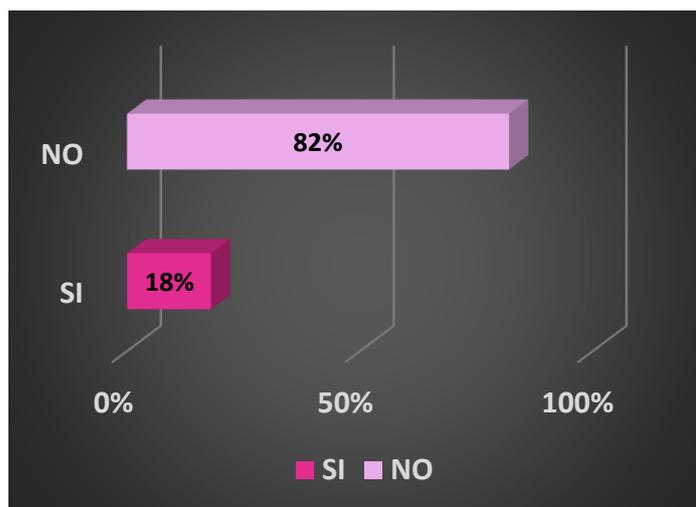
Tabla 16 Pregunta N° 15 Significado de Tenencia.

CUADRO N° 15

Conoce Ud.: ¿el significado de tenencia?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
9	41	50	18%	82%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 15



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 15 y Gráfico N° 15 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 41 y que representa el 82% respondieron que NO conoce el significado de tenencia, por otro lado 9 de ellas y que representa el 18% respondieron que SI conoce el significado de tenencia.

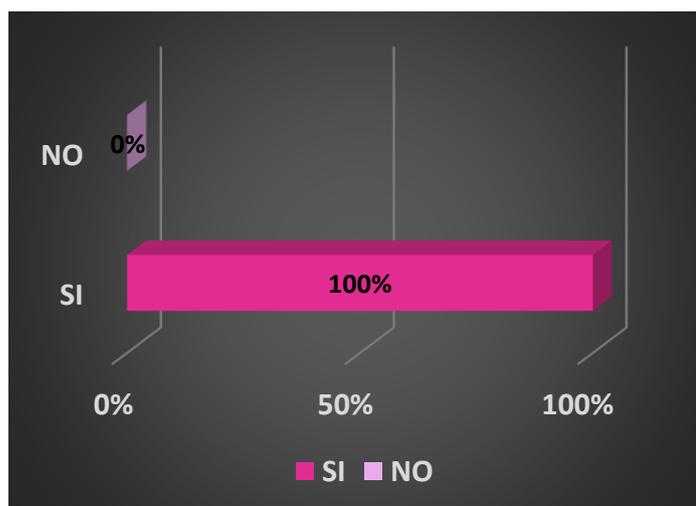
Tabla 17 Pregunta N° 16 Sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado.

CUADRO N° 16

Diga Ud.: ¿Si sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
50	0	50	100%	0%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 16



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 16 y Gráfico N° 16 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 50 y que representa el 100% respondieron que SI sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado, por otro lado 0 de ellas y que representa el 0% respondieron que NO sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado.

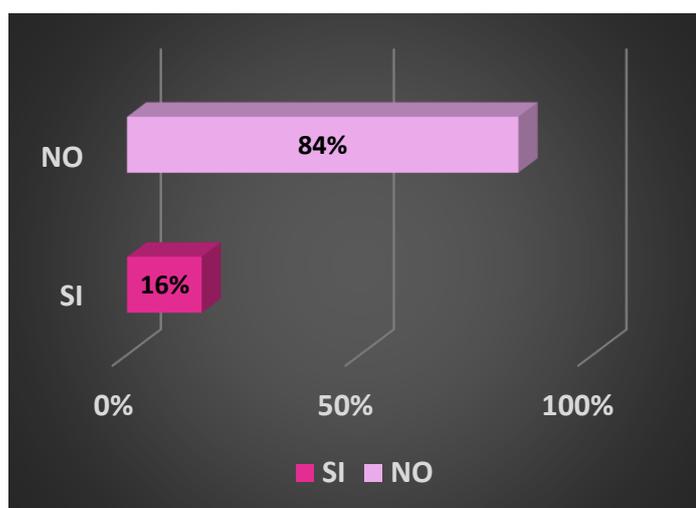
Tabla 18 Pregunta N° 17 Cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado.

CUADRO N° 17

Diga Ud.: ¿Si Cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
8	42	50	16%	84%	100%

Fuente: Elaboración Propia

GRÁFICO N° 17



Fuente: Elaboración Propia.

Interpretación: Del Cuadro N° 17 y Gráfico N° 17 se puede apreciar que, de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 42 y que represente el 84% respondieron que NO cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado, por otro lado 8 de ellas y que representa el 16% respondieron que SI cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado.

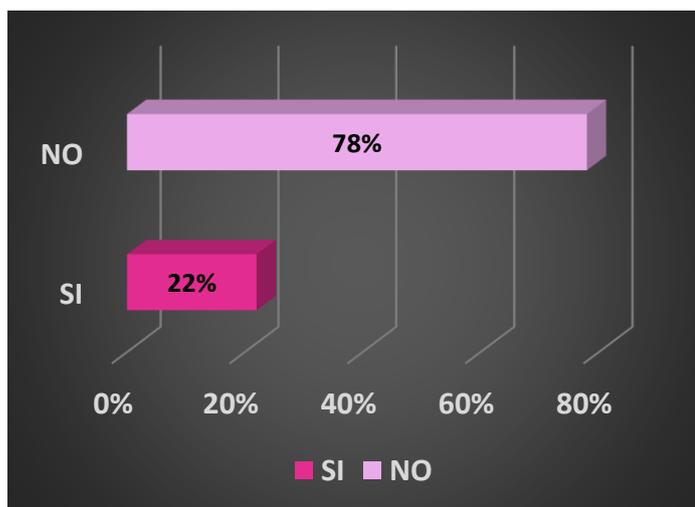
Tabla 19 Pregunta N° 18 Conoce el proceso judicial de Tenencia que debe seguir al separarse del progenitor de su menor hijo.

CUADRO N° 18

Conoce Ud.: ¿El proceso judicial de Tenencia que debe seguir al separarse del progenitor de su menor hijo?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
11	39	50	22%	78%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 18



Fuente: Elaboración Propia.

Interpretación: Del Cuadro N° 18 y Gráfico N° 18 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 39 y que representa el 78% respondieron que NO conoce el proceso judicial que debe seguir al separarse de su conviviente para que pueda tener la tenencia de su menor hijo, por otro lado 11 de ellas y que representa el 22% respondieron que SI conoce el proceso judicial que debe seguir al separarse de su conviviente para que pueda tener la tenencia de su menor hijo.

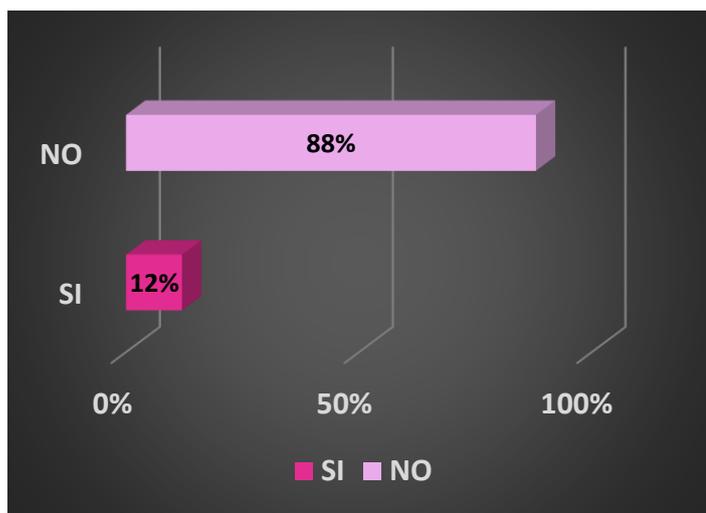
Tabla 20 Pregunta N° 19 Conoce el Ud. Que es la Declaratoria Judicial de Tenencia.

CUADRO N° 19

Conoce Ud.: ¿Qué es la declaratoria judicial de tenencia?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
6	44	50	12%	88%	100%

Fuente: Elaboración Propia

GRÁFICO N° 19



Fuente: Elaboración Propia.

Interpretación: Del Cuadro N° 19 y Gráfico N° 19 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 44 y que represente el 88% respondieron que NO conoce el proceso de declaratoria judicial de tenencia, por otro lado 6 de ellas y que representa el 12% respondieron que SI conoce el proceso de declaratoria judicial de tenencia.

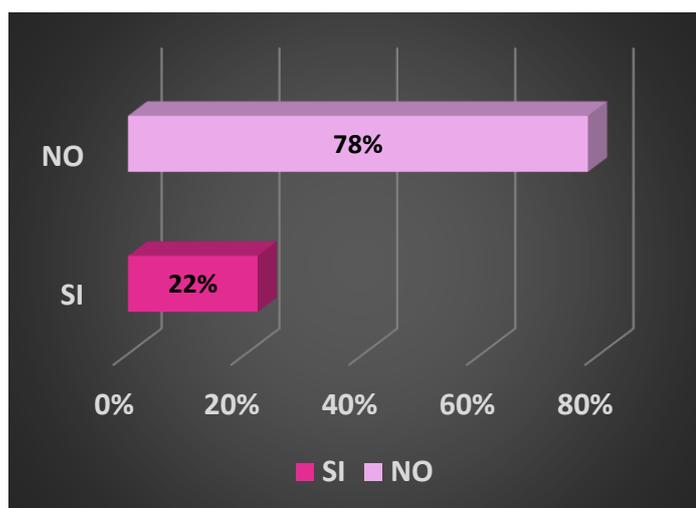
Tabla 21 Pregunta N° 20 Conoce para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia.

CUADRO N° 20

Conoce Ud.: ¿Para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia?					
N° Encuestados			%		
SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
11	39	50	22%	78%	100%

Fuente: Elaboración Propia.

GRÁFICO N° 20



Fuente: Elaboración Propia

Interpretación: Del Cuadro N° 20 y Gráfico N° 20 se puede apreciar que de las 50 madres encuestadas, la mayoría de ellas que es 39 y que represente el 78% respondieron que NO conoce para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia, por otro lado 11 de ellas y que representa el 22% respondieron que SI conoce para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia.

4.1.1. Instrumento de Entrevista

Para tener más información en referencia al tema abordado también se utilizó una entrevista esto aplicado a los expertos que son los fiscales encargados de llevar los casos de denuncias en relación a sustracción de un menor sin ostentar la tenencia de hecho por parte de sus progenitores, para tener conocimiento más profundo, porque los casos no son tienen la procedibilidad correcta y/o resueltos a la brevedad posible, como quisieran los involucrados o los denunciantes, para así evitar quejas y descontento de cómo se están llevando sus casos y conocer por qué llegan a archivarse para lo cual se muestra en las siguientes entrevistas aplicadas a dichos funcionarios:

Entrevistas realizadas a los Fiscales

ENTREVISTA N°01

EN LA PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA

Ante el Fiscal Adjunto Dr. Rodrigo Jhoel Paco Rodríguez

1. ¿Cuántos casos de sustracción de menores se presentó en el año 2016?
Tuvo un proceso de sustracción de menor.
2. ¿Cuántos de estos casos siguieron el curso del proceso?
Siguió el proceso regular, llegando a las diligencias preliminares
3. ¿De los casos presentados cuantos fueron archivados?
SI fue archivada
4. ¿cuál es la razón fundamental para archivar los casos?
El caso fue archivado, porque no tenían la declaratoria judicial de tenencia, ya la pareja venía agrediendo mutuamente, habiendo a la par el proceso de violencia familiar, quien el Padre solicitó la tenencia que está en proceso, no configurándose el delito de sustracción.
5. ¿Quiénes pueden ser culpables de una sustracción de menores?
Comúnmente son los padres varones, generalmente por no querer pagar los alimentos, o por hacer daño a la ex pareja.
6. ¿Que regula actualmente el código penal sobre sustracción de menores?
Los padres o ascendientes si comenten delito, teniendo la patria potestad por el hecho de firmar a su menor hijo.
El verbo rector es sustraer y rehusar devolverlo, dónde saca al menor de la tenencia del otro. Teniendo el dolo de por sí. Y que tiene que haber relación parental.

7. ¿Es posible denunciar el delito de sustracción de menor sin tener el documento o sentencia de tenencia?

Si se subsume dentro del tipo penal, se puede denunciar ante la comisaria o la fiscalía. Aun cuando no sean excluidos de la tenencia.

Pero sí se toma en cuenta al momento de la denuncia la declaratoria de tenencia por parte de uno de los padres.

8. Puede el progenitor que no vive con el menor sujeto activo del delito de sustracción de menor. Si puede ser sujeto activo de este delito.
9. En el delito de sustracción de menor es importante si uno de los padres no presta su consentimiento.
Es relevante el consentimiento, si lo hubiera no habría delito, o en todo caso solo se configuraría el segundo verbo rector de rehusar devolverlo.
10. ¿Cómo se determina la residencia habitual del menor?
Ámbito donde se desarrolla normalmente, estudia y todo. En estos casos se envía a una asistente social para verificar este aspecto.

- Gracias a esta entrevista podemos concluir y/o comentar que la gran cantidad de sustracción de menor en por parte del padre varón ya que este se negaría a cumplir con sus mensualidades asignadas, o por tratar de vengarse de su ex pareja, por lo que ocasiona gran controversia ya que se toma en cuenta la declaratoria judicial de Tenencia por parte de uno de los padres, para verificar si efectivamente el menor vive bajo su cuidado, es por eso que se llega a archivar la denuncia presentada por la agraviada.

ENTREVISTA N°02

EN LA TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA

Ante el Fiscal Provincial Dr. Jesús Carbajal

1. ¿Cuántos casos de sustracción de menores se presentó en el año 2015?
No tuvo ningún caso.
2. ¿Cuántos de estos casos siguieron el curso del proceso?
3. ¿De los casos presentados cuantos fueron archivados?
Generalmente se archivan porque en muchos casos luego de la investigación no se configura como delito, las acciones del caso.
4. ¿cuál es la razón fundamental para archivar los casos?

Al hacer el análisis se verifica si ejercen la tenencia de hecho si ambos la ejercen, entonces direccionamos a las pruebas o los hechos de convicción que vayan en contra de la ley, por lo tanto deberían tener la tenencia del menor que está a su cuidado. Y se archivan por la falta de pruebas.

5. ¿Quiénes pueden ser culpables de una sustracción de menores?
Son los padres, pero es un derecho de los padres ejercer la tenencia aun teniendo la patria potestad se comete el delito.
Se toma en cuenta la tenencia que acredite que padre tiene bajo su cuidado del menor.
6. ¿Que regula actualmente el código penal sobre sustracción de menores?
El que no ejerce la patria potestad lo sustrae, pero el hecho si es atípico, no es delito.
7. ¿Es posible denunciar el delito de sustracción de menor sin tener el documento o sentencia de tenencia?
Con o sin la tenencia se configuraría el delito. No es un requisito pero sí se toma en cuenta al momento de la denuncia la declaratoria de tenencia por parte de uno de los padres.
8. Puede el progenitor que no vive con el menor sujeto activo del delito de sustracción de menor. Si puede ser sujeto activo de este delito. En teoría si podría denunciar la sustracción de menor.
9. En el delito de sustracción de menor es importante si uno de los padres no presta su consentimiento.
Es relevante el consentimiento, o sino ya no habría sustracción, el delito se consuma en base al consentimiento.
10. ¿Cómo se determina la residencia habitual del menor?
El menor tiene el domicilio en el domicilio de los padres, en el caso de estar separados, estaría relacionada a aquel padre que vive con él. Donde realmente habita.

- Después de la entrevista se pudo apreciar que la mayoría de casos de sustracción de menor por parte de uno de sus progenitores se archivan por falta de pruebas esto netamente relacionados a la tenencia de hecho, ya que el denunciante al momento de realizar la denuncia desconoce de este documento y no sabe en qué momento se debería de solicitar dicha declaratoria judicial de tenencia. Lo que hay un punto a favor para el denunciado.

ENTREVISTA N°03

EN LA TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA

Ante el Fiscal Provincial Dr. Edwin Zea Carrión

1. ¿Cuántos casos de sustracción de menores se presentó en el año 2015?
Tuvo un proceso de sustracción de menor.

2. ¿Cuántos de estos casos siguieron el curso del proceso?
Si, siguió el proceso, llegando a una sentencia.
3. ¿De los casos presentados cuantos fueron archivados?
No fue archivada
4. ¿cuál es la razón fundamental para archivar los casos?
El caso que tuve no fue archivado, pero fue motivo de apelación, llegando a una sentencia.
5. ¿Quiénes pueden ser culpables de una sustracción de menores?
Los padres que no tienen tenencia NO ya que el artículo así lo menciona, también se toman en cuenta la tenencia.
6. ¿Que regula actualmente el código penal sobre sustracción de menores?
Los padres o ascendientes si comenten delito, teniendo la patria potestad por el hecho de firmar a su menor hijo.
7. ¿Es posible denunciar el delito de sustracción de menor sin tener el documento o sentencia de tenencia?
Con o sin la tenencia se configuraría el delito. Es mi criterio.
Pero sí se toma en cuenta al momento de la denuncia la declaratoria de tenencia por parte de uno de los padres.
8. Puede el progenitor que no vive con el menor sujeto activo del delito de sustracción de menor.
Si puede ser sujeto activo de este delito.
9. En el delito de sustracción de menor es importante si uno de los padres no presta su consentimiento.
Es relevante el consentimiento, por el cual dependiendo de éste se configura el delito, si hay consentimiento, ya no se configuraría el delito.
10. ¿Cómo se determina la residencia habitual del menor?
En donde el menor duerme, sale a estudiar, regresa a ese hogar y generalmente son las madres quienes cuidan a sus menores.

➤ Con las respuestas que nos brindó este experto en este caso fiscal, nos dió a entender que aun teniendo la tenencia podría haber delito de sustracción, porque predomina el consentimiento esto es relevante por parte de la madre con quien está viviendo el menor, ya que sin consentimiento no existiría el delito de sustracción de menor, para esto también se toma en cuenta al momento de la denuncia la declaratoria judicial de tenencia de hecho.

4.2. Proceso y Prueba de Hipótesis

Como se ha visto se tiene la siguiente **HIPÓTESIS GENERAL**:

No existe regulación normativa en el Código Penal respecto a los padres progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho – Distrito de Ascensión – 2015.

A fin de verificar la hipótesis debemos indicar que el Código Penal peruano en su artículo 147°, 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.

En ese sentido podemos apreciar que el segundo párrafo del artículo antes descrito, menciona que los padres también son pasibles de cometer el delito de sustracción del menor aun cuando aquellos no hayan sido excluidos de la patria potestad.

Sin embargo, su configuración radica en determinar la legalidad, esto en el sentido de que, quién acredita a tenencia del menor hijo, el mencionado artículo no lo menciona de manera explícita, pero ello se puede colegir de su lectura.

Por tanto, al mencionar que los padres pueden cometer el delito aun sin haber sido excluidos de la patria potestad, hace referencia directa a acreditar la tenencia del menor. Y como se puede apreciar la tenencia puede ser declarada por un juez, en el cual, además determina el régimen de visitas. Y por otro lado, de común acuerdo, mediante la conciliación.

En ambos casos, siempre debe haber un documento formal en el cual conste efectivamente quien ostenta la tenencia del menor. Sin embargo, respecto a los que ostentan la tenencia de hecho, no hay previsión normativa.

Por lo que, en ese contexto, es necesario tener en cuenta que la necesidad de proteger a las madres y padres que ostentan la tenencia de hecho, a fin que no estén desprotegidos, siendo que, ellos con el desconocimiento no acuden a los proceso y procedimientos formales para la declaratoria de tenencia.

Con estas consideraciones de las encuestas presentadas el 98% de las denuncias fueron archivadas, sin considerar que el 100% de los que habrían denunciado están al cuidado de sus hijos desde que nacieron, es decir ejerciendo la tenencia de hecho sobre su menor hijos.

Además, que en el 100% de los encuestados han declarado que el padre/madre que no ostenta la tenencia de hecho de los menores, han intentado llevarlos sin el consentimiento de aquel padre o madre quien tenía la guarda del menor quién lo cuidaba y ejercía la tenencia de hecho.

Siendo así, y considerando que el delito es aquel comportamiento del ser humano que vulnera un bien jurídico protegido por la Ley Penal, siendo una acción u omisión típica (Se encuentra en nuestro Código Penal, los diferentes tipos penales, el cual es la descripción objetivo de cada delito), antijurídica (acto voluntario que contraviene el presupuesto de la norma penal que busca como resultado la lesión o puesta en peligro los bienes jurídicos tutelados), y culpable (es la situación que una persona se encuentra en el momento de la comisión de un delito siendo responsable y merecedor de una pena).

En tanto, mientras en la ley penal no se incorpore respecto a la tenencia de hecho, que sea comprobada, el otro padre/madre, que no ostenta el cuidado directo de los menores de edad, no cometerán el delito de sustracción de menor. Dejando en inseguridad jurídica a los que velan por el cuidado de sus menores sin tener documentos formales.

En consecuencia podemos desaprobar la hipótesis general:

No existe regulación normativa en el Código Penal respecto a los padres progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho – Distrito de Ascensión – 2015.

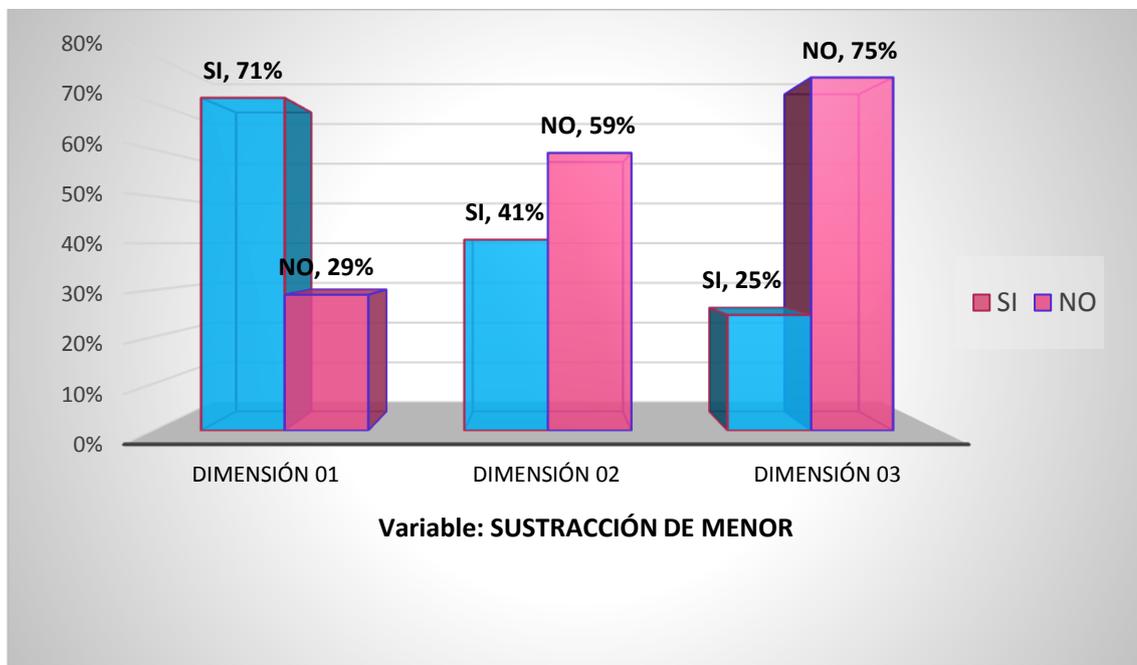
Porque de acuerdo al estudio hecho en este trabajo de Investigación se afirma que SI hay una regulación normativa, sin embargo NO es adecuada a la realidad vivida del día a día, del entorno social, ya que los casos observados son simplemente archivados, porque no tiene el presente artículo penal la correcta literalidad en el extremo del bien jurídico protegido no especificando la tenencia de hecho de los menores de edad lo que produce y genera imposibilidad e inseguridad en las denuncias de sustracción de menor, ante una autoridad competente. Porque la presente investigación fue orientada a casos de madres de familia que no cuentan con un documento formal para evitar las sustracciones de menores por parte de los progenitores que no tuvieron a su menor bajo su cuidado.

Figura 5 Cuadro General de Respuestas

SUSTRACCIÓN DE MENOR						
	N° RESPUESTAS			%		
	SI	NO	TOTAL	SI	NO	TOTAL
Dimensión 01: Las normas del delito de sustracción de menor	213	87	300	71%	29%	100%
Dimensión 02: Tenencia o custodia con relación al delito de sustracción de menor	163	237	400	41%	59%	100%
Dimensión 03: Archivo de denuncias del delito de sustracción de menor	74	226	300	25%	75%	100%
Variable: SUSTRACCIÓN DE MENOR	450	550	1000	45%	55%	100%

Fuente: Elaboración Propia

GRÁFICO N° 05



Fuente: Elaboración Propia

4.3. Discusión de Resultados

Como se puede apreciar hemos arribado que en la actualidad no hay de manera expresa norma sobre la tenencia de hecho, en los casos de Sustracción de Menor, sin embargo el desconocimiento es un factor preocupante ya que la mayoría de la población encuestada, desconoce de otros documentos formales que puedan ayudar o tener una ventaja al momento de presentar una denuncia por Sustracción de menor por parte de su progenitor, pues solo en el caso de ostentar la tenencia de manera formal (documento) uno puede denunciar al otro progenitor la sustracción de menor y que ésta proceda.

Así los resultados encontrados en la presente investigación coincide de cierta manera con la de ALEJANDRA FABIOLA PINO MONTERO conjuntamente con EDUARDO ANDRÉS QUIROZ LÓPEZ, realizó el proyecto de investigación titulado: "ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DEL CONVENIO DE LA HAYA

SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES” donde concluye que ante el aumento progresivo de las solicitudes de restitución, la que sólo puede esperarse crezca con la mayor presencia de inmigrantes en el país, se hace urgente una modificación legal que ajuste el procedimiento chileno a los términos del Convenio: En cuanto a la competencia, jueces con competencia en materia de familia, debidamente capacitados en materia de tratados internacionales de Derecho internacional privado en general y respecto de la Convención en particular. Y posibilidad cierta, recogida en la legislación de nombrar un Defensor de Menores, cuando las circunstancias lo ameriten (padres que sostienen pretensiones incompatibles a las del menor sustraído). En tanto que existe cantidad de casos en relación a la sustracción de menor, no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional, por lo que a fin de afianzar las medidas de protección aquellos padres que ostentan la tenencia de hecho de sus menores, se busca concientizar a los legisladores y juzgadores del ámbito del Derecho que se debe reforzar, modificar y crear nuevas normas, para regular nuevos acontecimientos que repercuten en la sociedad, dañando derechos fundamentales de un menor de edad, de desarrollarse libremente en su ámbito familiar, garantizando su tranquilidad, y buen desenvolvimiento con cada uno de sus padres; es el niño quién en estos casos debe ser protegido por el Principio fundamental del Interés Superior del Niño y así por ende evitar desamparo a aquellos padres que son agraviados y víctimas de una impunidad dentro del sistema legal.

Por otro lado, se observa una línea parecida con MARIO EDUARDO CORIGLIANO en su estudio que lleva como título SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES - ASPECTOS PENALES, respecto a hay progenitores que ejercen y retienen sin la menor justificación a sus menores hijos sin el consentimiento del otro padre. Ya que cuando uno de esos matrimonios fracasa, los miembros de la pareja deciden con frecuencia volver a su país de origen y si la pareja tiene un hijo común la situación puede resultar sumamente complicada. Hay otro caso aún más frecuente, el progenitor encargado de la custodia sustrae o retiene a los menores sin permiso del otro progenitor, entonces concluimos que es relevante el consentimiento de uno de los padres que no está de acuerdo con que se lleven o

sustraigan a su hijo, sin ostentar esa tenencia de hecho sobre su menor de edad. Y si así contara con una Declaratoria Judicial de Tenencia, debemos tener siempre presente velar por los derechos del niño y en donde se desenvuelva y se sienta mejor el menor al contar con padres separados.

Asimismo se encuentra en la misma línea de EDITH CARRILLO, en la investigación que tiene como título: "NIÑAS Y NIÑOS INVOLUCRADOS EN PROCESO DE SUSTRACCION FAMILIAR EN MEXICO", que las niñas y los niños son utilizados como objeto de disputa en esta pugna, y su bienestar suele quedar desatendido y olvidado por los involucrados en estos casos, es decir, por las autoridades y por sus sustractores. Por lo cual se llegó a la siguiente conclusión de 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. Estamos de acuerdo con la presente investigación ya que en este tipo de casos de sustracción de menor son los niños los que son la pugna de los padres, no teniendo la protección debida de la norma ya que en el Código Penal Peruano contamos con un artículo que protege al menor de una sustracción, sin embargo no cuenta con la literalidad expresa de la tenencia de hecho para proteger al menor que se encuentra bajo el cuidado de su madre sin que medie documento formal de su tenencia.

Lo que ocasiona en las madres preocupación y temor al no saber si en realidad solo ellas podrán tener la tenencia en su 100%, y así evitar posteriores problemas con sus ex parejas y/o progenitores de los menores. Entonces es urgente que se dictaminen normativas concretas en relación al tema abordado.

Es así que los padres de familia del distrito de ascensión enfrentan estos problemas relacionados al tema en esencia; la tenencia de hecho, por lo que desconocen las normas y por ende no tiene pleno conocimiento que existe un documento de declaratoria de la tenencia el cual les será de mucha utilidad al

momento de realizar una denuncia para el cual tendrían mayor conocimiento de cómo actuar cuando se enfrentan al caso de sustracción de menores.

Entonces es muy importante mencionar que aún no existe un pronunciamiento judicial que señale expresamente a quién corresponde la patria potestad del menor, esto es lo que ocasiona en los involucrados equivocaciones y mala información por parte de las normas, en esencia confusiones que se tienen como consecuencia y al tener conocimiento de la norma contemplada en el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes, que les corresponde a ambos padres, sin discriminación de ser casados o no; y los derechos-deberes que les otorga la norma les corresponde 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.

Después de haber sustentado ampliamente el tema de sustracción de menores por parte de sus progenitores sin ostentar la tenencia de hecho, queda claro que existe normativa que no refleja la realidad, que debe ser merecedora de una modificación, que regule quién en esencia debería de tener la tenencia en caso se separen los padres.

Pero independientemente de esta normativa, hay que realizar el debido procedimiento y orientación a los involucrados en el tema en esencia, recomendándoles que es lo que deberían de hacer al momento de separación con su conyugue, lo que es obtener la declaratoria judicial de tenencia al momento de la ruptura conyugal, y así evitar posteriores archivamientos de denuncias realizadas.

Sobre este punto es de resaltar que lo operadores jurídicos, en este caso los fiscales, quienes siendo parte del ministerio público, son los titulares de la acción penal, deben realizar una mejor labor en la tipificación de las conductas, en este caso sobre sustracción de menor, y recabar la respectiva documentación y pruebas.

Pues, en la práctica, como se ha visto, la tenencia de hecho al no tener sustento normativo, corresponderá a una conducta atípica, estando la conducta del sujeto activo fuera del alcance de la tipificación del delito de sustracción de menor.

Sin embargo, siendo esta una problemática muy compleja en donde los más perjudicados son los menores, pues de la conducta desplegada por los padres en pro de una disputa sobre la “*tenencia*”, no acudiendo a los medios y procedimientos establecidos por la normativa, y que quién ostenta la tenencia de hecho no esté seguro sobre su menor hijo, desemboca en una pelea sin reglas por tener a su menor hijo a su lado.

En este caso ni el código de niños adolescentes y el código civil, versan sobre la tenencia de hecho, lo que el problema descrito anteriormente surja con mayor frecuencia y en todo caso ocasione lesiones emocionales al menor, y tal vez en disputas más serias, lesiones físicas, que a lo mucho recaen, en sanciones leves.

Siendo así, nace como una necesidad, como parte de la seguridad jurídica de los padres que han dedicado el cuidado a sus menores hijos desde el primer día, garantizar la estabilidad de la tenencia de su menor hijos, a partir de un cambio normativo con el reconocimiento de la tenencia de hecho, y como medios de prueba las verificaciones policiales o notariales de residencia habitual del menor

Pues en la mayoría de los casos, son las personas de bajos recurso y con poco desconocimiento de la normativa las que se encuentran en esta dificultad y pleitos interminables sobre el menor. Dejando cabida a los padres que no se han hecho cargo de sus hijos a que en cualquier momento puedan llevárselo a su menor hijo, y no cometer delito alguno, aduciendo que ostentan la patria potestad, y como tal tienen el derecho suficiente, claro que ello no se niega, pero tampoco puede darse la inseguridad a que en cualquier momento se lleven al menor sin justificación alguna de la residencia habitual en donde se desenvolvía.

En consecuencia, urge como una necesidad social la protección de los padres/madres que ejercen la tenencia de hecho, a fin que sus menores hijos estén

en el entorno donde se desenvuelven, generando estabilidad de los menores, y reduciendo conflictos respecto a estos hechos, siendo que la normativa penal debe ser modificada según dicha vertiente de protección.

Conclusiones

Analizado todos los extremos, y vistos la problemática se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- ♠ Que en la actualidad a fin que procedan las denuncias de sustracción del menor tipificado en el artículo 147 del Código Penal peruano es necesario su modificación de dicho artículo, en el extremo de la patria potestad por tenencia, ya que la tenencia implica el cuidado necesario directa de la madre hacia sus menores hijos, por lo tanto es ésta Institución la que debería ser el bien jurídico protegido en casos de sustracción por parte de los progenitores separados, pues es el padre o la madre denunciante quién debe acreditar mediante un documento la tenencia del menor, pues sin ello, como se ha observado (98% de las denuncias fueran archivadas), serán archivadas. En la realidad jurídica es lamentable que las autoridades no le muestren el valor adecuado a las denuncias de este tipo, ya que en la mayoría muestran que los hechos no se tipifican al delito y otro que ellos quieren ver de manera objetiva el aval que muestre que su menor hijo está bajo su cuidado.
- ♠ Si existe regulación normativa penal, como el artículo 147 del Código Penal Peruano, sobre el delito de sustracción de menor, sin embargo el meollo del problema es que no es efectiva a las situaciones y hechos que reflejan aquellos actos cometidos por padres que sustraen a su menor, sin consentimiento de la madre, a sabiendas que no tienen la tenencia. Después de haber desarrollado algunas normas internacionales, la más efectiva y correcta es la del Estado mexicano de Vera Cruz, ya que su norma legal es tan precisa y práctica al considerar esa Guarda o Custodia de *HECHO O DERECHO*, es decir, tan sólo basta la vulneración ya es un delito que merece ser castigado, por el propio bienestar sobre todo de un menor de edad.

- ♣ El sujeto activo en la sustracción del menor debe estar privado formalmente de la tenencia del menor, es decir, primero si la madre tuviera una sentencia de Tenencia a su favor, este quedaría totalmente demostrado, segundo en caso de tener simplemente una Tenencia de Hecho, tendría que demostrar mediante los medios idóneos, como las constataciones domiciliarias, policiales o notariales (Residencia habitual) testigos familiares, etc., para que el sujeto activo no repita dicho delito poniendo en salvaguarda los derechos del menor víctima de sustracción, con el objetivo principal de ser efectivas las denuncias en casos de sustracción de menor en padres que no ostentan la tenencia de hecho de sus menores hijos.

- ♣ Finalmente llegamos a la conclusión de que la población más vulnerable de ser víctimas de estos delitos, son aquellas madres en mayoría de bajos recursos económicos, que por su situación no toman conciencia e interés para salvaguardar sus derechos, porque tienen ese pensamiento tan primitivo aún, que estar inmerso con la justicia es perder el tiempo. Bueno al momento de hacer las encuestas, muchas de ellas no quisieron colaborar en un inicio, después de explicarles su colaboración fue restringida de alguna manera; en un 100% desconocían de estos temas abordados, pero después de ocurrido los hechos que los vivieron en persona, tienen idea alguna sobre estos temas. Sin embargo, se necesita concientizar, hacer comprender aquellas familias que es muy importante tomar acciones legales, notariales, policiales, etc., antes de ser víctimas de sustracciones de menores que actualmente, las autoridades no le dan la debida importancia.

Recomendaciones

Llegado a este punto, se tiene las siguientes recomendaciones:

- ♠ Que se de orientación oportuna y eficaz por parte de las autoridades correspondientes sobre los procesos de tenencia a fin de que el padre/madre que la ostenta de hecho lo formalice para tener seguridad sobre la permanencia de su menor hijo, que en estos casos, estos últimos con los más perjudicados.
- ♠ El Ministerio Público como titular de la acción penal, tenga que dar mayor énfasis en los casos de sustracción de menor, a pesar de ser en poco número los casos registrados en el año 2015, para aquellas madres que ostentan la tenencia de hecho, para su salvaguarda de su derecho y como no de los menores quienes son víctimas en los delitos de sustracción de menor protegerlos de acuerdo al interés superior del niño.
- ♠ Orientar a la población en general que cuando son padres que ostentan la Tenencia de hecho, deban realizar el proceso de tenencia de sus menores hijos con la finalidad de tener un instrumento adecuado de defensa contra el otro progenitor, que generalmente no se hace cargo del menor.
- ♠ Los Juristas, Congresistas, todos los profesionales del campo del derecho, deben tener conciencia que las conductas sociales están en constante cambio y el derecho debe evolucionar conforme a la sociedad y a los nuevos actos delincuenciales que impactan dentro del país e indignan casos que quedan en un archivo definitivo, por lo que necesitan ser recogidas, modificadas, en el Código Penal peruano, para su debido conocimiento y aplicación de las normas con respecto al tema tratado.

Referencia Bibliográfica

- Bunge, M. (2004). *La Investigación Científica* . 3ra Edición: Siglo Veintiuno - Editores .
- Carbonel Mateu , J., & Gonzales Chusca, J. (2001). *Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Carbonell Mateu, J. C., & Gonzáles Chusca, J. L. (2001). *Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: Grijley - 5° Edición.
- Carrara, F. (1978). *Programa del curso de Derecho Criminal - Parte Especial*. Buenos Aires - Argentina: Palma - Tomo V.
- Carrara, F. (1997). *Derecho Penal*. Mexico: Harla - Tomo V.
- Carrillo, E. (2011). *Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México*. Obtenido de Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v9n2/v9n2a06.pdf> recuperado el 20-01-2017
- Chirinos Soto, F. (2006). *Código Penal*. Lima: Rodhas - 3° Edición.
- Cobo del Rosal, M. (1961). *Consideraciones Técnico Jurídicas sobre la Sustracción de Menores - Separata de anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Código Civil. (21 de Julio de 2011). *Código de los Niños y Adolescentes Ley N° 27337*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L. Obtenido de Código de los Niños y Adolescentes Ley N° 27337: http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_general/4_Codigo_de_los_Ni%C3%B1osyAdolescentes.pdf
- Código Penal*. (2015). Lima - Perú: Jurista Editores.
- Corigliano, M. E. (2010). *Sustracción parental de menores - Aspectos penales*. Obtenido de Sustracción parental de menores - Aspectos penales: http://www.mariocorigliano.com.ar/pdf/sustraccion_parental_de_menores_aspecto_%20penales.pdf - recuperado el 20-01-2017
- Corral Talciani, H. (2003). *La Filiación Matrimonial*. Huancayo - Perú: Actualidad Jurídica - Universidad de los Andes - Año IV - N° 7 - p. 241-262.
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires - Argentina: Astrea - 5° Edición.
- Creus, C., & Buompadre, J. E. (s.f.). *Derecho Penal - Parte Especial*. Astrea - Tomo I- p. 348.
- Dávila , W. (s.f.). *Resultado Legal*. Obtenido de Régimen de Visitas y Tenencia de hijos: <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/> - recuperado el 20-08-16

- Definición.DE.* (2008). Obtenido de Definición.DE: <http://definicion.de/progenitor/>
Recuperado el 08-01-17
- Definiciona - Definición y Etimología.* (29 de julio de 2015). Obtenido de Definiciona -
Definición y Etimología: <https://definiciona.com/conviviente/> recuperado el 12-
01-17
- Díaz Izaga, V. (07 de mayo de 2015). *Prezi*. Obtenido de Hijo Matrimonial y
Extramatrimonial: [https://prezi.com/avciye3_13nn/hijo-matrimonial-y-
extramatrimonial/](https://prezi.com/avciye3_13nn/hijo-matrimonial-y-extramatrimonial/) - recuperado el 20-01-17
- Donna, E. (2001). *Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal
Culzoni - Tomo II.
- Equipo 5. (19 de octubre de 2009). *Teoría del Delito*. Obtenido de Teoría Causalista,
Finalista, Funcionalista y Método Lógico (Diferencias):
<http://penaldelito.blogspot.pe/2009/10/teoria-causalista-finalista.html> -
recuperado el 07-10-16
- Escobar Veas, J. (2015). *Política Criminal Faz Objetiva del Delito de Sustracción de
Menores*. Santiago - Chile: Vol. 10 N° 2 p. 468-497.
- Fernandez de Bujan, A. (2011). *Derecho Privado Romano*. Madrid - España: Iustel.
- Fundación, C. (s.f.). *Sustracción Parental de Menores - Aspectos Psicológicos. Sustracción
Parental de Menores - Aspectos Psicológicos*. Madrid, Madrid, España: Entidad
Supervisada por el Gobierno de España.
- Garrido Montt, M. (2010). *Derecho Penal - Parte Especial*. Santiago de Chile: Jurídica de
Chile - 4° Edición - Tomo III.
- Grisanti, H. (2000). *Lecciones del Derecho Penal*. Vadel Hermanos Editores.
- Hermosilla, N. (1963). *Sustracción de Menor*. Chile: Iuris Chile.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología
de la Investigación*. México - Sexta Edición - p. 128: Mexicana.
- López Barja de Quiroga, P. (2004). *Historia de Roma*. Madrid:
<https://books.google.com.pe/books?isbn=8477372004> recuperado el 15-08-16.
- López, C. A. (18 de enero de 2014). *Derecho Penal Especial I*. Obtenido de Universidad
Cooperativa de Colombia Neiva Huila:
[http://tituloviipenalespecialuno.blogspot.pe/2014/01/articulo-230a-ejercicio-
arbitrario-de.html](http://tituloviipenalespecialuno.blogspot.pe/2014/01/articulo-230a-ejercicio-arbitrario-de.html) - recuperado el 22-08-16
- Ministerio Público Fiscalía de la Nación. (s.f.). *Intervención Fiscal en los Procesos de Patria
Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas*. Obtenido de Módulo II - Tenencia:
http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4082_intervenci

on_fiscal_en_procesos_de_patria_potestad,_tenencia,_regimen_de_visitas.pdf - recuperado el 10-08-16

Moreno R., J. A. (2009). *Derecho de Familia*. Asunción - Paraguay: Intercontinental - 3° Edición - Tomo II - p. 519.

Morillo Jiménez, M. (21 de Febrero de 2011). *Blog de Marible Morillo Jiménez*. Obtenido de Patria Potestad: Tenencia y Régimen de Visitas: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mmorillo/2011/02/21/patria-potestad-tenencia-y-regimen-de-visitas/> - recuperado el 24-08-16

Muñoz Conde, F. (1983). *Derecho Penal - Parte Especial*. Sevilla - Universidad de Sevilla: 5° Edición.

Nuñez, R. (2002). *Manual de Derecho - Penal Parte Especial*. Lima: Iuris.

Pacheco, J. (2000). *El Código Penal Comentado y Concordando - reedición de la tercera edición de 1867*. Madrid - España: Edisofer.

Pino Montero, A. F., & Quiroz López, E. A. (enero de 2015). *Análisis doctrinario y Jurisprudencial del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Obtenido de Análisis doctrinario y jurisprudencial del convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129885/An%C3%A1lisis-doctrinario-y-jurisprudencial-del-Convenio-de-La-Haya.pdf?sequence=1> - recuperado el 19 de enero de 2017

Politoff S., M., & Ramírez, M. C. (2006). *Lecciones de Derecho Penal*. Santiago - Chile: Jurídica de Chile - p. 111.

Quintano Ripollés, A. (1972). *Tratado de la parte Especial del Derecho Penal*. Madrid - España: Revista de Derecho Privado - 2° Edición - Tomo I - Vol. II p. 930-931.

Rodríguez Devesa, J. (1983). *Derecho Penal Español - Parte Especial*. Madrid - España: Artes Gráficas Carasa - 9° Edición.

Salinas Siccha, R. (2010). *Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: Grijley.

Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal - Parte Especial* (Edición 5° ed.). Lima: Grijley - Iustitia - 5° Edición.

Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal - Parte Especial* (Edición 5° ed.). Lima: Grijley - 5° Edición.

Sánchez Zorrilla, M. (21 de septiembre de 2009). *Conversatorio Investigación, Ciencia y Derecho: Investigación Científica e Investigación Jurídica. La Investigación Jurídica Pura*. Cajamarca, Perú, Perú: Organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca y la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca.

Significados. (s.f.). Obtenido de Significados: recuperado de <https://www.significados.com/ostentar/> recuperado el 12-01-17

Siles C., J. R. (2012). *Normativa y Plazos en Procesos Familiares*. La paz - Bolivia: San Judas Tadeo - p. 129.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia - La nueva Teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica - Primera Edición - Tomo I - p. 274.

Zenteno, J. (1984). *Modificaciones al Código Penal 1979 -1983*. Santiago: Universidad de Chile: Quinquenio - p. 255.

Anexos

Anexo 1

Matriz de Consistencia

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA	MUESTRA	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>Problema General: ¿Existe regulación normativa respecto a los padres progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho – Distrito de Ascensión - 2015?</p> <p>Problemas Específicos: * ¿Existe medidas jurídicas respecto a los padres progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho de uno de los progenitores? * ¿La conducta atípica del progenitor vulnera la Tenencia de hecho? * ¿Por qué las denuncias del delito de sustracción de menor son archivadas de manera definitiva en la fiscalía?</p>	<p>Objetivo General: Conocer las normas internas y externas sobre la conducta atípica de uno de los progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho y por qué las denuncias son archivadas en la Fiscalía.</p> <p>Objetivos Específicos: * Analizar la configuración del delito a nivel interno y externo de sustracción de menor de edad sin ostentar la tenencia de hecho por parte de los progenitores. * Describir en qué medida la conducta atípica del progenitor vulnera la Tenencia de hecho. Examinar por que las denuncias del delito de sustracción de menor en la fiscalía, son archivadas de manera definitiva.</p>	<p>Hipótesis General: No existe regulación normativa respecto a los padres progenitores que sustrae a su menor hijo sin ostentar la tenencia de hecho – Distrito de Ascensión - 2015</p> <p>Hipótesis Específicas: * No existe medidas en el Código Penal a nivel interno y externo del delito de sustracción de menor de edad sin ostentar la tenencia de hecho de uno de los progenitores. * Si mediante dicha conducta atípica se vulnera la Tenencia de hecho. Son archivadas por la falta de un requisito de procedibilidad el cual es la Declaratoria Judicial de Tenencia.</p>	<p>Variable 1: Sustracción de menor.</p> <p>Variable 2: Regulación normativa sin ostentar la tenencia de hecho.</p> <p>Dimensión • Código Penal</p> <p>Indicadores * Bien Jurídico Protegido * Agente Activo * Agente Pasivo * Acción Típica * Acción Atípica * Comportamiento Típico * Consumación * Penalidad</p>	<p>Tipo de Investigación: Dogmática Jurídica</p> <p>Nivel de Investigación: Descriptivo</p> <p>Método: Exegético, sistematización y orden normativo</p> <p>Diseño: No experimental</p>	<p>Población: Madres que han sufrido la sustracción de sus menores hijos en el distrito de Ascensión.</p> <p>Muestra: 50 madres a quienes se les sustrajo su menor hijo del sector de Quinta Boliviana del Distrito de Ascensión, y 03 Fiscales de las fiscalías corporativas penales.</p>	<p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Programa SPSS20 • MS Excel 2013 <p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Encuestas • Entrevistas

Anexo 2



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA
(Creado por Ley N° 25265)
(Aprobado con Resolución N° 736-2005-ANR)

INSTRUMENTO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

*“REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES PROGENITORES
QUE SUSTRAN A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO-
DISTRITO DE ASCENSIÓN - 2015”*

ENCUESTA

Señor (a):

Padre o madre de familia del sector de Quinta Boliviana del distrito de Ascensión, le expreso mi cordial saludo a Ud., y mediante la presente le pido tenga a bien responder a las preguntas sobre mi proyecto de investigación titulado, *“Regulación Normativa Respecto a los Padres Progenitores que sustraen a su Menor Hijo sin Ostentar la Tenencia de Hecho-Distrito De Ascensión - 2015”*, el mismo que es totalmente anónimo.

Sólo podrá responder con una “X” en el recuadro que se le presenta.

Nº	INTERROGANTE	RESPUESTA	
		SI	NO
1	Diga Ud.: ¿Tiene hijos menores de edad?		
2	Diga Ud.: ¿vive con la madre o padre de su menor hijo/a?		
3	Diga Ud.: ¿vive permanentemente con su menor hijo/a?		
4	Diga Ud.: ¿Desde que nacieron sus hijos estuvieron bajo su cuidado?		
5	Diga Ud.: ¿alguna vez el padre/ madre de su hijo intentó llevárselo sin su consentimiento?		
6	Sabía Ud.: ¿Que ese acción puede ser un delito?		
7	Sabía Ud. ¿Qué existe el delito de Sustracción de menor?		
8	Conoce Ud.: ¿Qué procedimiento seguir para que su denuncia de sustracción de menor no sea archivada?		
9	Diga Ud.: ¿Si, la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor Procedió?		
10	Diga Ud.: ¿la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor se archivó?		

- 11 Sabe Ud.: ¿Cuáles fueron los motivos por lo que se archivó la denuncia que realizo por el delito de sustracción de menor?
- 12 Conoce Ud.: ¿El procedimiento que debe seguir para poseer la declaratoria judicial de tenencia?
- 13 Sabía Ud.: ¿Que si cuenta con una declaratoria judicial de tenencia, su denuncia de sustracción de menor procedería?
- 14 Conoce Ud.: ¿Qué la sustracción de menor tiene 2 años de pena privativa de libertad?
- 15 Conoce Ud.: ¿el significado de tenencia?
- 16 Diga Ud.: ¿Si sus hijos menores de edad se encuentran bajo su cuidado?
- 17 Conoce Ud.: ¿Si Cuenta con algún documento que avale que su menor hijo está bajo su cuidado?
- 18 Conoce Ud.: ¿El proceso judicial de Tenencia que debe seguir al separarse del progenitor de su menor hijo?
- 19 Conoce Ud.: ¿Qué es la declaratoria judicial de tenencia?
- 20 Conoce Ud.: ¿Para qué sirve el proceso de declaratoria judicial de tenencia?

En tanto quedo agradecido por su contribución a este trabajo de investigación.

Huancavelica, noviembre de 2016



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCVELICA

(Creado por Ley N° 25265)

(Aprobado con Resolución N° 736-2005-ANR)

INSTRUMENTO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

“REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO A LOS PADRES PROGENITORES
QUE SUSTRAN A SU MENOR HIJO SIN OSTENTAR LA TENENCIA DE HECHO-
DISTRITO DE ASCENSIÓN - 2015”

ENTREVISTA

Señor (a):

Servidor (a) del Ministerio Público de Huancavelica, le expreso un cordial saludo con la finalidad de poder entrevistarle en relación al trabajo de investigación cuyo título es el siguiente: *“Regulación Normativa Respecto a los Padres Progenitores que sustraen a su Menor Hijo sin Ostentar la Tenencia de Hecho-Distrito de Ascensión - 2015”*, el mismo que es totalmente anónimo.

b. Sustracción de menores

1. ¿Cuántos casos de sustracción de menores se presentó en el año 2015?
2. ¿Cuántos de estos casos siguieron el curso del proceso?
3. ¿De los casos presentados cuantos fueron archivados?
4. ¿cuál es la razón fundamental para archivar los casos?
5. ¿Quiénes pueden ser culpables de una sustracción de menores?
6. ¿Que regula actualmente el código penal sobre sustracción de menores?
7. ¿Es posible denunciar el delito de sustracción de menor sin tener el documento o sentencia de tenencia?
8. Puede el progenitor que no vive con el menor sujeto activo del delito de sustracción de menor.
9. En el delito de sustracción de menor es importante si uno de los padres no presta su consentimiento
10. ¿Cómo se determina la residencia habitual del menor?

En tanto quedo agradecido por su contribución a este trabajo de investigación.

Huancavelica, noviembre de 2016.

