

DELITO DE SUSTRACCIÓN Y REHUSAMIENTO A ENTREGA DE MENOR

1. El legislador peruano partiendo del dato empírico, ha evaluado los casos en los cuales, sin que haya intervenido la autoridad judicial para definir jurídicamente la separación de los padres, o para determinar la tenencia del hijo, ocurre que uno de ellos se queda o se lleva de hecho al hijo o hijos. Siendo esos los supuestos que motivaron la configuración de la conducta típica del delito de sustracción y rehusamiento a entrega de menor.

2. Los delitos de sustracción y rehusamiento a entrega de menor, tienen como objeto de tutela la patria potestad (figura que la Convención de los Derechos del Niño ha denominado Responsabilidad Parental), pues con las acciones de sustraer a un menor o rehusarse a su entrega indudablemente generan una afectación al derecho a la patria potestad del padre que la tiene consigo (ya sea por una tenencia de hecho o de derecho). Sin embargo, atendiendo al contexto fáctico y problemático de este fenómeno, se advierte que la tipificación de dichos tipos penales también pretende salvaguardar el derecho del niño a no ser movilizad del lugar donde se encuentra su entorno familiar y educativo, acción que es interpretada como un tipo de violencia contra el menor.

3. De la redacción típica del citado tipo penal, resulta claro que no prevé como elemento típico que exista como presupuesto alguna resolución judicial que extinga o suspenda la patria potestad. Lo que, además, es coherente con la exposición de motivos de la Ley N.º 28760, es decir, que el supuesto típico de comisión de este delito es para los casos en que ocurran separaciones de hecho –sin que estas hayan aún acudido a las autoridades jurisdiccionales– y uno de los padres ejerza la tenencia de hecho ya sea por acuerdo entre los padres o implícitamente, y en ese contexto, uno de los padres o ascendientes sustrae al menor o se rehúsa a entregarlo.

4. En virtud al principio de legalidad previsto en el artículo II, del Título Preliminar, del Código Penal, es claro que el requerimiento de “encontrarse involucrado en las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el artículo 75 del CNA”, no forma parte de la descripción típica de los delitos de sustracción y rehusamiento a entrega de menor.

5. El contexto en que se desarrollará la conducta del sujeto activo en el delito objeto de análisis no será una en la que se haya privado a uno de los padres de la patria potestad, pues el mismo tipo penal refiere “aun cuando aquellos no hayan sido excluidos legalmente de la patria potestad”, sino que el supuesto típico opera cuando los padres se han separado de hecho, y en tal sentido se generó una tenencia de hecho.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de diciembre de dos mil veintiuno

VISTOS Y OÍDO: en audiencia pública virtual, el recurso de casación excepcional interpuesto por el representante del **MINISTERIO PÚBLICO**, contra la sentencia de vista del 26 de diciembre de 2018, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que revocó la sentencia de primera instancia,

del 8 de mayo de 2018, que condenó a Armando Gudión Valladares Blas como autor del delito de sustracción de menor, en agravio de Lesly Vanessa Fernández Camones, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el mismo término; y, reformándola, lo absolvieron de la acusación fiscal.

Ponencia de la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

I. DEL TRÁMITE DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

1. Según el requerimiento acusatorio¹, el marco fáctico de imputación es el siguiente:

1.1. Circunstancias precedentes

El 22 de febrero de 2016, la madre de la menor Kiara Nicol Valladares Fernández, doña Lezly Vanessa Fernández Camones, se encontraba hospitalizada en el Hospital de Apoyo de Recuay y fue dada de alta recién el día 25 de febrero del mismo año.

1.2. Circunstancias concomitantes

El 24 de febrero de 2016, el acusado Armando Gudión Valladares Blas (padre de la niña Kiara Nicol Valladares Fernández), recurrió a la comisaría PNP de Recuay y solicitó una constatación policial en un inmueble distinto a donde vive la madre de la niña con dicha menor. Luego llamó al celular de la madre, doña Lezly Vanessa Fernández, y como estaba hospitalizada le dijo que no estaba en su casa y que puede ir a buscarla a la Iglesia Vida Nueva en Jesús, ubicada a espaldas del Mercado de la Ciudad de Recuay, pues su hija se encontraba en dicho lugar debido a que había una fiesta infantil organizada por la misma Iglesia.

Luego, el acusado fue a la Iglesia Vida Nueva en Jesús de Recuay y se llevó a la niña con él y conversó con el hermano de la agraviada de nombre Dayer Bernardo León Camones y le dijo que iba al Hospital de Apoyo de Recuay, donde se encontraba internada la madre de su hija.

Llegó al hospital donde la denunciante estaba internada y le dijo “que iba llevar a su hija a Huaraz y que la traía al día siguiente”, entonces ella aceptó con la condición que regresara a su hija al día siguiente. Al siguiente día, jueves 25 de febrero de 2016 a las 15:00 horas, la denunciante llama al acusado a su celular 984 768 602 (Claro), quien no le respondió, solo le envió un mensaje de texto que decía “que él se iba a quedar hasta el lunes y que hasta esa fecha se quería quedar con su hija”,

¹ Cfr. página 17 y ss., del expediente judicial.

ese mismo día el llamó a su celular a tanta insistencia de la denunciante y le pasó el celular directamente para hablar con su hija y le dijo “Estoy con mi papá, estoy feliz, estamos paseando y mi papá se queda hasta el lunes y voy a estar con él hasta ese día”.

El lunes 29 de febrero de 2016 lo llamó toda la mañana y no le respondía el teléfono, motivo por el cual decidió ir a la Policía Nacional de Recuay a poner la denuncia y le dijeron que ellos no podían hacer nada y que tenía que denunciar a la Fiscalía, porque es su papá. Ante ello, viajó a la ciudad de Huaraz a las 18:00 horas a la casa de la hermana del acusado, Yanet Valladares Blas, ubicada al frente de la comisaría de Tacllán, entonces su hermana se sorprende y le dice “que habían estado con ella y que desde la mañana no sabe su ubicación”.

Luego llamó al celular del denunciado y habló con su hija, quien le dijo que está en Lima en la casa de su papá, entonces la agraviada viaja a la ciudad de Lima, conversó con el denunciado y le dijo que quería ver a su hija, y este le respondió que eso lo iban a ver en el Poder Judicial, haciéndole ver una constancia de denuncia ante la comisaría de Recuay por abandono, finalmente no la dejó ver a su hija y tampoco se la entregó.

1.3. Circunstancias posteriores

La denunciante acude con fecha 1 de marzo de 2016 a poner la denuncia ante la Fiscalía Provincial Penal de Recuay, por la sustracción de su hija Kiara Nicol Valladares Fernández.

2. Por estos hechos, el titular de la acción penal formuló acusación fiscal contra Armando Gudión Valladares Blas, calificándolo jurídicamente como autor del delito de sustracción de menor, en agravio de la madre doña Lezly Vanessa Fernández Camones. En tal virtud, instó la imposición de 4 meses de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo y una reparación civil ascendente a la suma de S/2000,00 (dos mil soles).

3. Posteriormente, el Juzgado Penal Unipersonal-Sede Recuay emitió sentencia² del 8 de mayo de 2018, en la que condenó al acusado Armando Gudión Valladares Blas como autor del delito contra la familia – sustracción de menor, en agravio de Lezly Vanessa Fernández Camones, a cuatro meses de pena privativa de libertad, suspendida con el carácter condicional por el mismo plazo, imponiéndole determinadas reglas de conducta, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de revocársele la suspensión de la pena; fijó en S/1000,00 (mil soles) por concepto de reparación civil. Entre algunos fundamentos razonó que:

² Cfr. página 80 y ss., del expediente judicial.

- 3.1.** En este caso, la conducta típica se desarrolla cuando el agente sustrae a un menor de edad de quien ejerce la patria potestad y cuando rehúsa entregar un menor de edad a quien ejerce la patria potestad, es decir el injusto penal de sustracción de menores se perfecciona cuando el sujeto activo que necesariamente debe ser pariente del sujeto pasivo, traslada a este del lugar donde se encuentra bajo la patria potestad de sus padres u otro lugar diferente o distinto.
- 3.2.** Se ha acreditado la minoría de edad de la niña Kiara Nicol Valladares Fernández, la relación familiar entre el acusado y la agraviada Lezly Vanessa Fernández Camones, por tanto reúne los requisitos especiales del sujeto activo y pasivo del delito de sustracción de menor. También se encuentra acreditado que la niña Kiara Nicol Valladares Fernández se encontraba bajo el cuidado y patria potestad de la madre Lezly Vanessa Fernández Camones y, sin su consentimiento, el imputado se llevó a la niña a la ciudad de Lima.
- 4.** Frente a dicha decisión, el sentenciado, promovió recurso de apelación³. Este medio impugnatorio fue concedido mediante Resolución N.º 6⁴, del 23 de mayo de 2018. Resolviendo el grado, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash emitió la sentencia de vista del 26 de diciembre de 2018⁵, mediante la cual revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a Armando Gudión Valladares Blas de la comisión del delito contra la familia – sustracción de menor, en agravio de Lezly Vanessa Fernández Camones.
- 5.** En cuanto a los elementos típicos del delito de sustracción de menor, los fundamentos que expuso la sentencia de vista fueron los siguientes:
- 5.1.** Previo al análisis de la conducta y responsabilidad del acusado, se razonó que es oportuno verificar la concurrencia de los elementos típicos del delito de sustracción de menor, el mismo que exige: a) un vínculo parental entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; b) la intención del sujeto activo de querer sustraer o rehusarse a entregar al menor; y c) la legitimidad de quien reclama el derecho.
- 5.2.** Si bien se puede verificar el vínculo parental entre el acusado y la parte agraviada, quienes tienen un vínculo padre-hija y la intención dolosa del padre de querer permanecer con su hija; sostiene que el tercer elemento constitutivo del tipo, no se presenta en la presente causa.
- 5.3.** La patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, desde su concepción

³ Cfr. página 113 y ss. del expediente judicial.

⁴ Cfr. página 116 y ss. del expediente judicial.

⁵ Cfr. página 135 y ss. del expediente judicial.

hasta que cumplan la mayoría de edad, deber y derecho que no se pierde incluso, con la separación de hecho y/o ruptura del vínculo conyugal. En la presente causa no se advierte medio probatorio que acredite que el derecho a la patria potestad del acusado Valladares Blas con su menor hija Kiara Nicol Valladares Fernández se haya restringido y/o mínimamente suspendido el derecho a la patria potestad del acusado con su menor hija, permanece inalterable.

5.4. Si bien el segundo párrafo del artículo en comento prevé la posibilidad de sancionar al padre o madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad; concluyen que este supuesto se da cuando pese a no haberse suspendido la patria potestad, el acusado se encuentra involucrado en las causales de suspensión de la patria potestad, previstas en el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, circunstancia que no se advierte de autos.

6. Frente a ello, la representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación excepcional⁶ e invocó el motivo casacional previsto en el numeral 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal. Reclamó lo siguiente:

6.1. La Sala Superior interpretó equivocadamente el artículo 147 del Código Penal –modificado por la Ley N.º 28760, del 14 de junio de 2006–, que tipifica el delito de sustracción de menor, pues consideró que, para su consumación, es necesaria la existencia de una resolución judicial que restrinja el ejercicio de la patria potestad. No obstante, el segundo párrafo del artículo citado prescribe que: “La misma pena se aplicará al padre o a la madre y otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad”.

6.2. Entonces, para que se configure el indicado delito no es indispensable que se requiera de alguna resolución que restrinja la patria potestad. Solicita que la Sala Suprema desarrolle doctrina jurisprudencial al respecto.

II. DEL TRÁMITE SEGUIDO EN ESTA SEDE SUPREMA

7. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430.6 del Código Procesal Penal emitió el auto de calificación⁷ de recurso de casación, del 31 de julio de 2020. Se declaró bien concedido el recurso de casación excepcional promovido por el representante del Ministerio Público, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre el correcto sentido interpretativo del artículo 147 del Código Penal –modificado por la Ley N.º 28760– que prevé la estructura típica del delito de sustracción de menor para ser analizado conforme con el motivo casacional previsto en el numeral 3

⁶ Cfr. página 145 y ss. del expediente judicial.

⁷ Cfr. página 36 y ss., del cuadernillo formado en esta sala suprema.

[errónea interpretación de precepto material], del artículo 429, del Código Procesal Penal.

8. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las cédulas de notificación y cargos que obran en el cuadernillo supremo, se emitió el Decreto⁸ del 15 de octubre de 2021, que señaló el 25 de noviembre del año en curso como fecha de audiencia de casación.

9. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación respectiva y, por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó en la fecha.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

10. En primer lugar, es necesario precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, devolutivo, no suspensivo y extensivo en lo favorable, por el cual se somete a conocimiento de la Corte Suprema (Tribunal de casación) determinadas resoluciones, con la finalidad de cautelar la observancia de garantías constitucionales y la correcta aplicación e interpretación de la ley material y procesal por los órganos jurisdiccionales de instancia.

11. Su finalidad es unificar la jurisprudencia, sustentada en los principios de igualdad y predictibilidad jurídica, dado que se pretende asegurar que los jueces determinen soluciones similares frente a conflictos de similar naturaleza.

III.1. Delimitación del objeto de análisis y pronunciamiento

12. Conforme ya se anotó, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación excepcional (artículo 427.4 del Código Procesal Penal) promovido por el representante del Ministerio Público, por el motivo casacional previsto en el numeral 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

13. Entonces, sobre la base de los motivos expuestos por el casacionista (ver fundamento 6 de la presente sentencia), el conflicto jurídico y cuestión a dilucidar se circunscriben a lo siguiente: **i)** fijar el correcto sentido interpretativo del artículo 147 del Código Penal –modificado por la Ley N.º 28760–; y en específico, si el supuesto fáctico requiere como elemento típico, la emisión de una resolución judicial que acredite que a uno de los padres se le ha restringido la patria potestad; y, **ii)** determinar si en el caso concreto la sentencia de vista impugnada interpretó erróneamente el precepto material del artículo 147 del Código Penal.

⁸ Cfr. página 45 del cuadernillo formado en esta sala suprema.

III.2. Delitos de sustracción y de rehusamiento a entrega de menor

14. Atendiendo a que los hechos imputados ocurrieron desde el 24 de febrero de 2016, la ley penal aplicable, en virtud del principio de temporalidad, es el artículo 147 del Código Penal, modificado por el inciso a, del artículo 1, de la Ley N.º 28760, publicada el 14 de junio de 2006, que prescribe:

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

La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.

15. La redacción típica del artículo en mención, está constituida por dos párrafos. En el primero se tipifican dos conductas, la de sustracción de menor y la de rehusamiento a entregarlo, en ambos casos a quien ejerce la patria potestad.

16. Al respecto, la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2351-2017/Lima, emitido por la Sala Penal Permanente, el 12 de febrero de 2018, ha desarrollado los alcances típicos de ambas conductas, de la siguiente manera:

Cabe puntualizar que la forma típica de rehusamiento, a diferencia de la sustracción, importa que el agente que tiene en su poder al menor se niega a su entrega; el menor, por lo demás, debe haber ingresado de modo lícito al dominio del sujeto activo, caso contrario, si se determina que el agente lo sustrajo y después se niega a entregarlo a sus padres, se configurará la conducta de sustracción de menor [Roy Freire, Luis: *Derecho penal peruano – Parte especial*, Tomo II, Instituto de Estudios Penales, Lima 1975, p. 239. Salinas Siccha, Ramiro: *Derecho penal – Parte especial*, Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 407]. Por ello, no es posible concebir la sustracción y el rehusamiento como sinónimos, más allá de su idéntico tratamiento punitivo y homogeneidad de interés o bien jurídico tutelado.

17. Mientras que en el segundo párrafo, se tipifican las mismas conductas, pero realizadas por el padre o la madre, aun cuando no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.

Antecedentes

18. Es importante destacar el contexto temporal, y la realidad problemática que llevó al legislador nacional a emitir la Ley N.º 28760, que incorporó un segundo párrafo, al artículo 147, del Código Penal. Se refleja de la exposición de motivos, lo siguiente:

18.1. Uno de los desafíos actuales del derecho que se relaciona con la problemática de los menores es el secuestro por parte de uno de sus

progenitores, cuando uno de ellos sustrae a un menor del cuidado del otro padre en forma arbitraria.

18.2. Es frecuente ver situaciones de este tipo cuando ocurren separaciones de hecho de las parejas, sin que estas acudan a las autoridades a que les definan el divorcio o su separación como pareja extramatrimonial. Ocurre con frecuencia que uno de los padres queda a cargo de sus hijos y luego el otro, se los quita, más que todo, por un sentimiento de venganza hacia su exmarido o exmujer o porque quiere llamar la atención o porque no acepta los términos de la separación.

18.3. No solamente en Perú, sino que en muchas partes del mundo, no está penado el secuestro de niños por parte de uno de sus padres cuando la custodia no ha sido definida judicialmente. En el ámbito internacional, se encuentran regulados solamente los aspectos civiles, por la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 y por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores del 15 de julio de 1989, asimismo en la Reunión de Expertos sobre Sustracción Internacional de Menores, llevada a cabo del 12 y 13 de agosto de 2002 en la ciudad de Montevideo.

18.4. La sustracción de un menor por uno de sus progenitores constituye un acto grave de violencia familiar. La violencia en la familia no es igual a la que se presenta en la calle ni entre personas desconocidas. Ocurre en donde debería ser el lugar más seguro: nuestra propia casa. Esta violencia se ha convertido en un problema social.

19. Claramente, el legislador peruano partiendo del dato empírico, ha evaluado los casos en los cuales, sin que haya intervenido la autoridad judicial para definir jurídicamente la separación de los padres o para determinar la tenencia del hijo, ocurre que uno de ellos se queda o se lleva de hecho al hijo o hijos. Siendo esos los supuestos que motivaron la configuración de la conducta típica del delito de sustracción y rehusamiento a entrega de menor.

Bien jurídico tutelado

20. El bien jurídico protegido con la regulación típica de estos delitos (sustracción y rehusamiento), es en principio aquella “esfera de custodia y/o de guarda, que ejercen todos aquellos que legalmente se les reconoce la patria potestad sobre un menor”⁹; pero sobre todo, será “el interés del menor en permanecer en su entorno familiar y educativo”¹⁰.

21. En este punto, se hace importante precisar los conceptos de tenencia y patria potestad. Conforme a los artículos 418 y 419 del Código Civil, por la

⁹ Álvarez Valdés, I.G., citado por Peña Cabrera Freyre, Alonso, en “Derecho penal. Parte especial. Tomo V”. Lima: Editorial IDEMSA, pág. 471.

¹⁰ Recurso de Nulidad N.º 2351-2017/Lima, emitida por la Sala Penal Permanente, el 12 de febrero de 2018.

patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, la cual se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

22. Los artículos 75 y 77 del Código de Niños y Adolescentes –en adelante CNA– establecen los supuestos de suspensión y extinción, respectivamente, de la patria potestad. A ello, el artículo 76 del citado Código prescribe que en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.

23. Así pues, el Tercer Pleno Casatorio Civil (a mérito de la Casación N.º 4664-2010/Puno), en sus fundamentos 22 y 31, ha señalado lo siguiente:

22. Al respecto cabe acotar que en este fundamento, los magistrados supremos han consignado que se afecta el ejercicio de la patria potestad, lo cual solo sería correcto en aquellos casos en los que se acredite fehacientemente que uno de los progenitores perjudicó gravemente los intereses de sus hijos, pues en caso contrario de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño, no habría motivo para afectar las facultades inherentes a la patria potestad, en tanto, en el divorcio se evalúa si fue o no un cónyuge que actuó conforme a sus deberes matrimoniales, lo cual no implica, necesariamente, que haya sido un mal progenitor, por lo que mal haríamos en suponer que todos los o las cónyuges no idóneos, son también malos padres o madres. [...].

31. Al respecto debemos acotar que en este fundamento, los magistrados supremos nuevamente se equivocan, y realizando una interpretación literal de la norma, en lugar de realizar una interpretación sistemática, señalan que el juez deberá favorecer la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio, situación que no solo inducirá en error a los jueces, sino sobre todo a los abogados litigantes, atentando contra la noción de coparentabilidad que el día de hoy se trabaja mucho en la especialidad.

24. Y, respecto a **la tenencia**, el artículo 81 del CNA prescribe que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. Y, de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

25. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.º 3767-2015/Cuzco, del 8 de agosto de 2016, ha establecido en sus fundamentos séptimo y octavo, lo siguiente:

Séptimo. En cuanto a la tenencia del menor, como expresión de la patria potestad, por la modificatoria introducida por la Ley N.º 29269, del dieciséis de octubre de dos mil ocho, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes dispone que cuando

los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos, y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente, siendo que de no existir acuerdo, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Octavo. A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual “ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola [...]. Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable” [VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 375]. En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés.

26. Así, en primer lugar, la patria potestad es un deber-derecho de todo padre de cuidar de sus hijos y los bienes de estos, y dicha institución no se pierde así se hayan separado de hecho o roto el vínculo matrimonial de los padres, debiendo primar la noción de coparentabilidad. Y, en segundo lugar, existen dos tipos de tenencia, de un lado la tenencia fáctica o de hecho, generada a mérito del acuerdo de los padres que se separaron de hecho, y de otro lado, la tenencia de derecho, generada a consecuencia de un mandato judicial, al no haber existido acuerdo o que este fue perjudicial para los hijos. En ambos tipos de tenencia cabe la posibilidad de ejercer una tenencia compartida. Pero en el caso que nos ocupa, estamos ante una tenencia de hecho que la ejercía la madre de la niña.

27. Los delitos de sustracción y rehusamiento a entrega de menor, al estar ubicados en el Capítulo III – Atentados contra la patria potestad, del Título III - Delitos contra la familia, tienen como objeto de tutela la patria potestad (figura que la Convención de los Derechos del Niño ha denominado Responsabilidad Parental), pues con las acciones de sustraer a un menor o rehusarse a su entrega indudablemente generan una afectación al derecho a la patria potestad del padre que la tiene consigo (ya sea por una tenencia de hecho o de derecho). Sin embargo, atendiendo al contexto fáctico y problemático de este fenómeno (ver fundamento 18 de la presente sentencia), se advierte que la tipificación de dichos tipos penales también pretende salvaguardar el derecho del niño a no ser movilizad del lugar donde se encuentra su entorno familiar y educativo, acción que es interpretada como un tipo de violencia contra el menor.

 **Componentes de la conducta típica**

28. Como componentes de las conductas típicas previstas en el segundo párrafo, del artículo 147, del Código Penal, se requieren: i) un vínculo

parental entre el sujeto pasivo y el sujeto activo; ii) la sustracción del menor o rehusamiento de su entrega; y, c) quien reclame el derecho tenga la patria potestad del menor o responsabilidad parental.

29. De la redacción típica del citado tipo penal, resulta claro que no prevé como elemento típico que exista como presupuesto alguna resolución judicial que extinga o suspenda la patria potestad. Lo que, además, es coherente con la exposición de motivos de la Ley N.º 28760, es decir, que el supuesto típico de comisión de este delito es para los casos en que ocurran separaciones de hecho –sin que estas hayan aún acudido a las autoridades jurisdiccionales– y uno de los padres ejerza la tenencia de hecho ya sea por acuerdo entre los padres o implícitamente, y en ese contexto, uno de los padres o ascendientes sustrae al menor o se rehúsa a entregarlo.

30. La Sala Superior razonó su decisión absolutoria básicamente en que, el supuesto del segundo párrafo, del artículo 147, del Código Penal se dará cuando pese a no haberse suspendido la patria potestad, el acusado se encuentra involucrado en las causales de suspensión previstas en el artículo 75 CNA (lo cual es incoherente con tal descripción que prevé casos en que se requiere decisión judicial).

31. Tal razonamiento deviene en erróneo en atención a los siguientes fundamentos:

31.1. En virtud al principio de legalidad previsto en el artículo II, del Título Preliminar, del Código Penal, es claro que el requerimiento de “encontrarse involucrado en las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el artículo 75 del CNA”, no forma parte de la descripción típica de los delitos de sustracción y rehusamiento a entrega de menor.

31.2. De otro lado, el artículo 75 del CNA, prescribe como causales de suspensión de la patria potestad, las siguientes:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil.
- h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos, o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y

183-B del Código Penal, o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley N.º 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

i) Por declaración de desprotección familiar provisional de un niño o adolescente.

31.3. Ahora bien, es pertinente al caso citar los siguientes artículos del CNA:

Artículo 78. Restitución de la Patria Potestad

Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.

El juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

Artículo 79. Petición de suspensión o pérdida de la Patria Potestad

Los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés pueden pedir la suspensión o la pérdida de la Patria Potestad.

Artículo 80. Facultad del juez

El juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público.

El juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado.

Cuando el niño o el adolescente tienen bienes propios, el juez procederá según las normas contenidas en el Código Civil.

Artículo 160. Procesos

Corresponde al juez especializado el conocimiento de los procesos siguientes:

a) Suspensión, pérdida o restitución de la Patria Potestad;

[...]

31.4. De una lectura sistemática de los citados artículos del Código de Niños y Adolescentes, se advierte que la suspensión de la patria potestad debe ser declarada judicialmente, por un juez especializado. Por este motivo, tampoco tendría sentido asumir la interpretación del Colegiado Superior en virtud a que para situarnos en casos de suspensión de la patria potestad no basta con presumir que se dan en el caso concreto, sino que debe mediar resolución judicial que así lo declare. Es patente que el tipo penal tampoco exige tal resolución judicial que suspende la patria potestad.

32. A manera de conclusión, resulta claro que el contexto en que se desarrollará la conducta del sujeto activo en el delito objeto de análisis no será una en la que se haya privado a uno de los padres de la patria potestad, pues el mismo tipo penal refiere “aun cuando aquellos no hayan sido excluidos legalmente de la patria potestad”, sino que el supuesto típico opera cuando los padres se han separado de hecho y en tal sentido se generó una tenencia de hecho.

III.3. Análisis del caso en concreto

De la correcta subsunción de los hechos

33. De la descripción fáctica de la imputación fiscal, el delito en que se subsumen los hechos en concreto sería el de rehusamiento a entrega de menor y no el de sustracción de menor. Conforme se desarrolló en el fundamento 16 de la presente sentencia, la diferencia entre ambos delitos radica en que en el rehusamiento, inicialmente hubo un consentimiento del otro padre para permitir que el sujeto activo se lleve al menor, pero que ante el requerimiento de entrega, se rehúsa.

34. Este supuesto típico es el que ha sucedido en el presente caso, conforme ha quedado acreditado en las instancias de mérito y que no ha sido controvertido por las partes procesales, dado que el motivo por el cual se elevó el expediente a la Corte Suprema únicamente fue para fijar el alcance interpretativo del segundo párrafo, del artículo 147, del Código Penal, en cuanto a si la exigencia de una resolución judicial que excluya de la patria potestad es o no un elemento típico.

35. La conducta imputada no podría subsumirse en el delito de sustracción de menor, en función a que para que ello suceda, la niña debió salir de la esfera de la tenencia de la madre y entrar a la esfera del sujeto activo de forma ilícita, lo que en el caso no ocurrió, pues la misma agraviada brindó su consentimiento para que la menor hija vaya con el encausado Valladares Blas.

36. Dicha recalificación jurídica del delito, de ningún modo, podría afectar el derecho de defensa del encausado Valladares Blas, pues, conforme al Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116 es posible desvincularse de la inicial calificación jurídica, al haberse mantenido invariable los hechos. Además, el encausado incorporó en su tesis de defensa indirectamente la nueva calificación. En otras palabras, se le imputó al procesado no solo haber logrado que la agraviada brinde su consentimiento para que el sujeto activo se lleve a la niña, sino que sobre todo, luego de haber sido requerido para la entrega de la menor, se rehusó a hacerlo. Sobre la base del mismo marco fáctico se tipificará correctamente los hechos en el delito de rehusamiento a entrega de menor.

No se advierte la supuesta inconcurrencia de algún elemento típico

37. La causal alegada por el casacionista es la estatuida en el numeral 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, precisándose que la sentencia incurrió en una errónea interpretación del precepto material del artículo 147 del Código Penal. Para el cumplimiento de esta causal se requiere demostrar que la Sala Superior ha dado una equivocada interpretación al precepto penal material.

38. Conforme a la fundamentación desplegada en la presente sentencia, ha quedado claro que el tipo penal de rehusamiento a entrega de menor, no requiere para su configuración de resolución judicial que excluya de la patria potestad al sujeto activo, ni mucho menos que este se “encuentre involucrado en las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el artículo 75 del CNA”, como erradamente asumió la Sala Superior

39. En ese orden de ideas, podemos concluir válidamente que la sentencia de vista impugnada interpretó erróneamente el precepto material del artículo 147 del Código Penal, pues sin que el texto expreso de la ley lo disponga, asumió que existía un elemento típico adicional. Lo cual además contraviene el objeto de protección del bien jurídico tutelado con el delito en mención.

40. Entonces, se concluye que la Sala Superior realizó un incorrecto razonamiento respecto a la premisa mayor del tipo penal del artículo 147, segundo párrafo, del Código Penal, lo que genera como consecuencia jurídica inmediata, casar la sentencia de vista y en consecuencia declarar la nulidad de la misma, debiendo un nuevo Colegiado Superior expedir nueva sentencia de vista en la que se tomen en cuenta los fundamentos de la presente sentencia de casación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

- I. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del 26 de diciembre de 2018, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash, que revocó la sentencia de primera instancia, del 8 de mayo de 2018, que condenó a Armando Gudión Valladares Blas como autor del delito de sustracción de menor, en agravio de Lesly Vanessa Fernández Camones, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el mismo término; y, reformándola, lo absolvieron de la acusación fiscal. En consecuencia, **CASARON** la citada sentencia de vista y con reenvío, la declararon **NULA** en todos sus extremos, por lo que deberá llevarse una nueva audiencia de apelación, teniendo en consideración los criterios establecidos en la presente sentencia casatoria.
- II. **DISPONER** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas a esta sede suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

III. MANDAR que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema y se haga saber.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

IEPH/rsrr