

## DELITO DE SUSTRACCIÓN O REHUSAMIENTO DE ENTREGA DE MENOR

Raúl Ernesto Martínez Huamán<sup>1</sup>

1. Introducción. 2. Bien jurídico protegido. 3. Tipo objetivo. 3.1. Sujeto activo. 3.2. Sujeto pasivo. 3.3. Conducta y/o modalidades típicas 3.3.1. Sustracción de menor de edad. 3.3.2. Rehusamiento de entrega de menor. 4. Tipicidad subjetiva. 5. Autoría y participación. 6. Consumación y tentativa. 7. Pena. 8. Concurso. 9. Conclusión. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 147° del Código Penal regula el delito de sustracción o rehusamiento de entrega de menor de la siguiente manera:

***“Artículo 147°.- Sustracción o rehusamiento de entrega de menor***

*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, **aún cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.***

Al respecto, se debe indicar que el presente análisis tiene como sustento el nivel de incidencia delictiva que viene asumiendo el delito antes mencionado en nuestra realidad peruana, así se tiene que para el año 2007, solo en el distrito fiscal de Lima, las denuncias por el delito de sustracción o rehusamiento de entrega de menor recepcionadas por el Ministerio Público ascendían a 193; sin embargo, para el año 2013 las denuncias llegaron a 457, es decir que la incidencia de denuncias se elevó en un 137%<sup>2</sup>, lo que sin lugar a dudas genera una preocupación en lo referente a la situación de estos delitos, por lo que una análisis para el estudio del mismo resulta debidamente fundamentado. Además, una de las condiciones por las que se genera el delito materia de análisis está relacionada a la tasa de divorcios, debido a que - normalmente- a partir de los divorcios se genera la disputa por determinar quién de los padres detenta la tenencia del menor de edad<sup>3</sup>. En ese sentido, se puede apreciar que conforme a las cifras proporcionadas por el Instituto Nacional de

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho penal en la Universidad San Martín de Porres. Ha sido profesor de Derecho penal en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, en la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo y Academia de la Magistratura. Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga (Beca AUIP). Magister por la Universidad de San Martín de Porres. Egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular del Distrito Fiscal de Lima. Correo: [rmartinez.abogado@gmail.com](mailto:rmartinez.abogado@gmail.com)

<sup>2</sup> Información obtenida de los Anuarios Estadísticos del Ministerio Público : <http://www.mpfm.gob.pe/>

<sup>3</sup> En un sentido similar GARCÍA PÉREZ, Octavio, quien señala que la comisión de los delitos de sustracción de menor se derivan de crisis familiares. “El delito de sustracción de menores y su configuración”. En Revista Electrónica InDret: [http://www.indret.com/pdf/767\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/767_es.pdf) p.3 Igualmente, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal Parte Especial”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp.327-328.

Estadística e Informática del Perú<sup>4</sup> en el año 2008, en lo que respecta al Área Metropolitana de Lima y Callao, en número de divorcios era de 2,138, y para el año 2014 el número de divorcios en Lima y Callao alcanzaban un total de 10,434, es decir que hubo un aumento importante de divorcios que se elevó en un 388%, lo cual se encuentra vinculado a los distintos problemas de las sociedades modernas, donde la tasa de divorcios y/o separaciones ha aumentado. Con lo cual reiteramos que a nivel empírico y desde nuestra realidad peruana, se encuentra justificado el análisis del presente estudio a fin de establecer si efectivamente el tipo penal cubre los alcances del desvalor social de nuestra realidad peruana.

## **2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

A fin de poder establecer los alcances de la conducta ilícita y los elementos que la constituyen resulta necesario determinar cuál es el bien jurídico penalmente protegido. Al respecto, se puede observar distintas posiciones sobre los alcances del bien jurídico, así tenemos una posición que indica que lo que se protege es *la libertad ambulatoria del menor de edad*. En ese sentido, Luis BRAMONT-ARIAS TORRES y María Del Carmen GARCÍA CANTIZANO<sup>5</sup> señalan que lo que se afecta es la seguridad del menor de edad, específicamente la libertad ambulatoria del menor; posición que ha recibido muchas críticas, entre las importantes tenemos la indicada por Tomás Aladino GÁLVEZ VILLEGAS y Ricardo César ROJAS LEÓN<sup>6</sup> quienes señalan que: “*esta tesis no es sostenible si se tiene en cuenta que la libertad como bien jurídico ya se encuentra protegida en los tipos penales que conforman [...] delitos contra la libertad; asimismo, en el caso de menores que no ejercen propiamente su libertad de acción no se podría decir que se está protegiendo realmente su libertad*”. Cabe indicar que si bien no compartimos la posición del bien jurídico como -solo- la libertad ambulatoria del menor, tampoco estamos de acuerdo con la crítica citada, pues conforme al artículo 5° del Código de los Niños y Adolescentes: “*El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad*” y el artículo 12° del Código de los Niños y Adolescentes: “*El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de tránsito*”; por lo que no resulta acertado señalar que los niños y adolescente carecen de libertad de acción. Para nosotros considerar la libertad ambulatoria del menor como bien jurídico es un posición que limita en demasía el sentido de la norma penal, debido a que no se tiene en cuenta el contexto en el cual se realiza la conducta ilícita cual viene hacer el ejercicio de la patria potestad y los derechos que tienen los menores de relacionarse con ambos padres, lo que repercute en su bienestar personal.

La otra posición, que es la mayoritaria, asume como bien jurídico-penal protegido a *la patria potestad*, aquí tenemos a autores como Ramiro SALINAS SICCHA<sup>7</sup> quien refiere que el bien jurídico: “*lo constituye la patria potestad entendida como el deber de*

<sup>4</sup> Véase: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1344/index.html](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1344/index.html)

<sup>5</sup> Vid. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis & GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”. Lima, Ed. San Marcos, 1998. pp.171-172. Asume también esta posición GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. “*Tópico jurídico-penal*”. Vol. I. Ed. Lima, Ideas, 2013. p.347.

<sup>6</sup> Vid GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César. “*Derecho Penal Parte Especial*”. T.I. Lima, Jurista Editores, 2012, p.1071.

<sup>7</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. “*Derecho Penal Parte Especial*”. Lima, Editorial Iustitia, 2015, p.464. También encontramos a otros autores como REYNA ALFARO Luis Miguel. “*Delitos contra la familia y de violencia doméstica*”. Lima, Jurista Editores, 2011. p.141-142. GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. Ob. Cit. p.347.

*derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad*". Al respecto, consideramos que esta posición, al igual que la anterior, limita el campo de actuación de lo protegido por la norma, pues centra su ámbito de acción a los padres o parientes, dejando de lado que –también– se encuentra en juego los derechos del menor de edad, tratando de entender al menor como un objeto del derecho, cuando es un sujeto de derecho, conforme el Artículo II del Código de los Niños y Adolescentes que establece que los menores de edad son sujetos de derechos: “El niño y el adolescente **son sujetos de derechos, libertades** y de protección específica”. Por ello, no compartimos esta posición mayoritaria, la cual consideramos se deja llevar por el Título del Capítulo III “Atentados contra la patria potestad”, cuando lo correcto es la protección del vínculo que tienen los menores de edad y las personas que detenta la patria potestad.

Conforme a lo antes mencionado, la posición que asumimos como bien jurídico-penal penalmente protegido es **la expectativa que se tiene sobre la efectiva relación personal entre padres-hijos, que repercute en el desarrollo y bienestar de ambos**. Al respecto, cita Octavio GARCÍA PÉREZ<sup>8</sup> que el bien jurídico penalmente protegido está fundamentado, para un sector de la doctrina, en el “*derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar*”. Así, lo relevante de la conducta ilícita se encuentra en “*impedir que los menores se relacionen con el otro progenitor*” y, aunado a ello, que los padres puedan ejercer la patria potestad de forma adecuada. Así, tenemos a nivel comparativo la Sentencia N° 476/2007-Sevilla, del 28 de diciembre de 2007, emitida por Rafael TIRADO MÁRQUEZ<sup>9</sup>, sobre el bien jurídico penalmente afectado:

*“Es evidente la actitud obstativa y rebelde de la acusada, así como su interés en que **la menor no [se] comuniqué con el padre**, existiendo una verdadera retención o secuestro de la menor **respecto del derecho del padre en cuanto al régimen de visitas y custodia, impidiendo una normal comunicación entre padre e hija**, así como la participación de éste no solo en la educación y formación de la citada, sino en los más elementales acontecimiento de la vida de la menor, **por no decir la anulación de la más mínima recíproca afectividad, necesaria en el desenvolvimiento normal de las relaciones paterno filiales**”*

No debemos olvidar que los criterios interpretativos de los elementos del tipo penal en estudio deben tener en cuenta lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, donde lo primordial es el Interés Superior del Niño. Así se tiene que el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes señala: “*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará, el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”. En la misma línea se tiene a

---

<sup>8</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, Octavio. Ob. Cit. pp. 4-5, para quien específicamente, y conforme a la regulación española, lo que se protege es el bienestar persona de los menores acreditado por una resolución judicial; posición que no compartimos, pues en nuestra legislación no se requiere de resolución judicial.

<sup>9</sup><http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=4713337&links=raf ael%20tirado%20marquez&optimize=20090917&publicinterface=true>

la sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N°04058-2012-PA/TC, párrafo 19:

*“[...] se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, **sino también en el momento de la interpretación de ellas**, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales”.*

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°, señala que, los tribunales deberán considerar primordialmente, las decisiones en relación al interés superior del niño, garantizando su protección y cuidado, teniendo en cuenta los deberes de sus padres responsables de él ante la ley. Asimismo, en su artículo 27° señala como nivel de vida, que, **los niños y niñas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.**

Finalmente, reiteramos que no se protege la patria potestad de por sí, sino el **derecho que tienen los que la ejercen y el menor de edad de poder relacionarse, para de esta forma contar con un adecuado desarrollo personal y afectivo**<sup>10</sup>. Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 02892-2010-PHC/TC-Lima (Caso L.F.H.):

*“el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que **impedírselo o negárselo** sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, **entorpece su crecimiento** y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia”.*

Por ello, en los casos de tenencia compartida, a través del régimen de visitas, si al madre/padre que tiene el derecho de poder visitar a su menor hijo, de acuerdo a los horarios establecidos, se le fuera negado la visita por parte del otro padre, se estaría configurando el delito de rehusamiento de entrega de menor, afectando de esta forma el bien jurídico vinculado a la expectativa de relacionarse madre/padre e hijo para el bienestar y desarrollo integral de ambos.

### **3. TIPO OBJETIVO**

#### **3.1. Sujeto activo**

---

<sup>10</sup> En un sentido similar GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. p.1072. Igualmente, PRATS CANUT, Josep Miquel, “[...] en nuestra opinión, el bien jurídico lo constituye el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar legalmente definidos por parte del derecho privado, y la vulneración de los mismos debería integrar el núcleo del injusto en estos preceptos”. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) & MORALES PRATS, Fermín (Coord.). “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 543-544.

En lo que respecta a los elementos del tipo penal, tenemos en cuanto al sujeto activo que este delito se encuentra configurado como un delito especial impropio<sup>11</sup>, por lo que sólo determinados sujetos que posean los elementos objetivos requeridos por el tipo penal pueden configurar con su conducta el hecho delictuoso, así el tipo penal indica que sólo podrán ser autores: “*el que, mediando relación parental*” y “*padre o la madre u otros ascendientes*”, es decir los parientes y padres del menor, debiendo entender por estos últimos a los “*padres biológicos o por naturaleza, matrimonial o no, así como a los padres por adopción*”<sup>12</sup>. Sobre lo antes mencionado la doctrina mayoritaria considera que sujetos activos pueden ser los abuelos, padres, tíos, etc., no precisando, o limitando, hasta donde se extiende el vínculo parental, lo cual consideramos que amplía el círculo de autores de forma excesiva, pues permitiría incluir como autores a parientes que no han tenido ninguna relación material cercana con el menor de edad dentro de su desarrollo familiar, lo cual podría generar ámbitos de impunidad al calificar conductas como si fueran delito de sustracción de menor, cuando materialmente son otros delitos, como por ejemplo el secuestro. Por ello, si bien la norma indica que sujeto activo puede ser un pariente o uno de los padres, consideramos que a fin de dotar de sentido al tipo penal conforme a la norma -vinculado al derecho del menor y los padres de relacionarse regularmente- sólo podrán ser sujetos activos los parientes cercanos materialmente al menor, vinculados al ámbito familiar en el que se desarrolla. En tal sentido, no podrá ser sujeto activo un tío con el cual el menor no ha tenido el mayor vínculo o contacto personal, debido a la considerable lejanía temporal y espacial. A nivel comparativo tenemos que el Código penal español, por ejemplo, establece en su artículo 225 *bis*. 5. que autores serán los ascendientes del menor o parientes del progenitor **hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad**, limitando el círculo de posibles autores del delito.

Por otro lado, debemos indicar que ambos padres (que cuenta y no la tenencia) pueden ser sujetos activos del delito, conforme al segundo párrafo del artículo 147° del Código penal, aún cuando no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad. Conforme lo señalado en el artículo 88° del Código de los Niños y Adolescentes los padres tienen el derecho de visitar a sus hijos, y en caso de negación de entrega del menor por parte del otro padre, se estaría configurando el delito materia de análisis<sup>13</sup>, a menos que dicha visita resulte perjudicial para el menor, quedando justificado el rehusamiento a la entrega del menor; por ejemplo, se encontraría justificado por la grave adicción a drogas o grave enfermedad psíquica del padre/madre. Asimismo, debemos entender que con mayor razón los padres que carezcan de la patria potestad (por suspensión, por abandono a menor, por condena penal, etc.) podrán cometer el hecho ilícito.

### 3.2. Sujeto pasivo

---

<sup>11</sup> Igualmente, PRATS CANUT, Josep Miquel Ob. Cit. pp. 545. En sentido contrario GARCÍA PÉREZ, Octavio. Ob. Cit. p.12.

<sup>12</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “*Comentarios al Código penal. Parte Especial*”. T. II. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.1200.

<sup>13</sup> En un sentido similar, cita GARCÍA PÉREZ, Octavio que “*Un sector de la doctrina estima, sin embargo, que también puede ser sujeto activo de este delito el progenitor custodio, lo que le permitiría incluir en el tipo también los supuestos en los que aquél que tiene la custodia impide al otro acceder al régimen de visitas que se hay acordado o también cabe pensar en los supuestos de guarda compartida donde uno retiene al menor cuando ha de pasar a vivir con el otro*”. Ob. Cit. p.10.

En lo que respecta al sujeto pasivo del delito, en la doctrina encontramos distintas posiciones, algunos autores consideran como sujeto pasivo solo al menor de edad<sup>14</sup>, excluyendo al padre que ejerce la patria potestad. En tanto que otros autores consideran como únicos sujetos pasivos al padre que ejerce la patria potestad, no considerando al menor hijo<sup>15</sup>. Al respecto, somos de la posición que sujeto pasivo del delito son tanto la persona que ejerce la patria potestad como el menor de edad (hijo, nieto, bisnieto, sobrino, etc.)<sup>16</sup>, pues conforme al bien jurídico que hemos asumido lo que se lesiona con la conducta ilícita es la expectativa de relacionarse padre-hijo. En esta línea de interpretación, no podrá ser sujeto pasivo el padre que no cuente con la patria potestad, así lo ha entendido la jurisprudencia:

*“Si cuando se imputó el hecho investigado la madre denunciante no se encontraba ejerciendo la patria potestad de su menor hija, en consecuencia no concurren los requisitos para la tipificación del delito de sustracción de menor<sup>17</sup>”*

Cabe indicar que cuando el tipo señala *menor de edad*, debe comprenderse a cualquier menor de 18 años, excluyendo del mismo a los menores con capacidad adquirida por matrimonio o título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio, de acuerdo a lo regulado en el artículo 46° del Código Civil. Además, dentro del menor de edad no se encuentra los mayores de edad incapaces, y que requieran de una especial protección y vínculo con sus padres, lo cual resulta criticable<sup>18</sup>, toda vez que se deja en estado de indefensión, y en un trato desigual, a las relaciones entre padre-hijos incapaces.

### 3.3. Conducta y/o modalidades típicas

#### 3.3.1. Sustracción de menor de edad

Son dos las conductas ilícitas reguladas en el artículo 147° del Código penal, la primera es la sustracción del menor de edad y la segunda el rehusamiento de entrega del menor. En lo referente a la primera modalidad, debemos entender por *sustracción* al acto de excluir o apartar injustificadamente al menor del ámbito de protección de quien ejerce la patria potestad legalmente en un momento concreto, quedando el menor fuera de su alcance o dominio; por ejemplo la madre/padre que ejerce la tenencia<sup>19</sup> del menor de lunes a viernes o sábado a domingo, y el otro padre

---

<sup>14</sup> Aquí encontramos a PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Derecho Penal Parte Especial”. T.I. Lima, Idemsa, 2008, pp. 477-478. En la doctrina extranjera tenemos a CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa. “Delitos contra las relaciones familiares”. En *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) & RAGUES I VALLES, Ramón (Coord.). Barcelona, Atelier, 2006, p.169.

<sup>15</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delitos contra la familia y de violencia doméstica. Lima, Jurista editores, 2011. pp. 144-145.

<sup>16</sup> En el mismo sentido GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. p.1073.

<sup>17</sup> Conforme el Expediente N° 6211-97, de 29 de enero de 1998. En CARO CORIA, Dino Carlos. “Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal”. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p.334.

<sup>18</sup> Señala sobre el vacío legal de la situación de los sujetos incapaces PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. p.478.

<sup>19</sup> Sobre la tenencia, de acuerdo al artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes: “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

interfiere en dicho ámbito y aleja ilícitamente y definitivamente al menor de su esfera de custodia cometería la modalidad de sustracción del menor. En ese sentido, sustraer para el presente ilícito comprende apartar sin autorización y definitivamente al menor de edad del lugar o espacio de protección o custodia del padre que concretamente y en dicho momento ejerce la patria potestad, incorporando el sujeto activo al menor dentro de su dominio. Debiendo comprender por lugar de protección o espacio de protección no sólo el lugar de residencia del menor, sino también los otros espacios donde se desarrolla con autorización del padre que ejerce la patria potestad: colegio, centro de esparcimiento o situaciones donde el padre o madre encarga al menor de edad a un tercero.

En cuanto a los medios de sustracción, puede ser cualquier medio idóneo para apartar al menor de la esfera de protección o custodia del padre, así por ejemplo puede ser la amenaza, violencia, engaño, entre otros. En la siguiente sentencia tenemos que el medio empleado por el sujeto activo es el engaño:

*“En el presente caso, de las diligencias y medios probatorios ofrecidos y actuados durante la secuela del presente proceso, se ha llegado a establecer en forma fehaciente que éstas a sabiendas que el agraviado por mandato judicial firme ejerce la patria potestad de sus menores hijas [...], **las sacaron de su domicilio con engaño rehusando devolverlas a su hogar**”<sup>20</sup>*

Cabe señalar que el consentimiento que pueda dar el menor sobre su sustracción es irrelevante para la configuración del ilícito, debido a que conforme al bien jurídico lo que prima es el derecho de que ambos padres tienen de relacionarse con su hijo.

La doctrina mayoritaria considera que el tiempo de sustracción del menor debe ser significativo<sup>21</sup>; sin embargo, no compartimos dicha posición, debido a que lo relevante para la configuración es la separación definitiva del menor de edad del ámbito de custodia del padre que ejerce la patria potestad, lo cual va a quedar determinado por los datos objetivos del caso concreto. Tratar de establecer un tiempo adecuado para establecer la configuración del ilícito no aporta nada al injusto en sí, sino a su posible punibilidad<sup>22</sup>, tiempo que no ha sido tomado en cuenta por el legislador peruano para eximir la pena, a diferencia del español, quien en su Código penal establece que será exento de pena si la sustracción no es mayor a veinticuatro horas. Nosotros compartimos el criterio asumido por el legislador peruano, debido a que lo relevante para la configuración del delito es la pérdida definitiva del ámbito de protección por parte del padre que ejercer legalmente la patria potestad, es decir que se configurará el delito cuando el sujeto activo ingresa al

---

*adolescente*”.

<sup>20</sup> Expediente N° 98-0087-Ica, Resolución Suprema del 5 noviembre de 1999, citado en CARO JOHN, José Antonio. “*Diccionario de Jurisprudencia penal*”. Lima, Grijley, 2007, p.634.

<sup>21</sup> Tenemos entre los que postulan que la sustracción del menor debe contar con un tiempo relevante a SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. p. 479. Igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. p.1076.

<sup>22</sup> Como indica Miguel BUSTOS RUBIO el fundamento de la punibilidad a razones de “política criminal, de oportunidad, razones de política jurídica, o de conveniencia o inconveniencia de la intervención penal, todas ellas ajenas al contenido del injusto y de la culpabilidad”. “*Notas sobre el contenido de la punibilidad. Especial referencia a las mal denominadas excusas absolutorias*”. En GASPARD CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (Dir.). *Estudios de Política Criminal y Derecho Penal*. T.II. Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p.174.

menor a su ámbito de dominio de forma definitiva, así si un pariente (tío, primo, etc.) invita a un menor de edad a jugar partido sin la autorización del padre, no se configura el ilícito de sustracción de menor, debido a que objetivamente la conducta no se desarrolla en el contexto de separar al menor del ámbito de protección y relación con el padre, ni tampoco será configurativa de este delito las conductas sólo destinadas a infringir los acuerdos sobre el régimen de visitas, como por ejemplo entregar al menor después de una hora del tiempo estipulado.

### **3.3.2. Rehusamiento de entrega de menor**

En lo que respecta al rehusamiento de entrega de menor, el mismo se configura cuando el agente se niega a entregar al menor de edad ante el requerimiento de quien detenta la patria potestad de forma lícita. Esta modalidad es muy común en los casos de tenencia compartida con régimen de visitas, por ejemplo el padre que no cumple con el deber de entregar al menor al otro padre por haber culminado el plazo de tenencia, incumplimiento que debe realizarse sin causa justificada (la distancia, un accidente, entre otros). La forma de la entrega (tiempo, lugar y modo) debe realizarse conforme a lo establecido en el acuerdo entre los padres o resolución judicial. Al igual que en el caso de sustracción de menor, no resulta relevante para efectos de la configuración de la modalidad de rehusamiento de entrega de menor de edad que este último dé su consentimiento, lo relevante es la afectación a la expectativa de relacionarse madre/padre e hijo. Sobre esta modalidad delictiva tenemos la sentencia recaída en el expediente 3808-98, del 25 de noviembre de 1998:

*“La conducta de la encausada, consistente en la **negativa a entregar al menor** que fuera dejado por la madre en su vivienda, constituye acto típicamente relevante del delito contra la patria potestad-sustracción de menor<sup>23</sup>”.*

Asimismo, no debemos olvidar que para efectos de la realización del delito, que el padre que se niega a la entrega del menor debe contar previamente con la tenencia del menor de forma lícita, pues en caso no sea así estaríamos hablando de sustracción de menor. La tenencia de forma lícita puede darse por propia entrega del otro padre, por entrega de un familiar del padre que cuenta con la tenencia o por entrega de una de las personas a las que quien ejerce la patria potestad entrega el cuidado del menor de edad (profesores, conductor de la movilidad escolar, etc.).

Debemos tener en cuenta que para que se configure el rehusamiento, el padre que cuenta con la tenencia debe requerir, previamente, al otro padre o pariente la entrega del menor, pues el mismo término rehusar hace referencia a una exigencia y su posterior negación. Igualmente, el requerimiento debe ser lícito, pues no se configura el delito si el sujeto activo cuenta, aún, con del derecho de tenencia del menor; por ejemplo, no sería lícito si el padre que tiene la tenencia del menor los sábados y domingos es requerido por el otro padre dichos días.

Por otro lado, el requerimiento puede ser por cualquier vía idónea (teléfono, mensajes, chat, etc.) que permita al sujeto activo tomar conocimiento. Finalmente, el rehusamiento puede realizarse a través de una negación expresa (señalar por

---

<sup>23</sup> En Gaceta Penal & Procesal Penal. Diccionario Penal jurisprudencial. Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p.564.

teléfono o mensaje que no entregará al menor) o una simple omisión de responder (no contestar la llamada telefónica, apagar el celular o dejar en visto el chat).

#### **4. TIPICIDAD SUBJETIVA**

El delito se configura en su vertiente subjetiva solo de forma dolosa. El sujeto activo debe tener pleno conocimiento que con su acto realiza la sustracción o el rehusamiento de entrega de menor, retirando ilícitamente al menor de la esfera de dominio de quien ejerce la patria potestad, afectando la relación padre-hijo; así como conocimiento que no ejerce en el momento concreto el derecho de tener en su dominio al menor de edad, pero a pesar de ello continúa con su acto ilícito, siendo irrelevantes penalmente los fines que su conducta pueda tener<sup>24</sup>, así por ejemplo el pariente que sustraer al menor para entregárselo al otro padre, al considerar que es lo más justo. Cabe indicar, que si de los datos objetivos se deriva que el sujeto activo realizó la conducta en el marco de obtener un provecho económico u otro, la misma sería constitutiva de otro delito (extorsión, trata de persona, etc.). A nivel jurisprudencial se aprecia la relevancia del conocimiento del agente activo:

*“En el delito sub iudice (sustracción del menor) se requiere necesariamente cumplir con el elemento de tipicidad objetiva contenido en el hecho que el agente debe conocer que se le ha privado del ejercicio de la patria potestad, y a sabiendas de ello sustrae o retiene al menor de quien sí posee ejercicio legal mencionado; además, **debe concurrir el elemento de tipicidad subjetiva consistente en el dolo constituido en el hecho que el agente debe actuar a sabiendas que existe tal impedimento legal**”<sup>25</sup>*

#### **5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

En lo pertinente al grado de participación de los agentes que intervienen en la comisión del delito de sustracción de menor o rehusamiento de entrega de menor tenemos que al encontrarnos ante un delito especial, solo podrán ser autores (directos, coautores o autor mediato) los establecidos por el tipo penal, es decir los padres o los parientes, siendo que los demás sujetos que apoyen en la comisión del mismo serán partícipes (inductores o cómplices).

Por otro lado, en los casos donde uno de los sujetos activos haga uso de “agencias” que recuperen a los menores de edad, el pariente o padre sería autor, en tanto que los integrantes de la agencia que participaran en la sustracción del menor a nuestro criterio serían autores del delito de secuestro<sup>26</sup>, una situación similar se daría si uno de los padres paga a un tercero para que sustraiga a su menor hijo del colegio.

---

<sup>24</sup> En ese sentido PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. p. 481. Igualmente, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. p. 465.

<sup>25</sup> Expediente N° 1486-98, Ejecutoria Suprema del 30 de junio de 1998, citado en CARO JOHN, José Antonio. Ob. Cit. p.633.

<sup>26</sup> En sentido contrario, tenemos que para Iván Pedro GUEVARA VÁSQUEZ los que integran la “agencia” serían cómplices del delito de sustracción de menor. Ob. Cit. p.350.

## 6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma en la modalidad de sustracción de menor, cuando el sujeto activo tiene dentro de su esfera de dominio de forma definitiva al menor de edad. En esta modalidad es posible la tentativa; por ejemplo, el sujeto activo es interceptado en el momento en que se retiraba del centro educativo con el menor de edad. Por otro lado, en cuanto al tiempo que resulta necesario para poder indicar que nos encontramos con la configuración del delito, como se ha indicado líneas atrás, somos de la consideración que el mismo se configura cuando el sujeto activo concreta la sustracción del menor de forma definitiva, al ponerlo en su ámbito de dominio, dependiendo de él la situación del menor, no resultando relevante el tiempo que dure ese alejamiento.

En lo que respecta a la modalidad de rehusamiento de entrega de menor, se consuma con la negativa del sujeto activo de entregar al menor a quien ejerce la patria potestad, por lo que nos encontramos ante un delito instantáneo, no siendo posible la tentativa. Dicha negativa puede concretarse con una respuesta directa de no entregar al menor o con la falta de respuesta a las exigencias de quien detenta la patria potestad.

Finalmente, sobre este aspecto, debemos indicar que el delito de sustracción o rehusamiento de entrega de menor se encuentra configurado como un delito permanente<sup>27</sup>, debido a que el estado de antijuridicidad se prolonga de acuerdo al tiempo en el que el menor se encuentra separado del sujeto que detenta la patria potestad; en tal sentido para efectos de la prescripción, el mismo comenzará a computarse, de acuerdo al artículo 82° del Código penal, a partir del día que cesó la permanencia, es decir desde el momento en que el menor deja de estar en el dominio del sujeto activo.

## 7. PENA

Conforme el artículo 147° del Código penal, el marco punitivo a imponer por la comisión del delito materia de estudio no podrá ser mayor de dos años de pena privativa de la libertad, y conforme al artículo 29° del Código penal, la pena mínima será de no menor de dos días de pena privativa de la libertad. Asimismo, podrá aplicarse, conforme al artículo 36° y 39° del Código penal, la pena de inhabilitación accesoria de *incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela*.

## 8. CONCURSO

En caso el sujeto que sustraiga al menor no es ni pariente, ni uno de los padres, se podrá configurar el delito de secuestro, extorsión o trata de personas. Por otro lado, será posible en algunas situaciones el concurso con el delito de desobediencia a la autoridad.

---

<sup>27</sup> En el mismo sentido, el maestro José Luis DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit.p.1212.

## 9. CONCLUSIÓN

A diferencia de las posiciones clásicas sobre el bien jurídico protegido en el delito materia de estudio: patria potestad y libertad del menor, hemos asumido una distinta: *la expectativa que se tiene sobre la efectiva relación personal entre padres-hijos, que repercute en el desarrollo y bienestar de ambos*, de esta forma consideramos *que prevalece el derecho que tienen los que ejercen la patria potestad y el menor de edad de poder relacionarse*, para de esta forma contar con un adecuado desarrollo personal y afectivo de ambos.

En lo que respecta al sujeto activo del delito, consideramos que a fin de no generar vacíos de punibilidad, como tipificar un delito de sustracción de menor cuando propiamente es un delito de secuestro, de *lege ferenda* proponemos que se limite el círculo de autores del delito analizado a los parientes de cuarto grado de consanguinidad, conforme lo señalado *ut supra*.

Finalmente, conforme lo desarrollado en el presente trabajo, se ha tratado de brindar nuevas formas de interpretar los elementos del ilícito penal desde nuestra óptica sobre el bien jurídico penalmente protegido, lo cual consideramos compatibiliza con nuestra actual realidad peruana.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ANUARIOS ESTADÍSTICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO: <http://www.mpfj.gob.pe/>
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis & GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”. Lima, Ed. San Marcos, 1998.
- BUSTOS RUBIO, Miguel. “Notas sobre el contenido de la punibilidad. Especial referencia a las mal denominadas excusas absolutorias”. En GASPAR CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (Dir.). *Estudios de Política Criminal y Derecho Penal*. T.II. Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p.174.
- CARO CORIA, Dino Carlos. “Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal”. Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- CARO JOHN, José Antonio. “Diccionario de jurisprudencia penal”. Lima, Grijley, 2007.
- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa. “Delitos contra las relaciones familiares”. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) & RAGUES I VALLES, Ramón (Coord.). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2006.
- Consejo General del Poder Judicial del Reino de España: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4713337&links=rafael%20tirado%20marquez&optimize=20090917&publicinterface=true>
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Comentarios al Código penal. Parte Especial”. T. II. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Gaceta Penal & Procesal Penal. “Diccionario Penal jurisprudencial”. Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y ROJAS LEÓN, Ricardo César.

“*Derecho Penal Parte Especial*”. T.I. Lima, Jurista Editores, 2012.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio. “*El delito de sustracción de menores y su configuración*”. En Revista Electrónica InDret: [http://www.indret.com/pdf/767\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/767_es.pdf) p.3.
- GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. “*Tópico jurídico-penal*”. Vol. I. Ed. Lima, Ideas, 2013.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1344/index.html](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1344/index.html)
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal Parte Especial*”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “*Derecho Penal Parte Especial*”. T.I. Lima, Idemsa, 2008.
- PRATS CANUT, Josep Miquel. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) & MORALES PRATS, Fermín (Coord.). “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. “*Derecho Penal Parte Especial*”. Lima, Editorial Iustitia, 2015, p.464. REYNA ALFARO Luis Miguel. “*Delitos contra la familia y de violencia doméstica*”. Lima, Jurista Editores, 2011.