



Universidad Nacional
Federico Villarreal

VRIN

VICERRECTORADO
DE INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LA SUSTRACCIÓN POR EL PADRE QUE NO TIENE LA TENENCIA AFECTA A
LA SALUD EMOCIONAL DEL NIÑO EN EL CERCADO DE LIMA, AÑO 2021**

Línea de Investigación:

Procesos Jurídicos y Resolución de Conflictos

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRA EN DERECHO PENAL**

AUTORA:

Maldonado Aysa, Dina

ASESOR:

Quevedo Pereyra, Gastón Jorge

Código ORCID 0000-0002-7912-9872

JURADO

Ramos Suyo, Juan Abraham

Lopez Figueroa, Mario Luis

Mendoza La Rosa, Carlos Alfonso

**Lima – Perú
2023**

DEDICATORIA

Esta investigación lo dedico a mí Madre y a todos mis hermanos, quienes siempre me apoyaron e hicieron posible que cumpla con mi objetivo de lograr esta investigación, para poder lograr un objetivo más en mi carrera profesional gracias por su apoyo, paciencia y comprensión.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por haberme creado, por la bendición de la vida, por guiarnos a lo largo de nuestra existencia, ser el apoyo y fortaleza en las situaciones de dificultad y de debilidad.

A la Universidad Federico Villarreal, por haber contribuido a mi progreso personal y profesional por medio de los estudios de la Maestría.

A mi asesor de tesis, por su apoyo y dedicación durante la elaboración de esta investigación, les manifiesto mi admiración y respeto.

A todos los docentes de la Maestría, por haber compartido sus conocimientos durante la preparación universitaria, para afrontar mis metas profesionales en beneficio de la sociedad.

Gracias a todas aquellas personas que colaboraron en la concreción de este estudio, que será útil como aporte para la mejora del crecimiento personal de las madres y niños del país.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	06
ABSTRACT.....	07
I. INTRODUCCIÓN	
1.1. Planteamiento del Problema.....	10
1.2. Descripción del Problema.....	12
1.3. Formulación del problema.....	12
1.4. Antecedentes.....	13
1.5. Justificación e Importancia.....	18
1.6. Limitaciones de la investigación.....	19
1.7. Objetivos.....	19
1.8. Hipótesis.....	20
II. MARCO TEÓRICO	
2.1. Teorías generales sobre el tema.....	21
2.2. Bases teóricas.....	27
2.3. Marco Conceptual.....	48
III. MÉTODO	
3.1. Tipo de Investigación.....	52
3.2. Población y muestra.....	53
3.3. Operacionalización de Variables.....	54
3.4. Instrumentos.....	54
3.5. Procedimientos.....	55
3.6. Análisis de datos.....	55
3.7. Consideraciones éticas.....	55
IV. PRESENTACION DE RESULTADOS	

4.1. Análisis e interpretación.....	56	
4.2. Contrastación de hipótesis.....	63	
V. DISCUSIÓN		
5.1. Discusión.....	68	
VI. CONCLUSIONES.....		72
VII. RECOMENDACIONES.....		74
VIII. REFERENCIAS.....		75
IX. ANEXOS.....		80
ANEXO A: Matriz de Consistencia.....		80
ANEXO B: Instrumento de recolección de datos.....		81
ANEXO C: Validación y confiabilidad de instrumentos.....		82

RESUMEN

Propósito: determinar si la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021. El tipo de estudio es descriptivo. **Método:** El diseño de la investigación es no experimental. La población está conformada por 140 trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial del Cercado de Lima. La muestra es no probabilística y está constituida por 4 trabajadores judiciales. Se utiliza como técnica de recolección de datos: La entrevista y el análisis documental. Se utiliza como instrumento: una entrevista de 5 ítems. Para el análisis de datos, se utiliza un análisis cuantitativo de datos. **Resultados:** Muestran que la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño, debido a que este delito se refiere a la infracción de un deber específico del autor de protección del menor, pues se puede apreciar un abuso de la posición de dominio fáctico por parte del sujeto activo, que es un progenitor. **Conclusión:** Esta situación ilícita genera diversos efectos en la salud emocional del niño, por lo que se debe sancionar oportunamente. De esta manera, se acepta la hipótesis principal, en el sentido siguiente: “La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021”.

Palabras clave: Sustracción del menor, tenencia, acto de trasladar, acto de retener, salud emocional.

ABSTRACT

Purpose: to determine if the abduction of a minor by the father who does not have de facto or legal custody affects the emotional health of the child in Cercado de Lima, year 2021. The type of study is descriptive. **Method:** The research design is correlational. The population is made up of 140 workers from the Public Ministry of the Judicial District of Cercado de Lima. The sample is non-probabilistic and is made up of 4 judicial workers. It is used as a data collection technique: The interview and documentary analysis. It is used as an instrument: an interview of 5 items. For data analysis, a quantitative data analysis is used. **Results:** They show that the abduction of a minor by the father who does not have de facto or legal custody has a negative impact on the emotional health of the child, because this crime refers to the infraction of a specific duty of the author of protection of the minor. , since an abuse of the position of factual dominance by the active subject, who is a parent, can be seen. **Conclusion:** This illicit situation generates various effects on the emotional health of the child, so it must be sanctioned in a timely manner. In this way, the main hypothesis is accepted, in the following sense: "The abduction of a minor by the father who does not have de facto or legal custody has a negative impact on the emotional health of the child in the Cercado de Lima, year 2021" .

Key words: Abduction of the minor, possession, act of moving, act of retaining, emotional health.

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción de menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal en el Cercado de Lima, es un problema tan grande que deja daños irreparables para el niño que es arrancado con violencia, en contra de su voluntad de su vivienda habitual, pues con el tiempo aflora todo el daño sufrido del niño, que será una persona que tendrá serios problemas en su normal desenvolvimiento en su vida laboral, sentimental y social, por lo que también afectará a la sociedad que nos rodea.

En este sentido, el objetivo del estudio es lograr incentivar a que se evite la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia ni hecho ni legal, para evitar los daños irreparables que genera a un niño, que en el futuro podría generar repercusión en su ámbito laboral, social y personal. Por ello, la presente investigación se divide en varios capítulos.

En el primer capítulo, se plasmará lo referente al planteamiento del problema, entre ellos: antecedentes, planteamiento del problema, objetivos, justificación y definición de variables. El planteamiento del problema hace referencia sustracción del menor por el progenitor no custodio y la salud emocional del niño. Los objetivos comprenden el objetivo general y los objetivos específicos.

En el segundo capítulo, señala todo en relación al marco teórico, entre ellos: las teorías generales sobre el tema, las bases teóricas, el marco conceptual y las hipótesis. Las bases teóricas comprometen la teoría de los autores a nivel nacional e internacional en base a la sustracción del menor por el progenitor no custodio y la salud emocional del niño.

En el tercer capítulo, señala el método, que comprende, tipo y nivel, diseño de investigación, estrategias de prueba de hipótesis, variables, población y muestra, técnicas e instrumentos de recolección de datos y, procesamiento y análisis de datos. Las variables se determinan de forma operacional. El diseño de investigación es correlacional.

En el capítulo cuarto, se desarrolla la presentación de resultados. Se describen los resultados obtenidos a través la aplicación de la entrevista sobre el asunto de indagación a los trabajadores judiciales. Además, se presenta la prueba de hipótesis. En el quinto capítulo, se señala la discusión de los resultados.

Por último, se expone la parte más valiosa de la investigación: las conclusiones y las recomendaciones. Además, se señalan las referencias bibliográficas de forma ordenada. También, se presentan los anexos, que engloban: matriz de consistencia y la entrevista sobre el tema.

1.1. Planteamiento del Problema

La sustracción parental de menores representa un tema actual, que se presenta porque uno de los padres o parientes cercano del niño, lo sustrae, retiene u oculta, con la finalidad básica de restringir el derecho de visita al otro padre. Con ello, se logra generar una conducta que victimiza al menor (es) envueltos, dado que se minimiza al menor a la posición de objeto. Los progenitores que realizan esta actividad arbitraria con sus hijos, la manipulación de los menores y su consideración como objetos, y que sean vistos como una propiedad atentan contra su dignidad humana del menor como sujeto de derecho.

La sustracción parental de menores ha logrado gran repercusión mediática, debido al incremento de matrimonios mixtos y los constantes rompimientos de pareja, lo que genera conflictos culturales entre un deber jurídico y un deber moral, ya que los padres creen poder hacer justicia por su cuenta. Incumpliendo resoluciones judiciales o administrativas. He aquí, que la sustracción realizada por los padres resulta ser una fenomenología compleja legalmente. Ya que la normativa afecta la jurisdicción civil y penal, ambos con sus propios lineamientos, pero siempre en funcionamiento del caso particular (Monge, 2017, p. 2).

El problema causado por la sustracción familiar traspasa el ámbito de lo privado para convertirse a un tema del ámbito público. Ambos progenitores llevan la esperanza que mediante los organismos se pueda resolver o aclarar su situación familiar, ya que se tiene confianza de que se aclarara las controversias y primara el salvaguardo de los niños y niñas. Se tiene en cuenta que, mediante la mediación de los organismos y el derecho, se excluirán las pasiones y los prejuicios, pero existe un gran descontento e impotencia al visualizar los vacíos legales que causan una desprotección total, además de causa un enfrentamiento entre realidad institucional plagada de barreras en el acceso a la justicia (Carrillo, 2011, p. 567).

Los progenitores que presencian la sustracción de sus hijos e hijas señalan que se debió al enfrentamiento entre parejas o por temas de maltratos, lo que causa la separación conflictiva y que uno de los progenitores tome la decisión de llevarse a los hijos. Estas situaciones se realizan porque uno de los padres no quiere terminar la relación y que termina ya no desea convivir con el otro o porque simplemente poseen una nueva relación de parejas. La sustracción del menor se realiza porque los padres desean dar inicio “una novísima etapa de vida”, quieren borrar la imagen de padres o porque uno de ellos los abandona buscan otorgar un castigo a través de su pareja (Carrillo, 2011, p. 565).

Se debe considerar que una persona no nace violenta, se hace violenta, por el modo de ser tratado en su hogar donde debería existir paz, amor y dedicación para enseñarle valores, que le permitan servir de bien en la sociedad. No obstante, en la actualidad en lo último que se piensa es en la salud mental y emocional de una persona, sin considerar que ello traerá terribles efectos en el futuro cuando en su etapa de juventud tenga problemas en relacionarse en lo social, laboral y sentimental, debido a patrones o enseñanzas que llevará arraigado en su interior, que llegado el momento también aplicará violencia verbal y física, empezando por la falta de respeto a las personas por su condición de tal. Por ello, al tratarse de un menor de edad que solo tiene a sus progenitores, estos deben velar de forma correcta por ellos.

La violencia que existe puede producir insensibilidad, pues los niños violentos son un mal que está en la sociedad. Se habla de los menores criticando su responsabilidad por sus conductas, pero no se señala que se pudo emplear medidas preventivas, y se culpa a los organismos de su poca intervención cuando el menor se encuentra en peligro. No se puede exigir a los jóvenes una responsabilidad y voluntad en evolución, si previo a ello no poseen modelos que logren sus aprendizajes, por lo que se debe preocupar por su futuro desde el presente (Elena et al., 2003, p. 13). La sociedad reacciona cuando un niño o joven reacciona de modo violento y comete delitos, pero no se reacciona cuando un niño está en peligro, pues

se considera que la violencia del niño es pasajera y no producirá daños irreparables, pero esa conducta se incrementa y se seguirá repitiendo, por lo que se debe concientizar a las personas que criar niños con violencia es malo y se debe evitar.

El derecho del niño a desarrollarse en un clima de cariño y protección en todo sus aspectos, está establecido en el Principio de la Declaración de los Derechos del Niño, señala que el menor, para su completo crecimiento personal requiere amor y comprensión, por ello debe desarrollarse en un ambiente amparado por la responsabilidad de sus padres y, asimismo contar con un hogar afectivo y que posea seguridad moral y material”.

1.2. Descripción del Problema

La sustracción de un menor de quien posee la tenencia sobre ellos o sobre los que no poseen el cuidado y resguardo, representa una acción violenta que se interpreta en acciones de violencia contra el menor, pues los padres maltratan a sus hijos, de forma física y psicológica. Las agresiones y la violencia psicológica se asumen como naturales, pues siempre se utilizarán hacia los hijos.

El maltrato al menor por sus propios padres es un tema reconocido en la sociedad, que se produce en el momento de sustraer al niño para ponerlo en una situación de inseguridad, fuera de quien ejerce la patria potestad o la legítima custodia. Así, se deja desprotegidos a los niños, lo que actualmente se ve con frecuencia, dada a la impunidad que existe y la facilidad que ofrece el hecho, con ello, así se incrementa el dolor del menor, pues se ejerce violencia física y psicológica sobre él, lo que incide en la salud emocional del niño.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema General

¿En qué medida la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera la acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021?

- ¿De qué manera la acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021?

1.4. Antecedentes

1.4.1. Antecedentes nacionales

1) Morí (2016) realizó una tesis titulada “La violencia física y psicológica familiar en la sustracción indebida de un menor en el código penal peruano, en el año 2016”, para obtener el título de Abogado. Se concluye que: “a) en base al resultado de la indagación se demuestra claramente que se debe reformular el artículo 147° del Código Penal, lo cual establece la incorporación de las agravantes a el artículo en referencia en cuanto violencia física y psicológica; b) Debe incorporarse La violencia física como un agravante en el delito de sustracción de menor, ya que en la realidad del país se observa el daño que se causa a la integridad corporal y a la salud al sujeto pasivo; c) Se debe incorporar la sustracción del menor como agravante de este tipo penal, ya que resulta ser un accionar o conducta de quien comete la sustracciones al sujeto pasivo ocasionándole una conducta de control y asilamiento del menor en contra su voluntad, además puede causar humillación o avergüenza hacia la víctima lo cual acarrea en daños psíquicos”.

2) Vega (2017), realizó una tesis titulada “La protección a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el delito de sustracción de Menor de Edad. Judicatura Arequipa 2015 -2016”, para obtener el título de abogado, en la Universidad Católica San Pablo, de Arequipa. Se concluye que: “a) La errada configuración del tipo penal de sustracción de menor de edad posee un nexo relacional significativo con los escasos de salvaguardo de los derechos y deberes propios a la patria potestad, ello porque el

enfrentamiento dado entre la patria potestad y la tenencia para la tipificación del delito, por ello la incidencia del delito, debido a accionares que salvaguardan al agresor. De modo que, no se recepciono la novísima concepción del rol de la protección en la patria potestad, pues resultan escasas las medidas coercitivas del lado del órgano jurisdiccional para salvaguardar a la víctima del delito de sustracción del menor. Actualmente, resulta ser ineficiente la normativa; b) Se trasgrede el derecho de poseer una familia y como consecuencia a permanecer con la misma, dado que, el menor al ser sustraído del resguardo de uno de sus progenitores, se priva del cuidado que le otorga el padre o madre, este comportamiento habitual no puede ser invocada, dado a que no se especifica bien jurídico protegido del delito de sustracción, y ello a pesar que nuestra normativa positiva establece el deber y derecho de tener a los hijos en su compañía (Tenencia) previsto en el artículo 423.5 del Código Civil".

3) Alcalá (2016) realizo una tesis titulada "Atentado contra la patria potestad y la sanción en la legislación penal peruana", para obtener el grado de Magister en Derecho Penal, en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Se concluye que: "a) La información recopilada determino que el incumplimiento del ejercicio de la Patria potestad entregado por orden judicial, supone varios componentes que inciden en la decisión del juez; b) Los datos recopilados lograron determinar que la incitación a la fuga, sustracción y ocultamiento del menor rechazando la realización de la entrega, posee conexión con el espíritu de la ley penal en vigencia y la pena otorgada; c) La información logro evidenciar que atentar contra el bienestar del menor, recae en penas rigurosas interpuestas por el marco normativo a los participantes del hecho; d) Se logro determinar que atentar contra la patria potestad, recae de forma directa en penas señaladas por la ley".

4) Chávez y Campos (2013) realizo una tesis titulada "Aplicación del Convenio del a Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en el Perú", para obtener el titulo de abogado, en la Universidad Nacional de Trujillo. Se concluye que: "La

sisas o secuestro de Menores resulta ser la fenomenología que se da al momento que uno de los progenitores traslade a un menor fuera del país infringiendo las normas legales, transgrediendo o imposibilitando el ejercicio del derecho de custodia y/o visita. El convenio de la Haya de 1980 en cuanto a sustracción internacional de menores resultó eficiente en la batalla en los casos de secuestros internacionales de menores señalados como “legal kidnapping” o secuestro legal de menores; pero, dicho Convenio actualmente, no garantiza desenlaces satisfactorios con las novísimas tipologías de casos de sustracción de menores, no resultando útil en la esfera actual. El Convenio de La Haya busca garantizar el regreso de un país a otro”.

5) Cruz (2018) realizó una tesis titulada “Incorporación y aplicación de los procesos establecidos por los tratados internacionales suscritos por el Perú en la Restitución Internacional de Menores de Edad”, para obtener el título de abogado, en la Universidad de Lima. Se concluye que: “La Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, al tener como base para su creación el Convenio de La Haya en cuanto a la apariencia civil de la Sustracción Internacional de Menores, tiene la misma fundamentación. Los más resaltantes son: a) Restituir rápidamente de ser el caso de sustracción ilegal. Los dos tratados concuerdan que si se deslizo un a sustracción ilegal la restitución del menor debe ser inmediata; b) El sentir del menor respecto a su restitución. Los dos acuerdos establecen la probabilidad de tener en consideración del sentir del hijo solamente si el juez competente determina que si sentir del hijo no fue influencia por el sustractor, y que el menor cuente con edad suficiente para tener un juicio de valor”.

1.4.2 Antecedentes internacionales

1) Callejón (2021) realizó una tesis titulada “El delito de sustracción de menores”, para obtener el grado de doctor en Derecho Penal, en la Universidad de Jaén (**España**). Se concluye que: “La sustracción parental de menores hace referencia a casos en que los

progenitores trasladan ilegalmente al descendiente menor de edad o lo conserva de manera indebida, causando el bloqueo del ejercicio de los derechos derivados de la tenencia del sujeto a quien corresponde el resguardo del menor durante la sustracción. Así, cuando se realiza el traslado de un menor sin permiso para realizarlo o lo conserva, negándose a realizar la entrega a quien corresponde, se transgrede el derecho de custodia de dicho organismo”.

2) Vásquez (2018), realizó una tesis titulada “Sustracción y restitución de menores en el derecho internacional y en el derecho constitucional mexicano”, para obtener el grado de Maestro en Administración de Justicia, en la Universidad Autónoma del Estado de **México**. Se concluye que: “1) La legislación procesal civil mexicana -federal-, dirige la totalidad del país en cuanto a restitución de menores de edad, excepto el Estado de México, Guanajuato y Sinaloa; 2) Por la precariedad de normas procesales en el marco normativo mexicano, que garanticen la restitución rápida del menor al Estado, en el cual posea residencia continua, además del aseguramiento de la seguridad del derecho de visita, México no cumple con los pactos en cuanto a la sustracción internacional de menores, señalado en La Haya el 25 de octubre de 1980”.

3) Guerrero (2015) realizó una tesis titulada “El delito de sustracción de menores en Chile”, para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de **Chile**. Se concluye que: “El bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es la seguridad del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Una de las dificultades que presenta el tipo es la de determinar si es factible o no que los progenitores y los guardadores puedan ser considerados como sujetos activos, iniciando básicamente en cuanto al alcance del verbo rector “sustraer” implica necesariamente apartar o separar a un menor de su lugar de protección en el que se halle sometido (legal, convencional o judicialmente). En este sentido, la doctrina mayoritaria ha sido enfática en rechazar dicha posibilidad, atendido a que el menor no dejaría de estar bajo su esfera de resguardo. La conducta sería por tanto

atípica, o bien, susceptible de ser reconducida a la figura del desacato o de negativa de entrega del menor, según el bien jurídico que resulte afectado. La jurisprudencia en cambio, ha admitido recientemente dicha posibilidad, por considerar que se trataría de un tipo penal abierto en lo relativo a los sujetos activos. Dentro de los casos que la han aceptado, existen tanto sentencias absolutorias como condenatorias”.

4) Pino y Quiroz (2015) realizaron una tesis titulada “Análisis doctrinario y jurisprudencial del Convenio De La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de Chile. Se concluye que: “varios de los casos el progenitor sustractor atenta el derecho de custodia y moviliza al menor, transgrediendo sus derechos, normalmente los padres separados o aquellos que no se casaron son los que tengan contra este derecho, huyendo con el menor en disputa. A que se verifica la afectación directa y regular de los padres. Un ejemplo surge cuando uno de los progenitores no solo solicita la restitución del menor, sino que además toma medidas penales, señalando la realización de un acto criminal de secuestro. De esa forma, obtenida la restitución por una vía legal, se le restringirá el derecho de visita o el mismo le será limitado, imposibilitándose su retorno”.

5) Diaz et al. (2017), realizaron una tesis titulada “De la sustracción internacional de menores y el derecho de custodia y visitas en Colombia”, para obtener el grado de Magister en Derecho de Familia, en la Universidad La Gran Colombia. Se concluye que: “La norma que rige la Restitución Internacional de Menores, resulta ineficaz para lograr la meta (sentencia), debido al poco conocimiento de los impartidores de justicia, resulta el no cumplimiento de los objetivos primordiales”.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Justificación

La justificación teórica de este estudio, reside en que se busca hacer un análisis teórico sobre el tema de la sustracción del menor desde la regulación plasmada en el artículo 147° del Código Penal Peruano, para lograr la modificación desde el análisis de su aplicación y funcionamiento ineficiente hasta la fecha, con el fin de que se logre resultados positivos tras su modificación.

Asimismo, se realiza un análisis teórico que permite entender la necesidad de modificar el artículo 147, que sanciona de forma leve, un daño irreparable que afecta a los niños, por lo que los beneficiarios son directamente ellos, lo que es bueno para la sociedad en general, pues no puede quedar impune el maltrato físico y psicológico de un menor, que daña la salud emocional del niño, debido a la sustracción de un menor por uno de los progenitores que no tiene la tenencia de hecho o legal de un menor. Esta situación puede generar que el menor en el futuro pueda tener problemas, en lo laboral, lo sentimental y lo social, lo que afecta el desarrollo armonioso de la sociedad.

1.5.2. Importancia.

En el aspecto práctico, la investigación es importante porque la sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia, afecta a todas las personas que habitan o pertenecen al Distrito del Cercado de Lima, tales como hombres, mujeres, y en especial niños. Siendo ello así, se necesita poner en evidencia que la sustracción de un menor de edad traerá efectos irreparables, como adultos con problemas laborales, problemas sociales, y problemas sentimentales, lo que impedirá que un ser humano pueda tener éxito y lograr la felicidad. Asimismo, la sustracción del menor permite que los patrones se repitan y la cadena seguirá haciendo un gran daño a la sociedad, por lo que, se debe frenar modificando el Código Penal, para criminalizar la sustracción de un menor de edad con el fin de evitar se repita y quien cometa este hecho grave debe pagar penalmente todo lo que implica una imputación por el delito penal de sustracción de una menor. De esta forma, se podrá abrir los ojos de la

sociedad para que entienda que la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal es delito, y no se debe realizar.

La **justificación metodológica**, pasa por analizar las normas legales, doctrina, y otros, que serán útiles para la aplicación de esta investigación con el fin de poder estudiar la realidad problemática en su marco original. Debido a ello, se aplicará procedimientos y técnicas de información, que son entregadas para analizar y discutir el fenómeno estudiado, lo que permitirá mejorar el entendimiento del problema beneficiando el desarrollo de las posibles respuestas sobre lo que ocurre y sus razones.

1.6. Limitaciones de la investigación.

Este estudio está limitado por el tiempo de dedicación que se dispone para la investigación, que comprende los principales aspectos que se cumplen durante su elaboración. Esto es superado por la programación realizada en el cronograma de actividades. Asimismo, existe accesibilidad a la información sobre el tema de estudio en las bibliotecas especializadas, lo que hace factible la ejecución del estudio.

De ahí que, se tiene todo lo necesario para llevarlo a cabo, tales como: elementos materiales, elementos económicos, recursos humanos y acceso al sitio de ejecución del estudio, así se pueden superar las posibles limitaciones para la elaboración del trabajo. Por tanto, se ha superado las probables dificultades para la ejecución de este estudio, dejando paso a un desarrollo correcto del estudio.

1.7. Objetivos.

1.7.1. Objetivo General.

Determinar si la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021.

1.7.2. Objetivos específicos.

- Establecer si la acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.

- Reconocer si la acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.

1.8. Hipótesis.

1.8.1. Hipótesis Principal

La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la **salud emocional** del niño en el Cercado de Lima, año 2021.

1.8.2. Hipótesis Secundarias

- La acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.

- La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.

II. MARCO TEORICO

2.1. Teorías generales sobre el tema

2.1.1. *Patria Potestad*

2.1.1.1. Concepto de la patria potestad. La patria potestad esta plasmada en el artículo 418° del Código Civil Peruano y sus demás características que derivan de la patria potestad están establecidas en los artículos siguientes del mismo. La institución de la patria potestad surge en el derecho romano, pues el término *patria potestad*, proviene de raíces romanas, donde «**patria**» alude al *pater familia* y el término «**potestad**» denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa, por ello la patria potestad, no solamente alude a derechos o poderes de los progenitores, también al conglomerado de derechos y deberes ejercidos de manera paritaria de los progenitores desde el configuramiento de la filiación de los descendientes.

La Convención sobre los Derechos del Niño señala la función tuitiva de la patria potestad al señalar su ejercicio en beneficio en bienestar de los descendientes, ya que en principio los progenitores poseen obligaciones comunes en cuanto a la educación y desenvolvimiento de sus descendientes, “ya que lo que prima es el interés superior del niño. En base a ello, en el ejercicio colectivo de la tenencia, se solicita que los progenitores velen por interés de los menores” (Canales, 2014, p. 78).

De esta forma, la norma señala que la función verdadera que se establece a los progenitores en correspondencia con sus hijos, ya que el cambio de las organizaciones muestra que esos poderes se entregan para hacer efectivo la realización de los deberes impuestos a los progenitores, en provecho de los hijos. Pero, regulación normativa vigente no señala dicha función en interés del menor, por ello se completa el vacío legal con la Convención sobre los Derechos del Niño.

A entender de Aguilar (2008), “la patria potestad resulta ser una organización del derecho de familia que engloba gran cantidad de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, encaminados a desarrollar una equidad íntegra de los mismos. Esta definición solicita englobar no solamente los derechos-deberes de los padres e hijos, además la finalidad que sigue dicha organización lo cual se observa en sus dimensiones, los padres logran su realización mediante el desarrollo de sus hijos, y además ello hace mención a ciertos criterios como recibir apoyo, educación, protección, entre otros que conlleva a un logro íntegro y su ingreso perfecto al amparo de la sociedad” (p. 305).

En palabras de Placido (2010), la patria potestad es “una competencia que refleja el deber de los progenitores de prestar educación, conservar a sus hijos y salvaguardar sus intereses pecuniarios en su memoria de edad, señalándola como organismo establecido en beneficio de los señalados. Aquí, se encuentra resaltantemente el interés estatal y el de la familia, por ello, la misión otorgada al padre resulta tener una gran importancia social” (p. 317).

De forma clara, Varsi (2004) precisa que, la patria potestad es la *condición sine qua non* de la relación paterno filial, se desprende de esta el término «filiación» que engloba, patria potestad, puesto que, señala la relación jurídica de autoridad de los padres sobre sus hijos, y a raíz de ello se visualiza como más que un derecho es el efecto que desencadena de la filiación se debe tener presente que no existe filiación si no se posee patria potestad, salvo la determinación de su extinción y suspensión de la señalada ” (p. 240).

2.1.1.2. Características de la patria potestad. La patria potestad se particulariza por ser un derecho subjetivo familiar, que resalta la relación jurídica recíproca de progenitores a hijos y viceversa. Se establece deberes y derechos en ambos. Por ello, la naturaleza de la patria potestad no llega a los ascendientes, ni parientes colaterales. Si lo realiza un tercero, se le otorga el título de tutor.

- Rige por normativas de carácter social, dado que se encuentra inmerso el interés de la sociedad.

- Resulta ser una correspondencia de autoridad de los padres, por la subordinación de los hijos hacia ellos.

- Posee un fin tuitivo, ya que se encuentra guiado al salvaguardo y la protección de los hijos, y del patrimonio de los mismos.

- Resulta no transmisible, ya que no se puede delegar los deberes impuestos la patria potestad de los hijos.

- No prescribe, no se renuncia y no es indisponible.

- Es temporal, pues se puede restringir, suspender o extinguir. Ello en base al cumplimiento de la mayoría de edad, posteriormente a la vida del padre y de la madre, la emancipación de los hijos y, y finalmente por disposición judicial” (Suárez, 2017, p. 28).

- Resulta ser una facultad señalada por la ley, por ella no es absoluta, toda vez que solo se regula por aquella. Por ello, que, las normativas resultan ser de carácter público y rango constitucional, resulta imposible hacer acuerdos contra ellos, resultaría nulo todo pacto que sea contrario a ley.

2.1.1.3. Finalidad. El fin de la patria potestad responde al procedimiento biológico denominado procreación, el cual no se termina en el hecho biológico de la procreación, toda vez que, se acrecienta en el tiempo hasta que, los hijos logran alcanzar la capacidad de obrar. De tal forma, la patria potestad no compromete la relación de familia vertical (padre e hijo) toda vez que resulta un nexo de familia horizontal (padre e hijo).

La patria potestad posee un objetivo básico el cual es velar de forma íntegra a los hijos que no poseen la capacidad de atender de manera individual sus requerimientos. Se conoce como institución de amparo y defensa de los menores que carecen de aptitud de defensa

propia para su supervivencia. La patria potestad logra visualizar que el cuidado hace referencia a la vida integral de los hijos, en todos sus aspectos.

2.1.2. La tenencia

2.1.2.1. Definición. La tenencia del menor está plasmada en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. La tenencia resulta ser una institución que permite a los padres convivir conjuntamente con sus hijos (niños y/o adolescentes), guiada resguardo integral de estos, la finalidad de que se desarrolle su vida en sociedad. De modo que, la tenencia es “una institución que posee como fin poner al hijo al amparo de cualquiera de sus progenitores de hallarse separados de hecho, ello verificando lo que resulte en beneficio del menor, contando con la regla básica que es el interés superior del niño, si a uno se le niega se le concede al otro padre” (Canales, 2014, p. 112).

De esta forma, cuando los progenitores se hallan distanciados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se establece de acuerdo general conjuntamente con los menores, de no entablarse alianza, la tenencia será determinada en la esfera legal, teniendo en cuenta que se debe oír el sentir del menor.

2.1.2.2. La obtención de tenencia por uno de los progenitores. La obtención de tenencia de un menor, es una actuación que contiene la explícita exteriorización de voluntad de los padres, de manera madura, y en, para establecer la atribución su ejercicio. Ello, se puede realizar extrajudicialmente, mediante la conciliación, a través de la cual se estipulan los acuerdos de tenencia, alimentación y régimen de visitas, los cuales surten efectos jurídicos, entre ambas partes. También, sino existe acuerdo se puede proceder acudir al órgano jurisdiccional para que determine la tenencia mediante una resolución que concederá tenencia provisoria o definitiva.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 81, señala que “al rompimiento de la relación afectiva- amorosa de hecho, la tenencia de los hijos menores de edad se otorga

de acuerdo común y considerando la opinión de o los menores”. Además, la ley en sus artículos correspondientes señala los requerimientos que se deben poner en cumplimiento por parte del progenitor que solicita la tenencia del menor. Se debe señalar que esta tenencia no resulta definitiva, ya que puede cambiar por mandato judicial, no posee la calidad de cosa juzgada. Para tenencia, no se sigue el principio de cosa juzgada, porque no se acepta la probabilidad de alteración de la tenencia, ello previa demostración de la circunstancia que pruebe que se está realizando un mal ejercicio de la tenencia, para ello debe transcurrir seis meses, para solicitar nuevamente la acción.

Para la obtención de la tenencia, los requisitos son: rompimiento de hecho del vínculo de los padres, que no se logre un acuerdo mutuo de tenencia, y si existe acuerdo que el mismo resulte perjudicial para el menor, y que el juez considere el criterio del menor.

Existen tipos de tenencia, pues la doctrina ha establecido que existen tres tipos de tenencias:

- 1) La tenencia negativa, cuando uno de los padres no desea la tenencia, señalándose la responsabilidad de un tercero.
- 2) La tenencia exclusiva o monoparental.
- 3) La tenencia compartida, en la cual “la patria potestad corresponde a ambos padres” (Placido, 2010, p. 51).

De esta forma, solo se establecen dos tipos de tenencia, las cuales son:

a) Tenencia exclusiva o monoparental. Es denominada también como tenencia única, pues “se otorga solamente a uno de los padres; y excepcionalmente, cuando son menores de tres años se otorga a la madre, preferencialmente” (Placido, 2010, p. 51).

De esta forma, la tenencia se fundamenta en la teoría de los cuidados anteriores o precedentes del menor, según ello, el menor se quedará con el padre que compartió más

tiempo con él, excepcionalmente en los casos de los menores de tres años como se señaló líneas arriba.

b) Tenencia compartida o biparental. Se denomina también coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, pues se define que “la responsabilidad de los padres separados la cual se considera conjunta, ya que ambos deben resolver en bien del menor y el adecuado desarrollo para su vida integral.” (Placido, 2010, p. 54). Esta tenencia, se halla estipulada en el artículo 81° (segundo párrafo) del Código de los Niños y Adolescentes, que otorga reconocimiento a esta institución.

Las normas señalan la posibilidad que se otorga a los progenitores de tomar la elección de la tenencia sea exclusiva y la tenencia compartida mediante una alianza entre ambos, de no llegar a uno, el juez especializado será quien decida.

2.1.2.3. Finalidad. La tenencia resulta ser una institución familiar que nace a la separación de hecho o derecho de los padres, posee como fin señalar quien conservara la tenencia del menor. De no realizarse un acuerdo mutuo o si existe este resultará en perjuicio del menor, la tenencia será decisión de un juez previa evaluación de los medios probatorios otorgados, ello en bienestar del menor.

Por ello, tras la emisión de una sentencia judicial, la cual se encuentre correctamente motivada y resguardando las garantías mínimas de un debido proceso, en cuanto a tenencia compartida, se requerirá la fijación de un régimen de visitas en favor del padre que no posee el resguardo durante este periodo. Así, se busca afianzar las interrelaciones familiares y su determinación versa en el requerimiento de cuidar el bienestar familiar y salvaguardar los legítimos derechos” (Lasarte, 2008, p. 26).

En suma, la figura de la tenencia siempre busca lograr que el niño o adolescente, posea las mejores condiciones para su prospero desarrollo integral, ello hace referencia

también a poseer tranquilidad, espacios para recreación, atención constante, alimentación, entre otras.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El delito de sustracción de menores.

2.2.1.1. El desvalor de acción y el desvalor de resultado. En la conducta de sustracción de menores, esto se ve reflejado en la realización de un desvalor del accionar, que consiste en sustraer por sí mismo, a través del traslado del menor sin permiso de quien le compete otorgarlo o, por medio de la retención que incumple perjudicialmente un mandato judicial o administrativa. Al momento de la ejecución surge un desvalor del accionar. Por ello el bien jurídico se vulnera, y su consumación queda completada.

El delito de sustracción de menores requiere que existan unos antecedentes previos, es decir previo a la sustracción debe encontrarse una relación afectiva de pareja o matrimonial, que como consecuencia se obtenga el nacimiento de la menor materia de disputa.

Podría darse el caso que, los padres no sean aptos o resulten en incapacidad para poder realizar la tenencia del menor, en estos casos se le otorga a un tercero la guardia y custodia. De darse el caso y los padres sustraen al menor de la persona que posee en ese momento la tenencia, ambos serían coautores del delito de sustracción.

Otro del elemento preexistente a la comisión del delito, en la modalidad de retención, es la existencia de un mandato judicial o administrativo que posee un acuerdo del destino del menor, ya sea tenencia compartida, régimen de visitas, o privación de la custodia (Serrano, 2019, p. 272). En la modalidad de retención, se requiere del no acato de un dictamen judicial o administrativo, para la configurar el delito debe darse previamente la señalada. En la modalidad de traslado, el tipo no requiere explícitamente de un dictamen judicial o administrativo, por ello no es requerimiento la misma para este delito.

2.2.1.2. El sujeto activo del delito.

A. *El progenitor*. El sujeto activo es quien lleva a cabo la conducta típica, causando o colocando en riesgo el bien jurídico tutelado (Orts y González, 2004, p. 231). La norma establece que el sujeto activo es aquel que realiza la sustracción del menor. De ahí que, su configuración recae en un delito especial propio, ya que solamente el padre del menor sustraído es quien se enmarca en el tipo penal.

Claramente, el origen de delito especial la figura de sustracción de menores, no se refiere solo y exclusivamente al progenitor. (Calabuig, 2008, p. 526). En efecto, el progenitor es el sujeto activo de la conducta, aunque se aumente el círculo de sujetos activos. Se entiende por progenitor a la madre como al padre.”. Es claro que, “la redacción típica permite que los progenitores logren ser sujetos activos de este delito” (Guardiola, 2008, p. 93). La redacción masculina versa en el lenguaje castellano característico del machismo, que utiliza el género masculino como norma general, ello no posee la intención de exclusión hacia las mujeres.

La interpretación de los progenitores no significa considerar solamente a los hijos ligados por un nexo biológico, pero no a los hijos ligados por un vínculo jurídico (adoptivos), pues es inadmisibles actualmente. La Constitución Política otorga de forma clara y concisa resguardo los hijos denominados como “hijos legítimos”, y la no protección de los “hijos bastardos”. La Constitución Política establece el resguardo integro de los hijos independientemente de su filiación, por ello no es relevante si son hijos biológicos o adoptivos, matrimoniales o extramatrimoniales, son resguardados en cualquiera de los casos.

Claramente, el legislador se refiere al padre o a la madre, ya que el femenino engloba a los dos, sin tener él cuenta el origen de los menores y ello los protegen penalmente.

Además, la doctrina señala que un análisis del tipo en la forma genuina, causaría una

vulneración a los derechos del menor ya que se generaría una desprotección al tratarse de hijos adoptivos (Torres, 2003, p. 1816).

En esta línea, el delito de sustracción de menores se comete hacia el hijo menor de edad hijo consanguíneo, o adoptado o concebido a través inseminación artificial, solamente si el sustractor resulte ser uno de los padres. Por esta razón, el legislador utiliza la expresión “el padre o la madre”, que señala de modo óptimo la idea que aquel persigue (Stern, 2007, p. 3). Por ende, el término progenitor se refiere al padre o a la madre, independientemente del tipo de filiación, ya que el tipo no restringe a la filiación biológica (Lloría, 2008, p. 44).

La doctrina no admite distinción entre padres biológicos y adoptivos, pues el padre es el pariente en línea recta ascendente, y el ascendiente puede ser tanto por naturaleza como por adopción (Guardiola, 2008, p. 94). Por progenitor, se entiende a “los padres cualquiera fuere su origen, siempre que no resulten ser los titulares de la guarda material de su hijo menor, resultando no relevante la guardianía temporal” (Diez, 2004, p. 292). Esto significa que, el tipo de sustracción de menores está diseñado más allá del vínculo consanguíneo, ya que incorpora el vínculo afectivo y jurídico, que resulta ser la base del nexo.

El delito lo pueden realizar por ambos padres, en cualquiera de las dos modalidades, es decir ambos progenitores pueden realizar la actuación de sujetos activos, ya que según la figura resulta posible.

En cuanto a la modalidad de retención, el sujeto activo suele ser el padre que no posee la custodia que, en aprovechamiento el horario de visita, retiene al menor y no lo regresa a su domicilio habitual, así se realiza la configuración del tipo penal, ya que el menor es sustraído de la tenencia del padre que poseía la custodia (Stern, 2007, p. 3).

Se debe reconocer que la infracción del derecho de custodia logra generar efectos lesivos que infringe el derecho de visita, ya que origina un ambiente de inestabilidad para el menor, ya que por consiguiente resulta el rompimiento del nexo entre el menor y uno de sus

progenitores por parte del otro. Por ello, no se puede limitar el origen de los derechos del sujeto activo. Los derechos de ambos se deben proteger equitativamente, y resultan ser derechos que se buscan resguardar mediante el delito de sustracción de menores. Por ello, la intención del legislador es incorporar a ambos progenitores, quien posea la custodia como quien no la posee entre los posibles sujetos activos del delito.

El delito de sustracción de menores permite establecer que, el concepto de sustracción considera los siguientes supuestos: a) El traslado de un menor de su sitio habitual de convivencia sin permiso del padre o de las personas o instituciones con quienes convivía habitualmente o fuere confiado su cuidado o resguardo. b) La retención de un menor vulnerando un mandato judicial o administrativo de entregarlo al padre con quien vive cotidianamente o a las personas o las personas naturales o jurídicas que posean su guarda o custodia.

En un primer momento, las dos modalidades (el traslado y la retención) solo se podrían ejecutar por parte de quien no poseyera la tenencia del menor, pues el traslado se debe realizar sin permiso del padre o institución con quien viviera este constantemente y, la retención consiste en incumplir el deber específico de retornar al menor al sujeto o institución correspondiente literalmente en un mandato judicial o administrativo. Sin embargo, es posible admitir que la modalidad de traslado está diseñada para el padre que no posee la custodia, y, la modalidad de retención está diseñada para los supuestos en que quien posee la tenencia imposibilita el disfrute del régimen de visitas (Arroyo, 2002, p. 443). En efecto, ambos progenitores, pueden encajar en la tipificación del delito poseyendo o no la custodia, pueden ser sujetos activos del tipo penal, si bien la modalidad de traslado solo se puede realizar por el no custodio (siempre que la custodia se hubiese designado por medio de resolución judicial). En cuanto a la modalidad de retención, ambos progenitores pueden enmarcarse en el tipo si vulneran gravemente lo señalado en mandato judicial o

administrativo. No obstante, la doctrina dominante estima que solo el progenitor que no posee la tenencia puede realizar el tipo penal, excluyendo a quien, si posee la tenencia, ya sea individual o compartida (Martínez, 2015, p. 864).

En suma, el tipo de sustracción de menores se podía realizar por el padre que no posee la custodia exclusiva en el caso del traslado y por el custodio o no custodio en el supuesto de retención (Boix, 2012, p. 49). Se pueden encontrar casos en que la conducta la realizan ambos progenitores conjuntamente.

B. Los progenitores suspendidos o privados de la patria potestad. En los casos donde los padres ven suspendida la patria potestad, el enlace legal continua, a pesar de que la administración sea la encargada de la custodia de los menores hasta que se tome una decisión definitiva sobre el futuro de los niños implicados. La suspensión no acarrea el fin de la erección de padre-hijo, por lo que, los menores pueden continuar viendo con sus padres, lo que facilita la comisión del delito de sustracción de menores, ya que se continúa exponiendo al menor, de realizarse recurrentemente este accionar el órgano competente puede suspender la tenencia (si fuese compartida), suspensión del régimen de visitas.

C. Los padres biológicos de un menor adoptado. En el caso de los padres biológicos de un menor no pueden ser sujetos activos de este ilícito penal, ya que este tipo está diseñado para padres legales, que si bien es cierto los padres biológicos poseen un vínculo no jurídico, no afectivo, y el tipo penal señala expresamente la figura del padre legalmente (Stern, 2007, p. 3). Es decir, el tipo de sustracción de menores fue diseñado exclusivamente para una relación jurídica concreta como lo son los padres legales, que poseen una relación más allá de la biológica.

En el caso de sustracción por parte de los padres biológicos, quienes otorgaron en adopción al menor a los respectivos padres legales, este accionar ya no engloba al tipo penal que se ha venido señalando, ya que ellos ya no poseen ninguna relación con el menor y ello

conlleva a la ejecución de un delito contra la libertad individual, que puede ser en dos modalidades, detención ilegal, o secuestro, ello versara en la existencia de restitución (Lloría, 2008, p. 4). Cuando los padres biológicos sustraen al niño de los padres adoptivos, se está extrayendo al menor de su esfera familiar, al realizarse este quiebre de la esfera cotidiana pasa a privarse de la libertad a un menor. Sin vínculo jurídico y afectivo entre sustractor y sustraído, no se constituye como un delito de sustracción de menores porque solamente existe un vínculo meramente biológico. El vínculo jurídico entre la familia biológica y el niño adoptado se rompe mediante la adopción, la cual resulta siendo irrevocable por no tener afinidad.

Respecto a lo señalado, desde que se da la figura de la adopción, los adoptantes dejan de encajar en el tipo penal base, y pasan a cometer un delito contra la libertad individual, dado que el tipo penal solo establece el vinculo relacional fraterno-filial. (Boix, 2012, p. 49). De modo que, que el tipo fue diseñado básicamente para supuestos de crisis familiares, y para salvaguardar los derechos del menor frente a las disputas entre sus padres legales.

D. La cláusula extensiva. La redacción típica del delito de sustracción de menores contiene una cláusula extensiva que considera a “los ascendientes del menor” que incurran en las conductas descritas. Aquí, se expande la cantidad de individuos activos a una serie de sujetos diferentes al progenitor. La base del tipo penal es limitada, ya que no señala a la madrastra o al padrastro del menor (Roca, 2011, p. 921).

Esta cláusula fue prevista expresamente por el legislador para otorgar el ingreso de calificación de autores a determinados sujetos que sin dicha mención expresa no cometerían el delito en grado de autoría ya que carecen de las particularidades especiales exigido por el tipo. De no incluirse esta última expresión, los únicos sujetos capaces de cometer el delito resultarían los progenitores.

De esta forma, el legislador da entrada a dos supuestos diferentes y posibles en la práctica:

a. El progenitor realiza el hecho con un ascendiente cercano (padres, cónyuge o hermanos) con quien ejecuta conjuntamente el delito. Si no existiese esta expresión, se consideraría a dicho pariente como participante extraneus del delito especial de sustracción, y se aplicaría las normas generales de colaboración de los delitos especiales.

El legislador menciona a los ascendientes del menor que incurran en la conducta de sustracción, lo que no se refiere a supuestos de participación, sino que se da entrada a supuestos de autoría (Torres, 2003, p. 1822). La extensión del marco de sujetos activos da respuesta a la verificación de las disputas familiares no resulta ajeno que los parientes del progenitor sustraigan al menor (desarrollando no una contribución accesorio, sino desarrollando conductas típicas); y a estos supuestos, se debe ceñir la interpretación de la extensión de la autoría a ascendientes del menor (Guardiola, 2008, p. 100).

La postura doctrinal muestra que una interpretación teleológica conlleva a la interpretación de que el precepto se orienta a sancionar a los ascendientes del menor que, en acuerdo con el progenitor, realicen las acciones van más allá de la simple participación, en las cuales se desarrollarían las normas generales.

b. Alguno o algunos de los ascendientes realiza la conducta de sustracción por sí mismo, es decir, es autor del ilícito legal. Sin ir muy lejos, los abuelos que sustraen al nieto. Aquí se observa que, ni el padre ni la madre se involucran en el accionar, solo y exclusivamente uno de los ascendientes del menor, y pariente del progenitor (Queralt, 2015, p. 423). La tipificación expresa permite que las personas referidas puedan ser autoras del delito. El pariente ascendiente del menor puede actuar por sí solo sin consentimiento del padre.

Así, se amplía el círculo de posibles sujetos que pueden sustraer a un menor, por lo que la conducta que realiza el ascendiente del menor se puede englobar en el delito de sustracción de menores. Por ende, se afirma que una misma acción causa afectación aun bien jurídico desemejante de la base penal aplicable. Esto no es lógico, ya que no cabe que un mismo ilícito cause diferentes afectaciones en base a lo señalado por el legislador, sino que una misma conducta debe afectar el mismo bien, independientemente de la tipicidad penal sancionable.

Con todo esto, si los abuelos del menor (que están inmersos en el círculo de sujetos de ascendientes del menor) cometen la acción, su accionar enmarca en el tipo de sustracción de menores (Guardiola, 2008, p. 87). De modo que, cabe la posibilidad que los ascendientes del menor concurren en el ilícito cuando poseen una resolución judicial que, les atribuya el derecho de disfrute de la presencia del menor. Los ascendientes del menor que menciona el tipo están dentro del círculo familiar, por lo que la antijuridicidad y culpabilidad es idéntica a la culpabilidad de los padres, teniendo así que recibir similar sanción penal (De la Rosa, 2017, p. 24). La sustracción de menores no siempre se debe producir por quienes tienen la tenencia, toda vez que puede originarse de familiares ascendientes cercanos y no siempre habrá mala fe en estas acciones (Miralles, 1989, p. 4).

Por tanto, el tipo no solo permite a los ascendientes cercanos que se configure como coautores en connivencia con el progenitor, toda vez que permite la no vinculación total con respecto a este, realizando la conducta en calidad de autores inmediatos y únicos (Olmedo, 2020, p. 419). De esta forma, si los ascendientes del menor elaboran la conducta, sancionada en el tipo de sustracción de menores, sin que los progenitores se hayan visto envueltos en la comisión del delito. Por ello, el bien jurídico resalta en las relaciones familiares.

El legislador incluye un cierto número de sujetos que poseen un vínculo de parentesco con el menor, que no incluye a la totalidad de los parientes, solamente a los ascendientes del

menor (lo cual solo incluye a abuelos y, como mucho, bisabuelos). La norma menciona a los ascendientes del menor, que obviamente se refiere a que cualquiera de los ascendientes del menor, que se incluyen en el tipo (Espinosa, 2014, p. 40).

En suma, el sujeto activo del delito es el padre o la madre del menor o, en general, un ascendiente del menor, para que se aplique el tipo de sustracción de menores. Por ello, cuando se alude al sujeto activo o al progenitor como sujeto activo, se debe entender comprensivo también de los ascendientes del menor.

2.2.1.3. El sujeto pasivo del delito.

A. El menor de edad. El sujeto pasivo de un delito es el titular del bien jurídico que resultó lesionado o puesto en peligro con el accionar típico (Orts y González, 2004, p. 244). Por esta razón, en función del bien jurídico resguardado en la figura de sustracción de menores. El delito de sustracción de menores entiende básicamente que el bien jurídico protegido resulta ser la libertad o la seguridad o incluso ambos.

El sujeto pasivo de este tipo penal es el menor quien fue objeto de la sustracción (Boix, 2012, p. 50), quien ve menoscabado su interés superior, con independencia del autor del tipo. Pues, los derechos del menor como los derechos del progenitor desposeído de la compañía del hijo se ven vulnerados con dicha acción que evidencia un accionar pluriofensivo (Rodríguez, 2016, p. 305). Debido a la sustracción del menor, el menor puede realizar la experimentación de sentimientos negativos incluso años después, puede conllevar a problemas psicológicos. De modo, que, los resultados negativos de este hecho no crean relación con el tiempo, duración edad del menor, sino lo que es perceptible para él es el trato que se le brindó durante el tiempo que estuvo retenido y la forma de resolución del hecho.

B. La persona o institución a quien corresponde el cuidado del menor. El menor sustraído no es el sujeto pasivo del delito, sino que lo es el progenitor no sustractor, cuyos derechos son transgredidos al producirse la sustracción del menor (Queralt, 2015, p. 423). De

este modo, el padre o la madre desposeído de su menor hijo es sujeto pasivo, independientemente del título con el que contaba al momento de la sustracción, ya se causa la privación del derecho de custodia o visita, ello de forma ilícita en perjuicio de los familiares que poseen una relación paterno filial” (Torres, 2003, p. 1817).

El sujeto pasivo de la acción resultara ser siempre el progenitor u otra persona o la RD, de encontrarse el menor bajo el cuidado de una organización público (Suarez, 2018, p. 317). Regularmente, la sustracción de menores resulta ser un atentado a la responsabilidad parental, él lo desigual manera si la acción proviene de uno de los progenitores. Pero, es posible que el menor se encuentre bajo la tutela o bajo la custodia de un órgano público, en dicha acción resultaran ser ellos los sujetos pasivos de la conducta.

En la modalidad de traslado, la figura del sujeto activo recae en el progenitor que traslado al menor sin el permiso de quien tenga la tenencia, aunque el sujeto activo solamente puede ser el padre que no posee la custodia, en efecto, el sujeto pasivo solo puede ser el progenitor poseía la tenencia (ya sea, de hecho, o compartida) o sobre quien se adjudique la guarda y custodia del menor durante la realización del hecho (abuelos, familiares, una institución, etc.).

En la modalidad de retención, el sujeto activo puede resultar siendo progenitor que no tenía la custodia como también aquel progenitor que posee la custodia, ambos caos lo que se busca es imposibilitar a uno de los progenitores a no poseer de la compañía del menor, quien se ve envuelto en estas riñas entre padres; además se debe considerar el supuesto en donde uno de los familiares retiene al menor, otro supuesto recae cuando la tenencia la posee un tercero o un organismo y la acción la comete uno o ambos progenitores que no poseen la tenencia, ello en aprovechamiento del régimen de visitas. En esta modalidad de retención, se deben incluir como sujetos pasivos a los abuelos los cuales puedan poseer un régimen de

visitas que se ve afectada por la retención de uno de los padres imposibilitando lo dispuesto por resolución judicial o administrativa (Lloría, 2008, p. 51).

En suma, el bien jurídico protegido es la responsabilidad parental, por lo que, se convierte el padre o el tutor en el sujeto pasivo de la conducta, sin desconocer que los derechos del menor, también se lesionan con la conducta.

2.2.1.4. El objeto material del delito. Por objeto material se sobrentiende la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica (Morillas, 2018, p. 452). El objeto material del delito de sustracción de menores es el propio menor, quien sufre el trasladado o retención, por lo que, es sustraído, por uno o varios sujetos que señala el tipo para la ejecución del ilícito, pudiendo ser el padre, madre, ambos o los ascendientes del menor.

En este sentido, el objeto material del delito actual de sustracción de menores sigue siendo el menor, puesto que es la persona en la cual recae la sustracción, es decir es el sujeto sustraído. El menor será siempre sobre quien recaiga el objeto material del delito. En dicho caso el sujeto pasivo del delito y el objeto material no son los mismos, ya que el sujeto pasivo resultara ser la persona cuyos derechos se vieron trasgredidos a raíz de la sustracción, pero el sujeto en quien recae la acción, el objeto material, es el menor sustraído.

2.2.1.5. Los elementos de la conducta típica. El tipo hace referencia a la descripción de los elementos de la conducta típica, por lo que el tipo cumple tres funciones: garantista, indiciaria y motivadora. De esta forma, el tipo crea garantía en el cumplimiento del principio de legalidad, ya que logran concretar la conducta delictiva y de sus resultados jurídicos que conlleva la realización de la misma; es indiciario de la antijuridicidad, ya que el juicio de antijuridicidad desencadena la conducta que resulta antijurídica en base a una causa de justificación (Morillas, 2018, p. 341); y motivadora por señalar una “conminación penal como mensaje que se encuentra orientado a la búsqueda de un modelo básico de convivencia pacífica” (Quintero, 2018, p. 47).

La norma castiga al progenitor que sustrae a su hijo menor de edad sin causa justificada. De una parte, se puede realizar el traslado del menor a un sitio diferente de su vivienda habitual, ello sin el permiso de quien se encuentra a su cargo, o de otro lado se retiene al menor vulnerando una imposición judicial o administrativa. De modo que, el legislador establece lo que se entiende por sustracción para poder aplicar el tipo, por lo que se ofrecen dos fórmulas: el traslado y la retención.

A. Hijo menor de edad. El tipo castiga al progenitor que sustraiga al hijo menor de edad, siendo este configurado como el objeto material del delito, y sobre quien recaerá la acción. En relación al sujeto activo, se debe señalar que no siempre será uno de los padres, y el objeto material no recaerá siempre en el hijo del autor del delito. La conducta se puede cometer por uno o varios ascendientes del menor, que se configuraría como nieto o bisnieto del sujeto activo; asimismo, cabe la posibilidad de que el sujeto activo sea un ascendiente del menor, hace que el sujeto pasivo pueda ser, por ejemplo, un nieto.

En efecto, el legislador utiliza la expresión “menor de edad”, para referirse a una persona menor de edad, dieciocho años (Diez, 2004, p. 291). En el supuesto de que uno de los padres realice la acción de sustracción, solamente quedara libre de responsabilidad penal si la acción se realizó con el consentimiento del menor, el mismo que posee capacidad de decisión sobre su persona (Boix, 2012, p. 52).

B. El traslado. La norma considera un traslado del menor de su lugar habitual de vivienda sin el permiso del otro padre o madre, persona o institución quien posea la guarda o custodia. Ambos progenitores pueden realizar la acción del traslado. No obstante, el traslado exige el permiso de quien posee la guarda o custodia. En efecto, el primer modo solo se puede realizar por el padre que no cuente con la custodia usual (por ejemplo, el progenitor que se encontraba en disfrute del régimen de visitas). Cabe la posibilidad que la acción la cometan ambos progenitores.

El traslado implica el desplazamiento de una persona o a una cosa de un lugar a otro. En este caso, el traslado se realiza por el progenitor o ascendiente del menor quien moviliza de un lugar a otro fuera de la residencia habitual. Ese traslado se realiza sin el permiso de quien posee la custodia. De modo que, un traslado expresa la existencia de un desplazamiento, por lo que se debe producir una modificación del lugar de residencia (Stern, 2007, p. 9). Se trata siempre de una conducta activa, no cabe la realización de un traslado por omisión, ya que siempre se necesitará la conducta proactiva, que demuestre la realización de la acción positiva sin que se presuma un supuesto de omisión, a semejanza de la modalidad de retención.

El tipo se refiere al “lugar de residencia”, resultando correcto la interpretación de domicilio familiar u otro en el que se encuentre el menor con presencia de quien posee el resguardo (Stern, 2007, p. 9). Se puede entender que ese lugar se refiere al lugar donde vive con quien tiene la tenencia y que ese ese sitio habitual implica la ciudad en la que habita, si bien se considera que es indiferente el lugar desde el que se produce el traslado, resultando relevante el alejamiento del menor del progenitor y del domicilio (Lloría, 2008, p. 54).

Cabe afirmar, no se puede reducir el tipo al traslado que se produce desde la residencia habitual del menor, sino que se necesita interpretar en sentido amplio, para comprender también los lugares en el que se halla el menor con el consentimiento de quien posea la tenencia, el colegio, vivienda de un amigo o un familiar (Diez, 2004, p. 294). Por tanto, el tipo no se refiere a la casa habitual entendiendo por esta como la casa actual en la cual radica la menor, sino también del lugar donde se encuentre la menor con la persona que está bajo su cuidado (González, 2005, p. 433). El tipo no se reduce a un traslado producido desde la casa del menor hasta otro lugar, sino que, sino que abarca diversos lugares donde se encuentre el menor cuando es víctima de la sustracción.

En rigor, el traslado debe darse con distancia suficiente para poder acudir a la rama del Derecho Penal, es decir el menor debe salir de su esfera de residencia de lo contrario ello no implicaría la sustracción y no se tendrían todos los elementos para configurar el tipo penal. Por ende, se entiende por residencia habitual al domicilio familiar, de modo que el traslado implique la separación del niño de dicho domicilio, ello también se da si el menor es trasladado desde otro punto, ya que la figura señala que la forma puede ser abierta, e utilizarse medios que acarreen violencia incluso del mismo menor, generando a sí un concurso de delitos. (Stern, 2007, p. 10).

En cuanto a la naturaleza, la modalidad de traslado es un ilícito de resultado, de otro lado la modalidad de retención es de mera actividad (Queralt, 2015, p. 423). Todos los ilícitos no tienen un resultado natural pero sí, se encuentran conformados por una serie de elementos, lo que demuestra que todos están provistos de un desvalor de resultado. Por ende, el resultado es un elemento separable de la acción y ello es lo que logra separar los delitos de mera actividad y delitos de resultado (Acalé, 2000, p. 101).

En los delitos de resultado, existe una transformación externa, ya que esta resulta de apreciar fácilmente a diferencia de los delitos de mera actividad, ya que estos no logran visualizarse a simple vista. Pero, la consecuencia causa situaciones conflictivas. Una clara ejemplificación, resulta ser cuando la acción es realizada en un lugar y el resultado se da en lugar distinto (Morillas, 2018, p. 252).

En suma, el delito de sustracción de menores es un delito de resultado, pues se necesita del nexo causal dado entre la conducta del sustractor y el resultado típico, concretándose la variación de la casa habitual del menor sin permiso de quien se encontrará a su cargo (Espinosa, 2014, p. 51). En la modalidad de traslado, se necesita que ese traslado sea efecto del accionar de quien comete el ilícito, ello quiere decir que el accionar de quien comete el ilícito de modificar el lugar de permanencia habitual del menor, así se vulnera los

derechos de responsabilidad parental o custodia de quien posee la tenencia. De este modo, se debe corroborar la probabilidad de atribuir objetivamente la consecuencia del traslado al autor del delito.

B.1. Consentimiento del otro progenitor o de quien posea la custodia. La norma menciona el traslado de una persona menor de edad de su sitio habitual de residencia, sin el permiso del padre o de quienes tengan a su cargo la tenencia, guarda o custodia. De esta forma el traslado que es autorizado se considera lícito. La una persona que puede otorgar el permiso o consentimiento es aquel padre, institución o persona a quien se le haya concedido la tenencia. Se exige el permiso del padre que tenga la convivencia habitual, con dos realidades: en la primera, el menor convive frecuentemente con uno de sus progenitores o con ambos, independientemente de la existencia de un mandato judicial, ya que el tipo solo señala y requiere la existencia de una convivencia habitual, lo cual se da por el ejercicio de la tenencia de hecho, que no requiere un mandato judicial que haya señalado el ejercicio de la patria potestad.

De igual modo, es típica la conducta del padre que sustrae al hijo cuando este convive frecuentemente con ambos, pues se requiere el consentimiento de los dos para proceder al traslado. El tipo se refiere a la falta de permiso de quien convive habitualmente el menor, de darse la convivencia con ambos padres, ninguno podría trasladar al menor sin previa autorización del otro. No obstante, es atípica la conducta del custodio (con resolución al efecto) que moviliza al menor, ya que este sujeto se encuentra facultado para consentirlo, pese a que sea un lugar distante, y dicho traslado sea por uno de los padres así se ejerza la patria potestad compartida (De La Rosa, 2017, p. 80). Así, al resultar un acto de violencia contra el menor que pueda causar peligrosos efectos psicopatológicas, pues el progenitor sustractor dispone de la custodia o del régimen de visitas (De La Rosa, 2017, p. 84).

En la segunda realidad, existe una persona natural o jurídica a quien se le ha asignado la custodia del menor. Es así que, el tipo base no hace referencia exclusiva al “progenitor”, sino a una persona común. El legislador realizó la señalización correcta ya que el, encabezado engloba a persona natural como jurídica a quien se le atribuye la custodia o guarda del menor, ya que de lo contrario se desprotege el bien jurídico en los casos donde la custodia no está atribuida a los padres. Es así que el sujeto pasivo resulta ser una persona natural o jurídica quien es la encargada de realizar las autorizaciones por poseer la tenencia o custodia del menor al momento de la sustracción. En este caso, persona natural o jurídica quien es la encargada de realizar las autorizaciones para el traslado (Mir Puig, 2015, p. 525).

B.2. Exigencia de resolución judicial o administrativa. La redacción del tipo se refiere a la sustracción en la modalidad de traslado, al señalar que, para que este se pueda considerar una sustracción, se debe haber realizado sin el permiso de quien poseía la tenencia del menor. El legislador, en esta modalidad, no exige que exista una resolución, basta la carencia de permiso requerido para darse el tipo (Stern, 2007, p. 9). De modo que, si el legislador hubiese señalado el requerimiento previo de resolución judicial o administrativa, lo hubiera realizado expresamente, señalando lo que sucede ante la carencia del permiso de quien ejerce la tenencia. (Arroyo, 2002, p. 442).

La consideración del traslado ilícito del menor por parte del progenitor como un supuesto de sustracción de menores, si bien no hay una reglamentación previa no resulta complicado su entendimiento, ya que ello versa en que uno de los progenitores no puede unilateralmente decidir con quien convivirá el menor, ya que ello se da a excepción para que dicho padre se le suspenda o prive de la patria potestad. Un ejemplo resultaría ser el rompimiento de una relación de pareja y uno de los progenitores se marca con los hijos menores de edad, el hecho recaería en una conducta a priori podía ser constitutiva de un delito de sustracción de menores, ya que dicho menor o menores se encontraba bajo tutela de

ambos padres y el padre que hace el abandono del hogar en común debe poseer el permiso del otro para realizar el retiro.

En suma, no se exige la existencia de un mandato judicial que atribuya la tenencia al no sustractor, ocasionando una desprotección del bien jurídico. De hecho, la trasgresión de resolución judicial o administrativa no resulta ser fundamental el tipo de la sustracción de menores en la modalidad de traslado, ya que, resulta ser un elemento adicional que se puede considerar. De modo que, la exigencia de resolución judicial o administrativa posee como cimiento el pensamiento que el padre custodio no comete el ilícito, ya que la conducta no era típica inicialmente (quien, teniendo atribuida la custodia del menor, se trasladaba con el menor) termine siendo cuando la resolución judicial o administrativa atribuye la custodia al progenitor que hasta entonces habría estado privado de la compañía del menor y el otro padre no quería hacer entrega.

C. La retención. La norma se refiere a la retención del menor. Se refiere a la retención de un menor de edad infringiendo gravemente el deber fijado en mandato judicial o administrativo. Se trata de una retención cuando el menor no resulta ser conducido al lugar que corresponde es decir su vivienda habitual. De modo que, la modalidad de retención es un delito omisivo de mera actividad, ya que, ello supone no entregar al menor contando este con una disposición judicial o en todo caso administrativa. Ello engloba no solamente al progenitor, sino que además a abuelos u otras instituciones quienes poseen el cuidado del menor.

La conducta de retención de un menor versa en no devolver al menor al progenitor que posee la custodia y ello pese a poseer resolución judicial o administrativa” (Espinosa, 2014, p. 58). De modo que, esta modalidad abarca que la persona que posee la tenencia no deje que el padre que carece de ella, pueda visitar a la, aquí se ve que el custodio es quien realiza el tipo (Lloría, 2008, p. 55).

Los elementos típicos de los delitos omisivos residen en la situación típica, la ausencia de realizar la acción ordenada y la capacidad personal de realizar la acción (Demetrio, 2016, p. 332), incluye el dolo, el conocimiento de esa situación que produce el deber de actuar (Moreno, 2015, p. 236). En otros términos, para que se atribuya la omisión de la acción debida resulta indispensable de la preexistencia de un deber de obrar y las disposiciones que hacen esto viable para su cumplimiento (Piva, 2019, p. 68). Aquí se logra observar que la retención implica un deber de entrega del menor a la persona que corresponda, y este no realiza la acción entonces se tipifica la sustracción de menores (Lacruz, 2015, p. 317). Por ende, se sustituye el desvalor del accionar por el desvalor de la omisión, con ello, permanece intacto el desvalor del resultado.

En rigor, se trata de un delito de mera actividad ya que solo con la retención se consuma la tipología penal, no se requiere de ningún resultado material. Los delitos de mera actividad no poseen objeto material (Morillas, 2018, p.452). Lo que si cabe resaltar es que, en ambos tipos la acción recae sobre el menor (Acalé,2002, p.17).

En principio, la retención es un delito de mera actividad porque solo con retener al menor, el tipo se cumple. No obstante, se debe tener en cuenta que el legislador incluyó una particularidad adicional que resulta ser el incumplir gravemente una resolución judicial o administrativa, se necesita que la consecuencia sea realizada. Es decir, si se retiene al menor en un lapso de tiempo breve por circunstancias ajenas para realizar la entrega del menor, no se conllevaría al resultado, y por ello no habría delito.

C.2. Incumplimiento de una mandato judicial o administrativo. En Derecho Civil, los conflictos matrimoniales y, en general, las crisis que viven los menores de edad, logran dar paso a medidas provisionales y definitivas, resultando suficiente la vulneración de la resolución, independientemente del carácter mostrado, para la aparición del tipo (Monje,

2005, p. 113). Ello porque, se necesita de la existencia de la retención del o de los hijos, incumpliendo una resolución judicial o administrativa.

Se requiere dos elementos fundamentales en la conducta para que surja el delito: por un lado, la retención del menor; por otro lado, la retención debe versar en el no cumplimiento de disposición judicial o administrativa. Hace referencia al no cumplimiento de lo señalado, el mismo que debe resultar grave ya que, no todos los incumplimientos requieren de hacer valer el principio de intervención mínima, sino no se da el supuesto del tipo penal, no podría ser típica la conducta del progenitor que entrega o devuelve al menor con retraso (Calabuig, 2008, p. 524).

Para señalar la gravedad en el incumplimiento de la resolución se toma en consideración los plazos señalados en el propio precepto y básicamente que se afecte el bien jurídico. No se podrán considerar graves actuaciones, sino impiden la correcta y normal relación entre padres e hijos. Ello señala que, se requiere de dolo específico para el encausamiento de nexos familiares entre el padre que no realiza la sustracción y los menores” (Lloría, 2008, p. 56).

En suma, las dos formas de sustracción ocasionan una sanción la cual es igual para ambas, ya que se debe establecer la gravedad del hecho para poder determinar la sanción, en algunos casos resulta más lesiva la acción de retención que de sustracción una vez que se tiene legítimamente, por ello se requiere que el incumplimiento sea grave.

D. La causa justificada. La base diferenciadora del delito de sustracción de menores es la ausencia de una causa que justifique la conducta, pues si aparece una causa de justificación, actuará como causal de atipicidad, ya que se requerirá de un elemento de tipo, el cual es primordial para señalar el delito. De modo que, se ha previsto la causa de la acción debe ser injustificada, por ello la carencia de justificaciones resulta la no realización del tipo, ya que resultaría atípico.

La causa justificada del delito de sustracción de menores, resulta tener una justificación amplia, ya que refiere a la existencia de supuestos, que conllevan a subsanar deficiencias para garantizar el resguardo del menor y su pleno desarrollo (Guardiola, 2008, p. 87).

Sin considerar la edad del menor, el consentimiento brindado por este no extinguirá la conducta típica de la conducta en la modalidad de traslado, ya que el consentimiento debe emanar de estas fuentes: el otro padre, el encargado de la guarda o custodia o la institución encargada de dicha guarda o custodia. De modo que, si se trata del menor que es demasiado pequeño para realizar la toma de decisiones o del adolescente al que la legislación atribuye cierta capacidad de obrar y apto para tomar decisiones, el permiso que este otorga no será relevante porque la normativa señala explícitamente los sujetos aptos para la toma de decisiones.

No obstante, el permiso dado por el menor con capacidad suficiente debería considerarse para determinar la relevancia jurídica por consecuencia el rechazo de la tipicidad de la conducta y, ello le otorgaría relevancia para la modalidad de traslado (que señala la ausencia de consentimiento) como para la modalidad de retención. De modo que, el delito no se producirá por carencia de peligro, claro ejemplo, el menor que no desea vivir con uno de los padres, y este presenta capacidad de juicio, en base a ello, su opinión resulta relevante por la capacidad de juicio (García, 2010, p. 13).

E. El elemento subjetivo del tipo. El dolo posee una doble función al momento de señalar el desvalor general de la conducta intencional, ya que se catalogaría como un elemento del tipo de injusto y un aspecto de la culpabilidad del autor, dado que el tipo de injusto el dolo fuese portador del aspecto subjetivo del accionar, del fin, culpabilidad, el dolo resulta la expresión para realizar conscientemente el ilícito que contraviene el orden público.

En el contexto de la teoría de la doble posición del dolo (y de la imprudencia), lo cual atribuye a ciertos requisitos con funcionalidad doble en la teoría del delito: por un lado es un elemento constitutivo del injusto típico, como atribución importante en la conducta realizada, ya que, la lesividad delimita el dolo o, también, de la imprudencia, coadyuvando a señalar los contornos de la tipicidad; de otra parte, el nivel autónomo de la culpabilidad, que se concreta en el juicio de reproche que define la culpabilidad y la graduación de dicho juicio: ya que la actuación dolosa causa lesión o coloca en un estado de peligrosidad el bien jurídico tutelado” (Morillas, 2018, p. 322).

En suma, el tipo de sustracción de menores adiciona, como delito doloso, el dolo en el tipo, cabe resaltar que dicho elemento en su máxima acogida se verá en la culpabilidad.

2.2.2. La salud emocional del niño

El término “salud emocional” se divide en dos palabras que la conforman. La OMS precisa que “la salud es un estado de total bienestar físico, mental y social, lo cual significa que la carencia de enfermedades no es sinónimo de salud”. En tanto que, la emoción según la RAE resulta ser una “alteración del ánimo intenso y pasajero, agradable o penoso, acompañado de determinada conmoción somática”. Se puede observar que la conexión entre salud y emoción es indiscutible, ya que cuerpo y mente exteriorizan una comunicación. La salud se determina por una serie de factores que ponen en manifiesto el estado del sujeto, los factores son: biológicos, ambientales, el estilo de vida y la atención sanitaria.

En rigor, la salud emocional es la respuesta de un estado completo de bienestar mental y físico, que requiere del trabajo de la emoción a partir de temprana edad para logra una canalización de los sentimientos. Por ello, la educación es un entorno clave para el desarrollo de la educación emocional ya que ello brindara un autocontrol de emociones de los menores frente a situaciones de grandes emociones.

La gran cantidad de habilidades que conllevan a una vida saludable se basan en emociones y no en lo intelectual, por lo que aprender a canalizar las emociones en los menores de edad, y ello debe darse desde una temprana edad para que logren desarrollarse plenamente (Viloria, 2005, p. 109).

Durante la vida, es esencial lograr un mayor nivel de autoconciencia, capacidad para controlar las emociones que causa perturbación, mayor nivel de sensibilidad ante las emociones de terceros y mejores habilidades interpersonales, pero las bases de estas aptitudes se edifican durante la infancia (Goleman y Lantieri, 2009, p.16). Para conseguir un desenvolvimiento general de la personalidad resulta importante la educación emocional, el trabajo sobre las emociones individuales,

Por ello, la actual generación muestra sus grandes problemáticas en cuanto a emociones, los cuales presenta jóvenes con frustraciones y cansancio de la vida, que hace evidente que la educación emocional se encuentra fallando en ciertos casos, resultando importante una renovación, un nuevo modo de enfrentar y conocer las emociones y prevenir las problemáticas de salud emocional.

2.3. Marco Conceptual

2.1.1. Familia

La familia es la célula o núcleo de la sociedad; resulta ser una organización natural constante, conformada por una colectividad de sujetos que se encuentran enlazados por vínculos afectivos y por vínculos legales, los cuales se originan por la interrelación sexual y el parentesco (Tapia, 2013, p. 16).

2.1.2. Matrimonio Mixtos

En este tipo de matrimonio quienes lo contraen poseen una nacionalidad diferente, por ende, varían diversos factores como: cultura, región y nivel socio económico, por ello se conlleva a lo denominado “conflicto de civilizaciones” o “parejas de alto riesgo”, y con ello

la desavenencia familiar. De ahí que, los rompimientos y divorcios resultan recurrentes, ello acarrea diversos conflictos que pueden conllevar más fácilmente a separaciones complicadas que conlleven al traslado ilícito del menor al extranjero, generalmente al país de donde proviene el padre sustractor (Bengoechea, 2003, pp. 20,21).

2.1.3. Hijo Matrimonial

El hijo matrimonial es aquel que se concibe durante el matrimonio o previo a este. Su concepción dentro del el matrimonio determina la filiación matrimonial así resulte su nacimiento después de disolverse el matrimonio, tal es el caso del hijo nacido antes de los trescientos días después de disuelto el vínculo (Corral, 2003).

2.1.4. Niño

Se considera niño a todo sujeto desde su concepción hasta el cumplimiento de los doce años de edad, posterior a ello se le denomina adolescente hasta previo a obtener la mayoría de edad. Según el marco normativo el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca.

2.1.5. Hijo Extramatrimonial

Es el hijo nacido fuera del vínculo matrimonial. El hijo de filiación no matrimonial, posee una relación unilateral, de padre, de madre o de ambos, la cual es de forma independiente, dado que ambos progenitores no poseen deberes entre ellos, ni entre sí, lo cual no resulta ser una comunidad, además no se encuentran en obligación de formarla o sostenerla (Corral, 2003).

2.1.6. Progenitor

Son los padres respecto de sus hijos. Si no hubiese hijos por lógica no se determinarían como progenitores. En el caso de personas, la reproducción se realiza mediante las relaciones coitales. Un niño, resulta ser la consecuencia de una relación coital nueve meses previos (dado que este esté resulta ser el tiempo promedio que dura un embarazo).

2.1.7. Tenencia

La tenencia es la convivencia de los padres con sus hijos, resulta ser una correlación fáctica que resulta ser base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, es decir la convivencia común bajo un mismo techo. Estas interrelaciones personales que se dan entre padres e hijos son primordiales para la operatividad de diversos atributos de la patria potestad, dado que el progenitor que posea la tenencia, será el encargado de su proceso educativo, su representación legal, y para el ejercicio una corrección moderada, y para los demás atributos que le designa la patria potestad (Llanos, 2019, p. 2).

2.1.8. Sustracción

La sustracción de menores resulta ser un delito que se basa en el traslado de un menor de su lugar habitual de vivienda, sin permiso del padre o de quien posea la tenencia sea persona natural o jurídica. Asimismo, existe sustracción de menores cuando se realiza la retención de un menor infringiendo lo señalado por mandato judicial o administrativo. Su semejanza con el tráfico versa en que este delito no posee por finalidad explotar al menor, y la diferencia con el secuestro es que no busca realizar el cobro de un rescate.

2.3.9. Variación de tenencia

Cuando sea imprescindible la variación de la tenencia, el juez mandará, un grupo multidisciplinario, el cual conceda de forma progresiva con la finalidad de no ocasionar un daño o trastorno. Solamente, si las circunstancias lo requieran por encontrarse en riesgo la integridad del menor, el juez por existir un peligro para su integridad, el juez, mediante una decisión motivada señalara el cumplimiento inmediato del fallo.

2.3.10. Patria Potestad

La patria potestad contiene una serie de atributos correctamente señalados en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes que ha modificado la norma contenida en el artículo 423 del Código Civil. Las características son, cuidar su desarrollo integral,

suministrar sostén y educación, encaminar su proceso estudiantil y capacitar para el trabajo de acuerdo a sus inclinaciones y aptitudes, otorgarle correctos modelos de vida y enmendar adecuadamente, y si la autoridad resultara insuficiente recurrir al órgano competente, otorgar representación ante las actuaciones en la vida civil, cuando no adquiere la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, si los poseyera. A todo ello se le adiciona la tenencia (Llanos, 2019, p. 1).

2.3.11. Interés Superior

La mayor atención se presta a las necesidades del menor, que se valora de forma forzosada en una particular dimensión, sin causar una desatención en la formación de su proyección de adulto.

2.3.12. Salud emocional

Se refiere a un estado mental, el cual es indispensable para desencadenar nuestra vida cotidiana con la motivación, tranquilidad y eficiencia suficiente.

III. MÉTODO

3.1. Tipo de investigación

La investigación es de tipo cuantitativa, pues se busca otorgar una respuesta a la problemática de la sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal, que incide visiblemente en la salud emocional del niño, por lo que se propone una solución adecuada y real al problema referido.

El nivel de investigación es descriptivo, pues se busca la descripción de las particularidades de la Sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal en el Cercado de Lima en el periodo del año 2021.

Un estudio descriptivo consiste en realizar una imagen o fiel descripción del fenómeno investigado desde sus características. En esta línea, describir significa medir. Se miden las variables o conceptos con el fin de establecer las propiedades relevantes de personas, grupos o alumnos, que están bajo sometimiento a un estudio.

3.1.1. Diseño de investigación

La indagación emplea un diseño no experimental, ya que su finalidad es la observación de la variable y no se busca manipularla. El presente estudio es transversal, ya que analiza y describe la información recopilada en un tiempo establecido.

3.1.2. Estrategia de prueba de hipótesis

Presenta una indagación correlacional, ya que implica la recopilación de dos o más conjuntos de datos de un conglomerado de sujetos, con el fin de establecer la secuencia relacional entre dos o más conjuntos de datos.

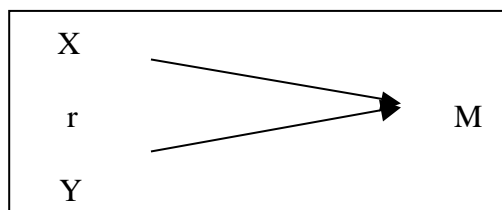
Esta indagación está interesada en la determinación del grado de relación que surge entre dos o más variables de interés en una misma muestra de sujetos o el grado de relación que surge entre fenomenologías o sucesos observados. En la presente, se estudia la relación

entre la **variable X**, que corresponde a la Sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia, y la **variable Y** que corresponde a la salud emocional del niño.

La investigación correlacional se representa de la siguiente manera:

Figura 1

Gráfica de la investigación correlacional



Donde:

X: Variable Sustracción del menor.

Y: Variable Salud emocional del niño.

M: Muestra.

r: Correlación.

3.2. Población y muestra

3.2.1. Población

La población constituye un grupo definido, limitado y accesible del universo que forma parte de la guía para seleccionar la muestra. A este conglomerado se le quiere generalizar los resultados.

En este estudio, la población está formada por los trabajadores que administran Justicia en el Ministerio Público del Cercado de Lima. Entonces, la población está constituida por 140 trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial del Cercado de Lima.

3.2.2. Muestra

La muestra constituye una parte o subconjunto de una población usualmente elegida, con el fin de que demuestre las propiedades de la población. El tipo de muestra es no aleatoria.

Entonces, de modo conveniente, la muestra está formada por ciertos elementos de la población. De ahí que, la muestra está formada por 4 trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial Cercado de Lima.

3.3. Operacionalización de Variables

Variable Independiente: Sustracción del menor.

Indicadores:

- Acción de sustraer (trasladar) al menor.
- Acción de rehusar (retener) la devolución del menor.

Variable Dependiente: Afectación a la salud emocional del niño.

Indicadores:

- Tristeza
- Miedo o ansiedad.
- Problemas de conducta.

3.4. Instrumentos

Hernández y Sampieri (2014) señalan que los instrumentos son el soporte que utiliza cualquier investigador, con la finalidad de aplicar un método para realizar la investigación prevista, para así lograr los objetivos del estudio y la determinación eficiente de las deducciones que se obtendrán (p. 49).

En este estudio, las técnicas que se utilizarán son:

- La entrevista.
- El análisis documental.

- El fichaje.

En este estudio, los instrumentos que se utilizarán son:

- La Guía de entrevista sobre el tema de estudio.

- Libros y revistas.

- Fichas textuales y bibliográficas.

3.5. Procedimientos

Para cumplir la investigación, se procedió a trabajar con las siguientes etapas:

Etapas I: Identificación del problema.

Etapas II: Revisión bibliográfica de las teorías sobre las variables.

Etapas III: Selección de la muestra poblacional.

Etapas IV: Elaboración del instrumento útil para el levantamiento de información, se sometió a la validación de los expertos elegidos y por último se administró a la población en estudio.

Etapas V: Análisis de los resultados: Tras aplicar los instrumentos, se analizó la información conseguida.

3.6. Análisis de datos

Tras el trabajo de campo, por medio del empleo de guías de entrevista, que se aplica a los trabajadores judiciales del Ministerio Público del Distrito Judicial Cercado de Lima, como muestra seleccionada de modo aleatorio, se procedió al conteo y la categorización de la información.

3.7. Consideraciones éticas

En esta investigación, se considera el anonimato de los individuos encuestados, que se involucran en la obtención de los resultados.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación

A continuación, se presentan los resultados, sobre la aplicación de una entrevista dirigida a 4 expertos trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cercado de Lima. La entrevista está referida sobre el tema de “La sustracción por el padre que no tiene la tenencia afecta a la salud emocional del niño”. La entrevista consta de 5 preguntas.

Los entrevistados son los doctores que conocen el tema, al realizar el análisis de expedientes sobre el tema, de forma diaria, tales son:

- Dr. Miguel Ángel Vegas Vaccaro.
- Dr. Manuel Jesús Miranda Canales.
- Dr. César Augusto Israel Ballena.
- Dr. Julio César Díaz Paz.

Los resultados se muestran de forma ordenada, para una fácil comprensión de este estudio.

Primera entrevista: Dr. Miguel Ángel Vegas Vaccaro.

1. ¿Cuál es su concepto de sustracción del menor?

“El delito de sustracción de menores es un delito especial, pues no lo comete cualquier persona. Los delitos comunes pueden ser cometidos por un sujeto no determinado, mientras que los delitos especiales requieren de la especial figura del autor cualidades que se plasman por el legislador en el tipo penal de sustracción de menores. En particular, el delito de sustracción es un delito especial, pues se exige una cualidad personal del sujeto que comete la infracción del deber, solamente puede ser realizada por los progenitores o ascendientes del menor”.

2. ¿La sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional de del niño?

“En los delitos de sustracción del menor, se requiere la existencia de un deber del autor, es decir, se puede realizar la intervención de diversos sujetos, pero no todos poseen el vínculo concreto que se vulnera con la configuración del tipo. Solo se considera autor a quien tenga que respetar ese deber impuesto, que es el deber cuidar al menor de acuerdo a la forma que corresponde, para garantizar su desarrollo personal en la sociedad. Por ello, la sustracción del menor cometido por un progenitor genera cierto riesgo en la salud emocional del niño”.

3. ¿La acción de sustraer (trasladar) al menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“El acto de traslado del menor por el progenitor no custodio significa sacar al menor de la esfera de protección y dependencia del progenitor custodio. De modo que, el acto de trasladar equivale a la separación del menor de su esfera de cuidado y vigilancia, constante, transitoria o accidentalmente, y sea que la tenencia derive de una situación de hecho o de derecho. Por ello, trasladar es que el progenitor no custodio retire al menor de la esfera de protección en que se encuentra a cargo del progenitor custodio, lo que puede producir una afectación en la salud emocional del niño”.

4. ¿La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“Después de una situación de crisis matrimonial, se genera una disposición judicial que puede atribuir la tenencia a uno de los padres, ya que si, este padre custodio retiene al hijo, sin el consentimiento del otro progenitor, y se priva de relacionarse con el otro progenitor, se produce el tipo penal. Por ello, en el acto de retención se lesiona el derecho del menor a relacionarse con ambos padres, por infringir la disposición relativa a la tenencia. De modo que, en este delito se conculca una resolución judicial para lesionar los derechos de los menores, que sufren un daño a su salud emocional, que se expresa en momentos de miedo y angustia”.

5. ¿La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia debe ser un grave incumplimiento?

“El acto de retención del menor se debe hacer sin el permiso del padre que ostenta la tenencia. La retención de un menor se realiza no cumpliendo el deber señalado por mandato judicial o administrativa. Esta modalidad supone que el menor, no se encontraba bajo el cuidado directo de quien comete el delito. Usualmente, se da cuando el padre que aprovecha del régimen de visitas y no lo devuelve, con lo que se genera un perjuicio a la salud emocional del niño”.

Segunda entrevista: Dr.Manuel Jesús Miranda Canales.

1. ¿Cuál es su concepto de sustracción del menor?

“El tipo penal de sustracción de menores exige una cualidad especial requerida siempre en el sujeto activo, pues el delito se determina como delito especial, a diferencia de los delitos comunes. La norma se ha creado ciertas contestaciones claras a los supuestos donde se halle un conflicto emocional que ha generado que las facultades de los padres estén divididas, y se permite la extensión del tipo a otras personas ascendientes del menor, que pueden cometer la sustracción del menor, sin el permiso del progenitor que tiene la tenencia del menor”.

2. ¿La sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional de del niño?

“El delito de sustracción del menor se basa en ciertos deberes del progenitor que son diferentes a los deberes que señala cualquier marco normativo, es decir, cuando un progenitor no cumple lo impuesto por una norma, al realizar un accionar prohibido o por dejar de ejecutar un comportamiento obligado. De ahí que, el padre que sustrae al menor, sin el permiso del otro progenitor, realmente incumple un deber concreto, por lo que genera un cierto malestar al niño, que a veces afecta su salud emocional”.

3. ¿La acción de sustraer (trasladar) al menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“El acto de trasladar al menor con voluntad de permanencia, con el fin de invertir o desnaturalizar el régimen de tenencia señalado vía legal, priva al padre que posee en entrega su disfrute y cumplimiento, es decir, se hace ineficaz, se incumple el mandato judicial que lo impone, con lo que se causa un perjuicio al menor, pues se le priva de la comunicación y la compañía con el padre con quien tiene una convivencia habitualmente, por lo que el menor es afectado en su salud emocional, que se manifiesta en episodios de temor y angustia del menor, que reacciona rápidamente ante el hecho reprochable”.

4. ¿La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“La protección del delito es el derecho del menor a relacionarse continuamente con sus progenitores de darse conflictos familiares, para mantener la correcta salud emocional del menor. Básicamente, se protegen los derechos e intereses de los menores, pues el acto de retención del menor conlleva a no cumplir o hacer ineficiente el régimen de visitas señalado, al no existir el permiso del otro progenitor”.

5. ¿La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia debe ser un grave incumplimiento?

“El tipo de sustracción en su modo de retención, se produce cuando no se devuelve al menor, a quien corresponda la tenencia, con derecho a ejercer en ese momento la facultad de custodia del hijo menor, en cuanto a la disposición judicial en base al régimen de resguardo de los hijos menores de edad, por lo que es un incumplimiento grave de un deber establecido en la resolución. Por ello, el tipo no solo requiere la sola demora en la devolución del menor a quien posee la tenencia sobre él, sino que el incumplimiento debe impedir al otro padre poder disfrutar de la compañía del hijo”.

Tercera entrevista: Dr.César Augusto Israel Ballena.

1. ¿Cuál es su concepto de sustracción del menor?

“En el delito de sustracción de menores, no cabe duda de que el delito es especial, es decir, el autor, sea el padre, la madre o ascendiente del menor. Todos los sujetos que no poseen hijos (naturales o adoptivos) están exentos de una posible autoría del tipo. Por ello, el delito de sustracción de menores se produce debido a la particular posición de dominio del progenitor o los ascendientes del menor, y la particular vulnerabilidad del menor”.

2. ¿La sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional de del niño?

“El delito de sustracción del menor supone una infracción a un deber concreto, de un deber muy concreto que posee el progenitor infractor, que proviene de la posición de garante que ejerce sobre el bien jurídico protegido. De ahí que, no toda persona pueda ser partícipe en el delito de sustracción de menor, pues solo el progenitor custodio o no custodio se encuentra en la posición de cometer el acto de sustraer al menor, que es muy reprochable, al considerar que suele generar efectos en la salud emocional del menor, como tristeza, incomodidad y angustia”.

3. ¿La acción de sustraer (trasladar) al menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“La norma supone una situación en la que un menor este bajo la tenencia de uno de sus padres, según lo señalado en disposición judicial o administrativa, y el otro padre lo moviliza de su lugar de residencia habitual, ocultando el lugar donde el menor ha sido trasladado. El traslado del menor atenta contra la libertad en sentido amplio, pues el menor es una persona, con esfera de libertad limitada, que recibe cuidados de su progenitor custodio, por lo que el acto de traslado por el progenitor no custodio repercute en la salud emocional del niño, de forma clara”.

4. ¿La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“En supuestos de separación de los titulares del derecho de patria potestad, se hace prevalecer el interés del menor, pues el menor debe mantenerse en un ambiente familiar y educativo sostenible, otorgado por los sujetos con los que el niño vive de modo continuo, por lo que las modificaciones de entorno social, se deciden en favor al interés superior del niño, para preservar la salud emocional del niño. De ahí que, el acto de retención del menor, por el progenitor no custodio, busca salvaguardar al menor de edad de los resultados negativos que se pueden derivar de un cambio de su entorno habitual donde desarrolla su personalidad”.

5. ¿La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia debe ser un grave incumplimiento?

“Un acto de retención del menor, exige que la retención del menor por parte del progenitor no custodio, se produzca por incumplir un mandato expreso que preexiste en una resolución del órgano competente. De modo que, el delito de sustracción requiere un no cumplimiento grave, no abarca los supuestos de simples retrasos. El incumplimiento grave es una definición jurídica no determinada que se debe evaluar en cada caso concreto. El acto de retener al menor por un progenitor, no requiere solo prolongar una custodia temporal, sino que exige que la retención sea ignorada por el otro progenitor”.

Cuarta entrevista: Dr. Julio César Díaz Paz.

1. ¿Cuál es su concepto de sustracción del menor?

“El delito especial es un intento del legislador de salvaguardar eficientemente el bien jurídico concreto. Ya que, en la sustracción de menores, existen un número limitado de posibles sujetos que, responde a un resguardo eficiente, pues, en oportunidades, el bien jurídico en concreto no podrá ser perjudicado por quien no posea particularidades específicas, por lo que dichas particularidades lo posicionan al autor en la localización perfecta para

cometer el acto de sustracción del menor. Por ende, el tipo solo necesita la falta de permiso del padre con quien el menor convive frecuentemente”.

2. ¿La sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional de del niño?

“El delito de sustracción de menores se refiere a la infracción de un deber específico del autor de salvaguardo del menor, pues se puede apreciar un abuso de la posición de dominio fáctico por parte del sujeto activo, que es un progenitor. El sujeto activo abusa de su posición por la facilidad que se le otorga para estar cerca el menor, logrando realizarse la sustracción, que conllevará a la lesión de los derechos de la persona que poseía la tenencia con el menor en dicho momento. Esta situación ilícita genera diversos efectos en la salud emocional del niño, por lo que se debe sancionar de modo oportuno”.

3. ¿La acción de sustraer (trasladar) al menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“La finalidad de cuidado del derecho de los hijos recae en sostener el vínculo con ambos padres que posean la patria potestad, por lo que se reconoce el derecho del menor a sostener relaciones interpersonales y contacto directo con sus progenitores. De manera que, se adiciona la esfera de aplicación del tipo penal de sustracción de hijos menores de edad, a uno de los progenitores biológicos o adoptivos, que puede cometer el acto de trasladar a los hijos, sin el consentimiento del otro, lo que produce evidentes efectos en la salud emocional del menor”.

4. ¿La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

“La valoración de los vínculos del menor con su entorno familiar, donde se realizan sus interrelaciones sociales, muestra su pertenencia a una comunidad social. El delito de sustracción de menores requiere que la retención de un menor por un progenitor, se realice

sin el permiso del padre con quien viva habitualmente, y por incumplir una decisión jurídica que atribuye la tenencia a uno de los progenitores”.

5. ¿La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia debe ser un grave incumplimiento?

“La permanencia del menor en su ámbito familiar requiere que se atribuya la tenencia en base a los requerimientos del menor, realizando una valoración de las circunstancias, lo que puede conllevar a la separación de su vivienda habitual. La desvinculación del hijo de su entorno familiar conlleva a la separación definitiva del otro padre, para otorgar la tenencia del menor a un progenitor, sea el padre o la madre. El tipo penal del acto de retención requiere que el progenitor no custodio incumpla gravemente una resolución judicial que atribuya la tenencia a un progenitor y quien retenga sea el progenitor que carece de tenencia”.

4.2. Contrastación de hipótesis

4.2.1. Hipótesis Principal

La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la **salud emocional** del niño en el Cercado de Lima, año 2021.

Los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a los expertos trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cercado de Lima, son las siguientes:

La sustracción de un menor por un padre que no tiene la tenencia y la salud emocional del niño.

“El delito de sustracción del menor se basa en ciertos deberes del progenitor que son diferentes a los deberes que se desprende de otra normativa, es decir, cuando un progenitor no cumple lo impuesto por una norma, por llevar a la realización de una acción prohibida o por dejar de realizar una conducta obligada. De ahí que, el progenitor que sustrae al menor, sin el consentimiento del otro progenitor, realmente incumple un deber concreto, por lo que genera un cierto malestar al niño, que a veces afecta su salud emocional”.

“El delito de sustracción del menor supone una infracción a un deber concreto, de un deber muy concreto que posee el progenitor infractor, que proviene de la posición de garante que ejerce sobre el bien jurídico protegido. De ahí que, no toda persona pueda ser partícipe en el delito de sustracción de menor, pues solo el progenitor custodio o no custodio se encuentra en la posición de cometer el acto de sustraer al menor, que es muy reprochable, al considerar que suele generar efectos en la salud emocional del menor, como tristeza, incomodidad y angustia”.

De acuerdo a los resultados obtenidos, se evidencia que la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño, debido a que el delito de sustracción de menores se refiere a la contravención de un deber específico del autor de salvaguardo del menor, pues se puede apreciar un abuso por el posicionamiento de dominio fáctico por el lado del sujeto activo, que es un progenitor. Esta situación ilícita genera diversos efectos en la salud emocional del niño, por lo que se debe sancionar de modo oportuno. **De esta manera, se acepta la hipótesis principal, en el sentido siguiente:**

“La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021”.

4.2.2. Hipótesis Secundarias

Hipótesis Secundaria N° 01:

- La acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.

Los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a los expertos trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cercado de Lima, son las siguientes:

La acción de sustraer (trasladar) el menor por el padre que no tiene la tenencia y la salud emocional del menor.

“El acto de trasladar al menor con voluntad de permanencia, con el fin de causar una alteración o perversión del régimen de tenencia legalmente establecido, priva al padre que se le ha concedido de su disfrute y cumplimiento, es decir, se hace ineficaz, se incumple el mandato judicial que lo impone, con lo que se materializa un perjuicio al menor, pues se le restringe de comunicarse y la compañía con el padre con quien convive frecuentemente, por lo que el menor es *afectado en su salud emocional, que se manifiesta en episodios de temor y angustia del menor, que reacciona rápidamente ante el hecho reprochable*”.

“La norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la tenencia de uno de sus padres, en virtud de lo establecido por mandato judicial o administrativo, y el otro progenitor lo traslada de la vivienda habitual, ocultando el lugar donde el menor ha sido trasladado. El traslado del menor atenta contra la libertad en sentido amplio, pues el menor es una persona, con esfera de libertad limitada, que recibe cuidados de su progenitor custodio, por lo que el acto de traslado por el progenitor no custodio repercute en la salud emocional del niño, de forma clara”.

De acuerdo a los resultados obtenidos, se evidencia que la acción de sustraer (trasladar) el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, debido a que el fin de salvaguardo del derecho de los hijos es poseer comunicación con ambos titulares de la patria potestad, por lo que se reconoce el derecho del menor a poseer relaciones interpersonales y contacto directo con los progenitores, o hijos adoptivos. De modo que, se incluye en el ámbito de aplicación del tipo penal de sustracción de hijos menores de edad, a uno de los padres biológicos o adoptivos, que puede cometer el acto de trasladar a los hijos, sin el consentimiento del otro,

lo que produce evidentes efectos en la salud emocional del menor. **De esta manera, se acepta la primera hipótesis secundaria, en el sentido siguiente:**

“La acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021”.

Hipótesis Secundaria N° 02:

- La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.

Los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a los expertos trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cercado de Lima, son las siguientes:

La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que *no tiene la tenencia y la salud emocional del menor.*

“La protección del delito es el derecho del menor a mantener relaciones frecuentemente con sus progenitores en caso de problemáticas familiares, para mantener la correcta salud emocional del menor. Básicamente, se protegen los derechos e intereses de los menores, pues el acto de retención del menor conlleva a no cumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas señalado, al no existir el permiso del otro progenitor. La conducta del tipo requiere tácitamente la existencia de un mandato judicial o administrativo cuyo contenido es trasgredido por la retención del menor, lo que conlleva a los procesos de separación, divorcio o nulidad matrimonial”.

“En supuestos de separación de los titulares del derecho de patria potestad, se hace prevalecer el interés del menor, pues el menor debe permanecer en un ambiente familiar y educacional constante, otorgado por los sujetos con las que el menor convive de modo continuo, por lo que los cambios de entorno social, se deciden en atención al interés superior

del niño, para preservar la salud emocional del niño. De ahí que, el acto de retención del menor, por el progenitor no custodio, busca salvaguardar al niño de las consecuencias negativas que se pueden derivar de un cambio de su entorno frecuente donde desarrolla su personalidad”.

De acuerdo a los resultados obtenidos, se evidencia que la acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, debido a que el valor de los nexos del menor con su entorno familiar, donde se realizan sus relaciones con la sociedad en el curso de su vida normal, muestra su pertenencia a una comunidad social. El delito de sustracción de menores requiere que la retención de un menor por un progenitor, se realice sin el permiso del padre que posea la convivencia frecuentemente, y por incumplir una decisión jurídica que atribuye la tenencia a uno de los progenitores. Por ende, la retención del menor por un progenitor requiere no solamente restringir al niño del derecho a relacionarse con sus padres sino además hacer tabla rasa de la resolución judicial que asigna la tenencia. **De esta manera, se acepta la segunda hipótesis secundaria, en el sentido siguiente:**

“La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021”.

V. DISCUSIÓN

5.1. Discusión

Los resultados obtenidos en este estudio evidencian que la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño, debido a que el delito de sustracción de menores se refiere a la falta del deber específico del autor de cuidado del menor. El sujeto activo abusa de su posición que se le proporciona fácilmente de esa especial condición sobre el menor, pudiendo realizarse la sustracción, que desencadenara la lesión de los derechos de quien se encuentre bajo el cuidado del menor. Esta situación ilícita genera diversos efectos en la salud emocional del niño, por lo que se debe sancionar de modo oportuno. **De esta manera, se acepta la hipótesis principal, en el sentido siguiente: “La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021”.**

En sentido similar, González (2005), sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es la seguridad del menor que se lesiona por el hecho de ser extraído del lugar en que se encuentra, bajo la custodia del padre que se halle constantemente viviendo con el (p. 432). De modo que, en el delito de sustracción de menores, el bien jurídico protegido es la seguridad individual, en su sentido natural o corriente, como exención de daños y riesgos del menor, con el fin de preservar la salud emocional del niño.

Siguiendo la misma línea, Diez (2004), considera que el bien jurídico afectado es la seguridad personal del menor, “que se ve afectada en la medida en que el progenitor no custodio asigna al menor un lugar de residencia que contradice el domicilio establecido por el progenitor titular de su tenencia” (p. 290). De ahí que, la seguridad personal del menor es objeto de tutela, es “la que se vincula a la presencia de éste en un mismo lineamiento de tiempo” (p. 291). Entonces, dicha área de convivencia legalmente determinada, actúa como

una garantía de estabilidad y su alteración constituye –salvo causa justificada– un menoscabo a la seguridad del menor.

Para Cobo (1961), el delito de sustracción de menores tendría como bien jurídico protegido a la familia (p. 229). El tipo penal de sustracción de menores no permite la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por los progenitores a los que legalmente se les atribuye la tenencia. De ahí que, los supuestos de la conducta típica implican el rompimiento del vínculo relacional del menor, con los sujetos encargados de su resguardo y protección. Por ello, si bien la alteración de dicha relación implica además que la seguridad deparada del menor por la vida familiar (seguridad de la vida familiar) se ve alterada con la realización de la conducta de sustracción del menor, dicha lesión quedara consumida en la propia lesión a la familia (Cobo, 1961, p. 227).

Por su parte, Carrara (1964) afirma que el delito de sustracción de menores, tiene un objeto jurídico que resulta afectado por el hecho punible, pues “el criterio que interviene, no es por violación de derechos inherentes a la persona sustraída (el menor), sino de otras personas relacionadas con el menor, y que radican en las relaciones de familia, tutelando el status familiar” (p. 448). De modo que, se vulnera el derecho de patria potestad, por el progenitor no custodio que sustrae a los hijos de la vigilancia del progenitor custodio, pues existe un vínculo jurídico que debe ser protegido para favorecer los intereses del menor.

Un sector de la doctrina sostiene que el bien jurídico se centra directamente en el ámbito de convivencia, no en cuanto garantía de seguridad del menor como plantea Garrido (2005), sino por su función en el concreto desarrollo personal de este. Así, para Lloría (2008), el bien jurídico versa en la pertenencia del menor a determinado ámbito familiar, primando el interés superior del menor, así como el derecho de los progenitores a tenerlo en su compañía” (p. 42).

En la misma línea, se encuentra Guardiola (2008), quien sostiene que el bien jurídico protegido consiste en el ámbito legalmente establecido para su custodia, ámbito que determina el área de convivencia en la que se deberá desarrollar como persona (p. 86). Así el establecimiento de ese ámbito responde a la garantía de condiciones de seguridad del menor, enmarcándolo hasta que su libertad ambulatoria alcance autonomía. Todo este complejo de factores se protege a través de la tutela del ámbito legalmente establecido para la tenencia del menor.

Se ha podido identificar dos tendencias en el derecho comparado. Por un lado, algunos parten de la base de que con la comisión del delito de sustracción de menores se vulnera la libertad del menor, pues se extrae de su núcleo familiar, provocando un perjuicio a su identidad. Por otro lado, algunos han planteado que la comisión del delito afecta el bienestar del menor.

La primera hipótesis, es sostenida por Donna (2001), quien sostiene que el bien jurídico protegido por el tipo es el derecho básico del menor a “tener su estado de familia, y saber quiénes son sus padres y estar junto a ellos” (p. 215). La segunda hipótesis, es sostenida por García (2010), quien sostiene que se afecta el bienestar del menor, y se afecta el buen funcionamiento de los poderes públicos, pues se hace caso omiso de una resolución judicial, de modo que, se tutela el bienestar personal de los menores, acreditado, aunque sea provisionalmente, por una resolución judicial (p. 9).

En suma, el bien jurídico protegido por el tipo es la seguridad del menor, pudiendo ser identificadas, dos tendencias al respecto. Por un lado, se sostiene que el bien jurídico protegido es la seguridad del menor y su situación en la sociedad y, por otro lado, se afirma que lo protegido es básicamente la seguridad del menor en favor de su libertad. De modo que, los principales bienes jurídicos tutelados por el tipo penal referido son la seguridad individual y la libertad ambulatoria, sin restricciones, por lo que, estas son la “materialización de la

capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto pasivo, esto es, de poder trasladarse de un lugar a otro, en el que se afecta de modo directo la seguridad como exigencia de la libertad en general, y en especial, como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, sin que exista una exigencia típica referida a una determinada esfera de custodia física y personal, que deban ejercer los encargados del menor ofendido para configurar el ilícito.

VI. CONCLUSIONES

6.1. Los resultados obtenidos sobre la hipótesis principal, evidencian que la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño, debido a que el delito de sustracción de menores se refiere a la infracción de un deber específico del autor de protección del menor, pues se puede apreciar un abuso de la posición de dominio fáctico por parte del sujeto activo, que es un progenitor. El sujeto activo abusa de su posición por la facilidad que le proporciona esa especial posición sobre el menor, pudiendo producirse la sustracción, que conllevará a la lesión de los derechos de la persona a la que correspondía estar con el menor en dicho momento. Esta situación ilícita genera diversos efectos en la salud emocional del niño, por lo que se debe sancionar de modo oportuno. **De esta manera, se acepta la hipótesis principal, en el sentido siguiente: “La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021”.**

6.2. Los resultados obtenidos sobre la primera hipótesis secundaria, evidencian que la acción de sustraer (trasladar) el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, debido a que el fin de resguardo del derecho de los hijos es sostener comunicación con ambos titulares de la patria potestad, por lo que se reconoce el derecho del menor a sostener relaciones interpersonales y contacto directo con sus padres, independientemente de su modalidad de relación paterno filial, ya sea natural o por adopción, que les une al hijo. De modo que, se incluye en el ámbito de aplicación del tipo penal de sustracción de hijos menores de edad, a uno de los padres biológicos o adoptivos, que puede cometer el acto de trasladar a los hijos, sin el consentimiento del otro, lo que produce evidentes efectos en la salud emocional del menor. **De esta manera, se acepta la primera hipótesis secundaria, en el sentido siguiente: “La acción de sustraer el**

menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021”.

6.3. Los resultados obtenidos sobre la segunda hipótesis secundaria, evidencian que la acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, debido a que la valoración de los vínculos del menor con su entorno familiar, donde se desarrollan sus relaciones sociales en el ámbito de su vida cotidiana, muestra su pertenencia a un grupo social. El delito de sustracción de menores requiere que la retención de un menor por un progenitor, se realice sin el permiso del padre con quien vivía frecuentemente, y por incumplir una decisión jurídica que atribuye la tenencia a uno de los progenitores. Por ende, la retención del menor por un progenitor requiere no solo restringir al menor del derecho a una relación con sus padres sino hacer caso omiso de la resolución judicial que asigna la tenencia. **De esta manera, se acepta la segunda hipótesis secundaria, en el sentido siguiente: “La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021”.**

VII. RECOMENDACIONES

7.1. Se sugiere que los jueces legalicen la tenencia de hecho que ostenta el padre o la madre, por medio de los procesos de tenencia, toda vez que existe la necesidad de proteger la integridad del hijo menor en el ambiente donde se desenvuelve, pues en muchos casos, es afectado en su salud emocional.

7.2. Se sugiere que los jueces formalicen la tenencia de hecho que ostentan los padres, por medio de un proceso de tenencia de sus menores hijos, con el fin de tener un instrumento idóneo que precise la residencia habitual del menor, y que permita una defensa contra el otro progenitor, que usualmente no se hace cargo del menor, cuando se presente un caso de delito de sustracción del menor por el progenitor no custodio.

7.3. Se sugiere que los jueces otorguen un tratamiento psicológico al menor después que se cometió el delito de sustracción de menores, para dar protección y seguridad al menor y su entorno social afectado, pues se debe tener en cuenta que el maltrato psicológico siempre está presente en el delito de sustracción de menores.

VIII. REFERENCIAS

Libros:

- Acale Sánchez, M. (2000). El tipo de injusto en los delitos de mera actividad. Granada: Comares.
- Acale Sánchez, M. (2002). “Los delitos de mera actividad”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, núm. 10.
- Aguilar Llanos, B. (2008). La familia en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones legales.
- Arroyo Alfonso, S. (2002). “Tendencias del Derecho Penal”, Derecho y conocimiento, vol. 2.
- Bengoechea Gómez, B. (2003). Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional del Menor. Madrid: Dykinson.
- Benítez Ortúzar, I. (1997). Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana. Madrid: Edersa.
- Boix Reig, J. (2012). Derecho Penal. Parte Especial (dir. Boix Reig, J.), Vol. II. Madrid: Iustel.
- Calabuig Costa, M. (2008). Comentarios al Código Penal (coord. Cruz De Pablo, J.), 1ª ed., vol. I. Madrid: Difusión.
- Canales Torres, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia. Nuevos criterios. Lima: Gaceta Jurídica.
- Carrara, F. (1964). Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Vol. III. Bogotá, Editorial Temis.
- Chunga Lamonja, F. (2011). Derecho de menores. Lima: Editorial Grijley.
- Cobo, M. (1961). Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232.

- De La Rosa Cortina, J. (2017). “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia”, Repertorio Jurídico-Científico del Centro de Estudios Jurídicos.
- Demetrio Crespo, E. (2016). Curso de Derecho Penal. Parte General (coord. Demetrio Crespo, E. y Rodríguez Yagüe, C.), 3ª ed., Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Díez Ripollés, J. (1993). Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. (2004). “El nuevo delito de sustracción parental de menores”, Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón (coord. De Toledo y Ubieto, E.; Gurdiel Sierra, M; y Cortés, E.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. (2004). EL nuevo delito de sustracción parental de menores. En: Octavio, E., Gurdiel, M., y Cortés, E. (Coords.) Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Donna, E. (2001). Derecho penal. Parte Especial. Tomo II-A. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, E. (2003). Teoría del delito y de la pena. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Espinosa Ceballos, E. (2014). El delito de sustracción de un menor por su progenitor. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Pérez, O. (2010). “El delito de sustracción de menores y su configuración”, InDret: Revista para el análisis del Derecho, núm. 4.
- García, O. (2010). El delito de sustracción de menores y su configuración, en Dret. Núm. 2.
- Garrido, M. (2005). Derecho Penal Parte Especial. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile-
- Goleman, D. y Lantieri, L. (2009). Inteligencia emocional infantil y juvenil. Madrid: Aguilar.
- González Rus, J. (2005). Delitos contra las relaciones familiares (II), en: Cobo, M. (Coord.). Derecho Penal español. Parte especial. 2ª ed. Madrid: Dykinson.

- González Rus, J. (2005). Derecho Penal Español. Parte Especial, (coord. Cobo Del Rosal), 2ª ed., Madrid: Dykinson.
- Guardiola García, J. (2008). “Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal”, Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar (coord. Lloría García, P.), Madrid: Iustel.
- Guardiola, J. (2008). Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal. En: Lloría, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel.
- Lacruz López, J. (2015). Curso de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., Madrid: Dykinson.
- Lasarte, C. (2008). Derecho de Familia. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Lloría García, P. (2008). “La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar”, Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar (coord. Lloría García, P.). Madrid: Iustel.
- Lloría, P. (2008). La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: Lloría, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid: Editorial Iustel.
- Martínez García, A. (2015). Comentarios prácticos al Código penal, vol. II (dir. Gómez Tomillo, M.), 1ª ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Matellanes Rodríguez, N. (2015). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, (dir. Demetrio Crespo, E. et al.), 2ª ed., tomo II, Madrid: Iustel.
- Mezger, E. (2010). Tratado de Derecho Penal, tomo I. Buenos Aires: Hammurabi.
- Mir Puig, S. (2015). Derecho penal. Parte General, 10ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor.
- Miralles Sangro, P. (1989). El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales,

- Molina Fernández, F. (2016). *Memento Práctico Penal 2017* (coord. Molina Fernández, F.), Madrid: Francis Lefebvre.
- Monge Fernández, A. (2017). *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Barcelona: Bosch.
- Monje Balmaseda, O. (2005). “Medidas y efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio”, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV* (dir. Lledó Yagüe, F.), Madrid: Dykinson.
- Moreno-Torres Herrera, M. (2015). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed.*, (dir. Zugaldía Espinar, J.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morillas Cueva, L. (2018). *Sistema de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Dykinson.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2019). *Derecho Penal. Parte General, 10ª ed.*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olmedo Cardenete, M. (2020). *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. Morillas Cueva, L.). 3ª ed. Madrid: Dykinson.
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. (2004). *Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Piva Torres, G. (2019). *Teoría del delito y el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Plácido Vilcachagua, A. (2010). *Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Prats Canut, J. (2008). *Comentarios al Código Penal* (dir. Quintero Olivares, G.), 5ª ed., tomo II, Pamplona: Aranzadi.
- Queralt Jiménez, J. (2015). *Derecho Penal Español. Parte Especial, 7ª ed.* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2018). *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (dir. Quintero Olivares, G. et al.), 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Reyes Alvarado, Y. (2008). “La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9.
- Roca Agapito, L. (2011). *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*, 2ª ed. (dir. Álvarez García, F.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez Devesa, J. y Serrano Gómez, A. (1993). *Derecho Penal Español*, 16ª ed., Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Núñez, A. (2016). *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (coord. Lamarca Pérez, C.). Madrid: Dykinson.
- Serrano Tárraga, M. (2019). *Curso de Derecho Penal parte especial*, 5ª ed. Madrid: Dykinson.
- Stern Briones, E. (2007). “La sustracción parental de menores”, *Estudios jurídicos*, N° 2007.
- Suárez Franco, R. (2017). *Derecho de Familia*, Tomo 2. Bogotá: Temis.
- Suárez-Mira Rodríguez, C.; Prieto Judel, A. y Piñol Rodríguez, J. (2018). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (dir. Suárez-Mira Rodríguez, C.), 7ª ed., Tomo II, Madrid: Civitas.
- Tapia Ramírez, J. (2013). *Derecho de Familia*. 1ª ed. México: Porrúa.
- Torres Fernández, M. (2003). “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4.
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Jurisprudencia sobre el derecho de familia*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Viloria, C. (2005). *La educación emocional en edades tempranas y el interés de su aplicación en la escuela. Programas de educación emocional, nuevo reto en la formación de los profesores*. *Tendencias pedagógicas*, 10, 107-123.

IX. ANEXOS

ANEXO A. Matriz de consistencia: LA SUSTRACCIÓN DE UN MENOR POR EL PADRE QUE NO TIENE LA TENENCIA DE HECHO NI LEGAL AFECTA A LA SALUD EMOCIONAL DEL NIÑO EN EL CERCAO DE LIMA – 2021

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGIA
<p>A. Problema General.</p> <p>¿En qué medida la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021?</p> <p>B. Problemas específicos.</p> <p>- ¿De qué manera la acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021?</p> <p>- ¿De qué manera la acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021?</p>	<p>A. Objetivo General.</p> <p>Determinar si la sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021.</p> <p>B. Objetivos específicos.</p> <p>- Establecer si la acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.</p> <p>- Reconocer si la acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.</p>	<p>A. Hipótesis Principal.</p> <p>La sustracción de un menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del niño en el Cercado de Lima, año 2021.</p> <p>B. Hipótesis Secundarias.</p> <p>- La acción de sustraer el menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.</p> <p>- La acción de rehusar la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia de hecho ni legal incide negativamente en la salud emocional del menor, en el Cercado de Lima, año 2021.</p>	<p>Variable Independiente: Sustracción del menor.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acción de sustraer (trasladar) al menor. - Acción de rehusar (retener) la devolución del menor. <p>Variable Dependiente: Afectación a la salud emocional del niño.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tristeza - Miedo o ansiedad. - Problemas de conducta. 	<p>Tipo: Básico</p> <p>Enfoque: Cuantitativo.</p> <p>Nivel: Descriptivo.</p> <p>Diseño: correlacional.</p> <p>Población: 140 trabajadores judiciales.</p> <p>Muestra: No Probabilística. 4 trabajadores del Ministerio Público del Distrito Judicial del Cercado de Lima.</p> <p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Entrevista. - Análisis documental. <p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Guía de entrevista. - Libros y revistas.

ANEXO B. Instrumento de recolección de datos.

Entrevista sobre la sustracción por el padre que no tiene la tenencia y la salud emocional del niño.

1. ¿Cuál es su concepto de sustracción del menor?

.....
.....

2. ¿La sustracción del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional de del niño?

.....
.....

3. ¿La acción de sustraer (trasladar) al menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

.....
.....

4. ¿La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia afecta la salud emocional del niño?

.....
.....

5. ¿La acción de rehusar (retener) la devolución del menor por el padre que no tiene la tenencia debe ser un grave incumplimiento?

.....

ANEXO C. Validación y confiabilidad de instrumentos.

Validez de instrumento.

Se considera como validez de un instrumento de medición, al valor que señala que un instrumento está midiendo lo que busca medir. Es la concordancia entre el instrumento de medida y la propiedad medible. Entonces, un instrumento es válido, cuando mide realmente el indicador, la propiedad o atributo que debe medir, es el grado de seguridad que debe contener un instrumento que permite obtener resultados equivalentes o iguales, en consecutivos procesos de recolección de datos y mediciones realizadas por terceros.

a) Validez de constructo: En este estudio, los instrumentos tienen la validez de constructo, toda vez que el cuestionario ha sido elaborado y preparado en base a la teoría presentada en el marco teórico, que se sustenta en la operacionalización de las variables.

b) Validez de criterio: La validez de criterio plantea la validez de un instrumento de medición, comparando con un criterio de carácter externo. Se concibe la validez de criterio, pues se está basando en las entrevistas aplicadas, a los trabajadores judiciales, del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cercado de Lima.

El índice de Crombach es el índice más empleado para establecer la confiabilidad de una escala, en este estudio es de tipo Likert que se basa en la consistencia de la misma. Se logra como un promedio de los coeficientes de correlación entre todas las preguntas, para lo cual se necesita que las puntuaciones de las mismas sean estandarizadas.

Confiabilidad de instrumentos.

La confiabilidad se define como el nivel de consistencia de los puntajes logrados por un mismo grupo de personas en una serie de mediciones realizadas con el mismo instrumento.