PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.° 2351-2017/LIMA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

El delito de rehusamiento de entrega de menor Sumilla. 1. Para afirmar la existencia de un delito permanente se requiere: *(i)* que exista una permanencia del resultado típico a lo largo del tiempo por voluntad del autor, esto es, que se prolonga la situación antijurídica (desvalor de la acción); y, *(ii)* que se mantiene la ofensa al bien jurídico protegido que se prolonga en el tiempo. **2.** En el delito de rehusamiento de entrega de menor el injusto típico central está vinculado al impedimento de ejercicio de la patria potestad que le corresponde al progenitor a cargo de la custodia y protección del menor que se concreta a través de la negativa del autor de entregar al menor –no se trata de una mera desobediencia genérica–. **3.** Cuando el agente se opone al requerimiento y hasta que tal oposición se supere con la entrega del menor permanece la situación jurídica que creó.

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO Y PRINCIPE TRUJILLO

Lima, doce de febrero de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la parte civil, JOSÉ IGNACIO UDAQUIOLA OLACIREGUI, contra el auto de vista de fojas ciento sesenta y nueve, de cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos cincuenta y uno, de cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por delito de sustracción de menor en agravio de L.M.U.B. y M.B.U.B.; con lo demás que al respecto contiene.
Intervino como ponente del voto el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. *De la pretensión impugnativa de la parte civil*

PRIMERO. Que la defensa de la parte civil en su recurso formalizado de fojas ciento setenta y cuatro, de veinticinco de abril de dos mil dieciséis, instó la reforma del auto de prescripción. Alegó que la modalidad típica, objeto del proceso penal, es la de rehusamiento de entrega de menor, que constituye un delito permanente, a diferencia del supuesto alternativo de sustracción de menor; que la encausada Burgos Barraza, primero, sustrajo a sus dos menores hijos el día treinta y uno de diciembre de dos mil once; y, segundo, se rehusó a entregárselos, incumpliendo órdenes judiciales (son cursaron tres mandatos y el último es de fecha seis de marzo de dos mil doce), ocultándolos permanentemente; que el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima por resolución número veinte, de dieciocho de julio de dos mil doce, ordenó a la Policía Judicial la ubicación y traslado de la encausada para efectivizar la entrega de los menores agraviados, lo que recién se cumplió el día treinta de enero de dos mil catorce; que con fecha dos de septiembre de dos mil catorce se declaró reo contumaz a la citada imputada, pese a lo cual trece meses después de cesar la permanencia se declaró la prescripción de la acción penal.

§ 2. *De los hechos objeto del proceso penal*

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas ochenta y siete, de veinticinco de agosto de dos mil catorce, la encausada Patricia Mercedes Burgos Barraza separó abruptamente a las menores de L.M.U.B. y M.B.U.B. de su lugar habitual de vida, alejándolas en forma permanente de la custodia y vigilancia de su padre José Ignacio Antonio Udaquiola Olaciregui. La citada imputada, pese a haber sido conminada a cumplir el Acuerdo de cumplimiento materia del Acta de fecha dieciocho de octubre de dos mil once, que a su vez concretó el Acta de Conciliación de quince de abril de ese año, respecto al régimen de visitas y salidas de aquélla con sus dos menores hijas –que vivían en el hogar paterno–, y, por tanto, a restituir a las agraviadas al poder de su padre, no lo hizo, de suerte que impidió todo contacto de aquéllas con este último. La acusada Burgos Barraza se llevó a sus hijas el día treinta de diciembre de dos mil once y no los retornó al hogar paterno como correspondía. En tal virtud, se cursaron cinco órdenes judiciales. Las dos primeras, de seis de enero y de veinticuatro de dicho mes de dos mil doce, para que cumpla el Acuerdo Judicial, y las tres restantes, de seis de marzo, dieciséis de abril y dieciocho de julio de dos mil doce, dirigidas a la Policía Judicial, para su ubicación y conducción al Juzgado de Familia para concretar la entrega de las agraviadas.

Finalmente, la entrega de las agraviadas se concretó el treinta de enero de dos mil catorce, según acta judicial de fojas setenta y ocho, luego de que la imputada fue capturada por la Policía Judicial.

§ 3. *Del itinerario del procedimiento*

TERCERO. Que abierto el proceso penal y formulada acusacion el Juzgado Penal por auto de fojas noventa y nueve, de cuatro de marzo de dos mil quince, de oficio, declaró prescrita la acción penal porque estimó que ya había transcurrido más de tres años desde la comisión del delito. Apelada esa resolución, el Tribunal Superior la confirmó. Dos Jueces Superiores estimaron que los hechos se consumaron el treinta de diciembre de dos mil once, fecha en que la imputada se llevó a sus hijas, y no se declaró la contumacia de aquélla. La tercera Jueza Superior de la Sala consideró que la conducta renuente se concretó el seis de marzo de dos mil doce, al hacerse efectivo los apercibimientos decretados; y, el delito de rehusamiento de entrega es instantáneo.

CUARTO. Que el recurso de queja excepcional contra la denegatoria del recurso de nulidad que promovió la parte civil fue amparado por este Tribunal Supremo. En la Ejecutoria de fojas ciento ochenta y cuatro, de veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, se entendió que se produjo una afectación al debido proceso porque no se tuvo en cuenta que el delito del artículo 147 del Código Penal regula dos supuestos alternativos: sustraer y rehusar la entrega de menores, y en el caso concreto no solo se imputa a la encausada Burgos Barraza la sustraccion de los menores, sino el rehusamiento a su entrega al padre.

§ 4. *De la absolución del grado*

QUINTO. Que el delito de sustracción de menor, previsto y sancionado en el artículo 147 del Código Penal, incorpora dos supuestos de hecho alternativos: el acto de sustracción de un menor de edad, y el acto de rehusamiento a entregarlo. 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 ponerlo a disposición de quien ejerce la patria potestad y, como tal, reclama 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.

SEXTO. Que, en el presente caso, la encausada Burgos Barraza entró en poder de los dos menores agraviados en cumplimiento de un régimen de salida y de visitas con fecha treinta de diciembre de dos mil once, y ante el reclamo del padre, quien tenía su custodia, se negó a entregarlos, por lo que se insistió en sede judicial para conseguirlo, en mérito a lo cual se cursaron los mandatos de entrega de seis y veinticuatro de enero de dos mil doce que no fueron cumplidos, recuperación que recién se concretó, previa conducción compulsiva de la acusada, el día treinta de enero de dos mil catorce, según acta judicial de fojas setenta y ocho. Siendo así, el supuesto típico es el de rehusar la entrega de un menor. No se trata de una sustracción de menor.

SÉPTIMO. Que, desde la regulación típica, el interés jurídico de protección penal en este delito es el interés del menor en permanecer en su entorno familiar y educativo; y, en los casos de rehusamiento, el delito se erige en un supuesto específico y reforzado de desobediencia vinculado a la custodia de menores, distinto de la desobediencia genérica (Conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español número 870/2015, de diecinueve de enero de dos mil dieciséis, FJ 1°, 2.1).
La forma comisiva de rehusamiento de entrega de menor, según se señaló en el fundamento jurídico quinto, se consuma cuando existiendo la obligación de restitución del menor por parte de uno de los progenitores –la madre en este caso a favor del padre las niñas–, ésta se opone a la entrega sin ninguna causa de justificación.

OCTAVO. Que desde el interés jurídico de protección y las notas características de la forma de comisión de rehusamiento de entrega de menor es posible discernir si este delito es instantáneo de resultado o permanente. Desde ya cabe afirmar que en el delito permanente, "*el mantenimiento de la situación antijurídica creada por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente*" [JESCHECK-WEINGEND: *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 281]; esto es, el agente no sólo crea la situación ilícito sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue realizando la acción [HURTADO POZO-PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, IDEMSA, Lima, 2011, p. 409].
Es claro, según se desprende de lo expuesto, que en el delito examinado el injusto típico central está vinculado al impedimento de ejercicio de la patria potestad que le corresponde al progenitor a cargo de la custodia y protección del menor que se concreta a través de la negativa del autor de entregar al menor –no se trata de una mera desobediencia genérica–. El agente se opone a la entrega

del menor –rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad– pese al requerimiento, pedido u orden que se le formula; y, cuando realiza esa conducta, a pesar que existe una obligación legal que tutela el derecho al ejercicio de la patria potestad de uno de los padres, se está ante un injusto penal de naturaleza permanente. Luego, cuando el agente se opone al requerimiento y hasta que tal oposición se supere con la entrega del menor permanece la situación jurídica que creó.

Dos elementos son centrales para afirmar la existencia de un delito de permanente: (*i*) que exista una permanencia del resultado típico a lo largo del tiempo por voluntad del autor, esto es, que se prolonga la situación antijurídica (desvalor de la acción); y, (*ii*) que se mantiene la ofensa al bien jurídico protegido que se prolonga en el tiempo [LLORA GARCÍA, PAZ: *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 27]. Estos dos elementos, como se ha destacado, se cumplen en el delito de rehusamiento de entrega de menor.

Es de insistir que el tipo legal estatuye. "*El que, mediando relación parental,* [...] *rehusa entregarlo [a un menor de edad] a quien ejerce la patria potestad*...". En consecuencia, mientras la entrega del menor no se produzca pese al requerimiento correspondiente, en razón a la situación antijurídica generada por el sujeto activo, que permanece vigente por su propia voluntad y mantiene la ofensa al bien o interés jurídico tutelado, no puede estimarse que la consumación cesó.

NOVENO. Que, tratándose de delitos permanentes, el artículo 82, numeral 4, del Código Penal dispone que el plazo de prescripción comienza, "...*a partir del día en que cesó la permanencia*". En el sub-judice la permanencia cesó el día en que se logró la entrega de los menores; esto es, el treinta de enero de dos mil catorce.

De conformidad con el artículo 80, primer párrafo, del Código Penal, en concordancia con el artículo 83 del mismo Código, y en función a la pena máxima privativa de libertad prevista en el tipo legal, la acción penal extraordinaria prescribe a los tres años. Si se descuenta el tiempo de duración del recurso de queja excepcional: desde la interposición del recurso de queja excepcional hasta la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad, tal como estableció el Acuerdo Plenario número 6-2007/CJ-116) –del veinte de junio de dos mil dieciséis al dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete [fojas ciento ochenta y tres y ciento noventa]–, en el presente caso la acción aún no ha prescrito.

No aparece de autos que se dictó auto de contumacia contra la encausada Burgos Barraza, por lo que no es posible estimar la suspensión del plazo de prescripción desde la fecha de esa declaración hasta la cesación de la misma.

Cabe apuntar que la situación de contumacia tiene un requisito formal constitutivo: el auto judicial correspondiente.
El recurso acusatorio de la parte civil debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en lo pertinente con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; NUESTRO VOTO: es porque **I.** Se declare **HABER NULIDAD** en el auto de vista de fojas ciento sesenta y nueve, de cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos cincuenta y uno, de cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por delito de sustracción de menor en agravio de L.M.U.B. y M.B.U.B.; con lo demás que al respecto contiene; reformándolo: se declare **INFUNDADA** dicha excepción y continúe la causa según su estado. **II.** Se **REMITA** la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. **III.** Se **HAGA SABER** a las partes procesales personadas en est sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/ast

SE PUBLICO CONFORME A LEY

D a. PILAR SALAS CAMPOS
Se taria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

2 6 FEB 2018

Naturaleza jurídica del delito de rehusamiento a la entrega del menor de edad

Sumilla. En el delito de rehusamiento a la entrega del menor, regulado en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, no se sanciona la mera omisión del agente en torno al cumplimiento de su deber especial de entregar al menor oportunamente y de conformidad con lo previa y jurídicamente establecido a quien tiene legítimamente la patria potestad. Del tipo penal se tiene que lo que se sanciona es el rechazo o negativa del agente a cumplir con dicho deber especial, para lo cual se presupone la existencia de un reclamo o requerimiento por parte de quien ejerce legítimamente la patria potestad. La consumación se ocasiona en el momento en que se produce la expresión de voluntad manifiesta o tácita de rechazo o negatividad del agente al pedido del tutor del menor de edad consistente en la entrega. Y es, por ende, instantánea: la consumación no es prorrogable por el agente, por lo que no se trata de un delito permanente. Puede aparecer bajo la forma de un delito continuado cuando se verifica la existencia de constantes reclamos o requerimientos para la entrega del menor de edad y de las respectivas negativas hacia estos por parte del agente en el contexto de una misma resolución criminal. Corresponde acotar que, en puridad, tampoco se prevé como punible la conducta del agente que, luego de expresada su voluntad manifiesta o tácita de no entregar al menor ante el respectivo reclamo, a pesar de estar obligado jurídicamente a hacerlo, procede a mantener oculto al menor edad durante cierto lapso respecto a quien detenta la patria potestad. Si bien es cierto que con tal conducta de algún modo se afecta el bien jurídico tutelado, también es verdad que la protección de bienes jurídicos que ofrece el derecho penal está en función de determinadas formas de ataque a estos, las cuales se encuentran delimitadas por los diseños de las conductas delictivas. En tal sentido, los actos de ocultamiento del menor de edad que siguen a la expresión de rechazo o negación a su entrega son atípicos y, asimismo, en todo caso, formarían parte de la fase de agotamiento del delito, lo cual no cambia la naturaleza jurídica instantánea de la modalidad delictiva *sub examine*. Se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes.

Lima, doce de febrero de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por la defensa técnica del agraviado José Ignacio Udaquiola Olaciregui contra la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, del cuatro de abril de dos mil dieciséis –fojas ciento sesenta y nueve a ciento setenta y uno vuelta del cuaderno de apelación (en adelante: la resolución de Sala Superior)–, mediante la cual, por unanimidad, se confirmó la resolución emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Penal el cuatro de marzo del dos mil quince –fojas trescientos cincuenta y uno a trescientos

cincuenta y dos del expediente principal (en adelante: la resolución de Juzgado)–, en la cual se resolvió, entre otros, declarar de oficio la prescripción de la acción penal formulada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza (en adelante, la procesada o encausada) por el delito contra la familia-atentado con la patria potestad-sustracción de menor, en perjuicio de José Ignacio Udaquiola Olaciregui (en adelante: el agraviado) y las menores de iniciales L. M. U. B. y M. B. U. B. (en adelante: las menores agraviadas).

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa técnica del agraviado sostiene lo siguiente: i) en la modalidad delictiva de "rehusamiento a la entrega de menor" debe comprenderse el ocultamiento de las menores agraviadas; ii) de conformidad con el Acuerdo Plenario número dos-mil novecientos noventa y ocho se tiene que un delito será permanente si, producida su consumación –la sustracción de menores–, esta se mantiene en el tiempo durante un periodo cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente; iii) se está procesando el ocultamiento de dos menores; tal delito dejó de consumarse con la captura de la encausada a consecuencia de lo dispuesto por el Décimo Sexto Juzgado de Familia, el cual, finalmente, dispuso el retorno de las menores agraviadas al cuidado de su patrocinado; las menores se mantuvieron ocultadas a su padre, lo cual da lugar a la comisión de un delito permanente: iv) la jurisprudencia considera el secuestro como delito permanente, la única diferencia con el delito materia de procesamiento es el vínculo parental; v) el numeral cuatro del artículo ochenta y dos del Código Penal establece taxativamente que la prescripción en el delito permanente se computa a partir del día en

que se cesa la permanencia; en consecuencia, efectuados los cálculos respectivos, la acción penal en el presente caso no se encuentra prescrita.

Se precisa que esta Sala Suprema conoce del presente recurso de nulidad porque se declaró fundado el recurso de queja excepcional interpuesto por la defensa técnica del agraviado luego de que la Sala Superior declarase improcedente el recurso de nulidad. En la Ejecutoria Suprema que se pronunció respecto al mencionado recurso de queja excepcional –fojas ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y siete del cuaderno de recurso de queja excepcional– se señaló que, al haberse declarado fundada de oficio la prescripción de la acción penal, no se realizó un estudio detallado de la conducta imputada a efectos de determinar el plazo de inicio de la prescripción de la acción penal, lo cual implicaba tener en cuenta que el delito previsto en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal regula no solo la sustracción de un menor de edad, sino también el rehusar a entregarlo a quien ejerce la patria potestad sobre el menor. Se observó que en el caso concreto no solo se imputa a la procesada el sustraer a sus menores hijas de la casa del agraviado Udaquiola Olaciregui, sino también el rehusar a entregárselas; razón por la cual se advirtió que se había vulnerado el debido proceso y, consecuentemente, se consideró necesario viabilizar el recurso de nulidad para analizar el fondo de la causa.

SEGUNDO. OPINIÓN FISCAL

Mediante el Dictamen Fiscal número cero cero dos-dos mil dieciocho-MP-FN-1°FSP –fojas diez a trece del cuaderno de recurso de nulidad–, el representante de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal **OPINÓ** que se declare **HABER NULIDAD** en la resolución de Sala que confirmó la

resolución de Juzgado que resolvió declarar de oficio la prescripción de la acción penal formulada contra la encausada por el delito contra la familia-atentado con la patria potestad-sustracción de menor, en perjuicio del agraviado y las menores agraviadas; REFORMÁNDOLA, que se declare INFUNDADA la excepción de prescripción y, consecuentemente, que se disponga la continuación del proceso según su estado.

Entre los fundamentos expresados en el mencionado dictamen fiscal supremo es de señalar que se realizan ciertas puntualizaciones respecto al hecho incriminado y, asimismo, se precisa que de la descripción típica del artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal se desprende que sus verbos rectores indican el respectivo momento consumativo. En el supuesto de sustraer a un menor de edad la consumación es instantánea, y en el caso de rehusar a entregarlo a quien ejercerse su patria potestad se configura un delito permanente cuya consumación cesa cuando cesa la permanencia. La Sala Superior solo ha tenido en cuenta el primer supuesto (sustracción); sin embargo, la conducta de la encausada configura los dos supuestos (sustraer y rehusar entregar al menor de edad a quien ejerce su patria potestad). En tal sentido, el plazo de prescripción de la acción penal debe iniciarse el treinta de enero de dos mil catorce, día en que el Décimo Sexto Juzgado de Familia retornó a las menores a su padre. Así, y atendiendo al periodo de suspensión de prescripción que se generó por el trámite del recurso de queja excepcional –en aplicación del principio jurisprudencial establecido en el Acuerdo Plenario número seis-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil siete–, efectuado el respectivo cálculo del plazo de prescripción de

la acción penal, el Fiscal Supremo en lo Penal sostuvo que la acción penal en el presente caso aún no ha prescrito.

TERCERO. HECHOS MATERIA DE INCRIMINACIÓN Y DELITO POR EL CUAL SE ACUSÓ A LA PROCESADA

Se imputa a la encausada haber sustraído a las menores agraviadas el treinta de diciembre de dos mil once, en circunstancias en que, en cumplimiento del acta de conciliación de abril de dos mil once –de acuerdo con el cual ella, dicho día, podía sacar a sus hijas del hogar paterno y pernoctar con ellas con tal de que las retorne a dicho hogar el día siguiente–, recogió a sus dos hijas (las menores agraviadas) del hogar paterno; y, asimismo, no haberlas retornado al referido hogar conforme correspondía según la mencionada acta de conciliación, a pesar de haber sido conminada por el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima para que –en cumplimiento del acta en referencia– reestablezca la custodia de las menores agraviadas a José Ignacio Udaquiola Olaciregui[1].

El representante del Ministerio Público subsumió los hechos en el delito contra la familia-atentado contra la patria potestad-sustracción y rehusamiento a la entrega de menor de edad, regulado en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, el cual establece lo siguiente: "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 pena privativa de libertad solicitada para la encausada fue de dos años; asimismo, el representante del Ministerio Público requirió el pago

[1] Cfr.: acusación fiscal –fojas trescientos dos a trescientos cuatro del expediente principal–, resolución de Juzgado y el dictamen fiscal supremo ya citado en la presente Ejecutoria.

de quinientos soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LAS RESOLUCIONES DE JUZGADO Y SALA

En la resolución de Juzgado se decidió declarar de oficio la prescripción de la acción penal en atención a que el hecho se produjo el treinta de diciembre de dos mil once y considerando que ya habían transcurrido más de tres años (plazo de la prescripción extraordinaria).

Seguidamente, apelada que fuera la resolución de Juzgado por el agraviado y el representante del Ministerio Público, en la resolución de Sala se indicó que el delito de sustracción de menor es instantáneo. Los hechos investigados se suscitaron el treinta de diciembre de dos mil once (fecha en que la procesada se llevó a sus menores hijas) y, asimismo, estando a que la procesada no ha sido declarada rea contumaz según la documentación acopiada, se concluyó que la acción penal se encuentra prescrita.

SEGUNDO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

De los agravios planteados en el recurso de nulidad y en atención a lo expresado en la Ejecutoria Suprema que declaró fundado el recurso de queja excepcional interpuesto por la defensa técnica del agraviado, se tiene que el problema jurídico central en torno al cual esta Sala Suprema debe pronunciarse estriba en determinar la naturaleza jurídica del delito regulado en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, específicamente en lo concerniente a la modalidad delictiva de rehusamiento, mediando relación parental, a la entrega del menor de edad a quien detenta la patria potestad, la

cual se imputa a la encausada; ello a efectos de clarificar desde qué momento debe contabilizarse el plazo de prescripción de la acción penal. En tal sentido, corresponde establecer, fundamentalmente, si se trata de un delito de comisión instantánea o permanente.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Respecto al delito instantáneo y al delito permanente, el Código Penal no ofrece una noción normativa como sí lo hace, por ejemplo, al hacer referencia al delito continuado, en torno al cual delimita sus alcances en su artículo cuarenta y nueve. El delito instantáneo y el permanente solo son mencionados en el artículo ochenta y dos del Código Penal para indicar que en el primero el plazo de prescripción de la acción penal comienza a partir del día en que se consumó; y en el segundo, desde el día en que se verifica que la permanencia cesó. Como se puede advertir, normativamente no se ha previsto criterio suficiente alguno que permita identificar un delito continuado y uno permanente; por lo que corresponde atender –en lo posible, necesario y pertinente– al desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la materia.

3.2. En la doctrina penal española, **Santiago Mir Puig** refiere que existen tres criterios generales de clasificación de los tipos penales, esto es, de los enunciados que describen las conductas delictivas en la parte especial del Código Penal: i) según las modalidades de la acción, ii) según los sujetos y iii) según la relación con el bien jurídico. Precisa que, según las modalidades de la acción, un primer subcriterio de clasificación es por las modalidades de la parte objetiva, de acuerdo con el cual los delitos pueden ser de

mera actividad y de resultado[2], y estos, a su vez, pueden ser instantáneos, permanentes y de estado, para cuya diferenciación debe atenderse a si la actividad o el resultado determinan la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Un ejemplo de delito instantáneo sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor; dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el delito de estado, aunque también se crea un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde su aparición, porque el tipo penal solo describe la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento[3].

3.3. Para el jurista italiano **Giuseppe Maggiore**, el delito es instantáneo cuando la acción se extingue en un solo momento, es decir, cuando coincide con la consumación. Al cerrarse el proceso ejecutivo, el agente no tiene ya ningún poder ni para prolongarlo ni para hacerlo cesar. Y seguirá siendo instantáneo aunque sus efectos dañosos y peligrosos permanezcan después de su consumación. En cambio, se llama permanente el delito cuyo proceso ejecutivo, y por lo tanto su estado antijurídico perdura en el tiempo. No es que se prolongue, como erróneamente se dice,

[2] Para el citado autor la diferencia entre los delitos de mera actividad y de resultado radica en que en los primeros no es necesaria la causación de un resultado separable espacial-temporalmente de la conducta, mientras que en los segundos sí se presenta dicha exigencia.

[3] Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, décima edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2016, pp. 230-239.

más allá de su consumación, sino que continúa consumándose indefinidamente mientras dure el estado de ilicitud. En poder del agente está el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras esta perdure el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo. Para que un delito sea permanente, en el plano subjetivo se requiere que la prolongación de la acción sea voluntaria, pues de otro no podría responder el agente por la perduración ulterior de una acción criminal. Considera el jurista italiano que la voluntad del culpable es concurrente, pero no decisiva para constituir la relación de permanencia. Precisa que la ley no se preocupa tanto de la inmanencia de la voluntad del culpable, como de la permanencia de la consumación del delito que depende de su voluntad[4].

3.4. Como se puede advertir, lo especialmente relevante para determinar si un delito es de naturaleza jurídica instantánea o permanente es atender al modo en que se produce la consumación delictiva según los elementos que conforman el tipo penal, para lo cual conviene identificar, por el delito que se trate, al núcleo de la conducta típica (aquello que esencialmente sanciona el tipo penal de aplicación al caso concreto). Si su morfología normativa admite que, una vez realizados los elementos del tipo objetivo en su totalidad, el proceso ejecutivo del delito (consumación) se extienda o prolongue en el tiempo por obra o actuar del agente, el delito será uno de carácter permanente. En dicho supuesto, el tipo penal da lugar a que la consumación delictiva referida a un mismo hecho y la consecuente situación de

[4] Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal. El delito*, volumen I, quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1955, pp. 295-296.

antijuridicidad o ilicitud que se presenta con ella se realice durante cierto lapso, para lo cual el sujeto activo deviene en una suerte de amo y señor de la prolongación de la consumación. De él depende, en principio, el tiempo que durará la consumación o el proceso ejecutivo del delito[5]. Tal poder se desprende del diseño del tipo penal aplicable al hecho, en sustancia: del núcleo de la conducta típica.

3.5. Contrariamente, si del diseño del tipo penal se advierte que su consumación no resulta prolongable en el tiempo por el agente o, lo que es lo mismo, que no admite que la consumación del hecho punible se extienda por un lapso, la naturaleza jurídica del delito será de carácter instantáneo. En este supuesto el delito seguirá siendo instantáneo aun cuando el tipo penal describa o dé lugar a la generación de un estado antijurídico duradero y alguna conducta del agente influya o repercuta en la situación de ilicitud o estado antijurídico de cosas que se produce como consecuencia o efecto de la comisión o consumación del delito. En tanto que tal conducta del agente –que puede darse, verbigracia, disminuyendo el perjuicio ocasionado como consecuencia y en virtud de la realización del delito– no se produce en paralelo a la consumación del hecho punible, sino más bien, y en puridad, en un momento posterior a ella –esto es, mínimamente cuando el delito se encuentra en fase de agotamiento, momento posterior a la consumación en el *iter criminis*–, dicha intervención del autor del

[5] Esta consideración no implica que la consumación de un delito permanente siempre cesará por decisión del agente: la intervención de terceros –verbigracia, efectivos policiales en la realización de un operativo– también puede determinar el fin de la referida consumación. De ahí que se sostenga que la nota propia y central del delito permanente sea que el diseño del tipo penal debe posibilitar o dar lugar a que el agente prolongue la consumación del delito.

hecho sobre la situación de ilicitud o en el estado antijurídico de cosas que se produce como consecuencia o efecto de la comisión o consumación del delito no determina el carácter permanente del delito. En dicho escenario, si bien el delito seguirá siendo instantáneo, se tratara de uno de efectos permanentes o de estado.

3.6. En síntesis, para determinar si un delito es instantáneo o permanente, el examen, para tal efecto, debe centrarse en la aplicación de un criterio normativo-objetivo, lo cual implica analizar si la conducta típica hace referencia, exige, describe o admite que la consumación delictiva –y, consecuentemente, la situación de ilicitud o el estado antijurídico que, paralelamente, ella genera– sea extendida, mantenida o sostenida en el tiempo o durante cierto lapso por el agente. Si eso es así y, en tal sentido, se verifica que la consumación del hecho punible trasciende al instante, el delito será de naturaleza jurídica permanente. En cambio, el delito será de naturaleza jurídica instantánea si la conducta sancionada penalmente no hace dicha referencia, exigencia, descripción o admisión en lo concerniente a su consumación y únicamente esta precisa, para tal efecto, de la realización de la totalidad de los elementos del tipo en un solo momento determinado improrrogable en el tiempo. No obstante, debe señalarse que puede haber varios delitos instantáneos con sus respectivas consumaciones como parte de una misma resolución criminal (delito continuado). Con posterioridad a la consumación instantánea del delito, intervenciones del sujeto activo respecto a la situación de ilicitud o al estado de cosas antijurídico que subsiste o queda como secuela o efecto de la

consumación o realización del hecho punible no afectan la naturaleza jurídica instantánea del delito.

3.7. Los lineamientos referidos precedentemente coinciden en lo sustancial con la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a la distinción entre delitos permanentes e instantáneos, conforme se precisa, entre otros pronunciamientos, en los que se detalla a continuación:

3.7.1. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número tres mil ciento setenta y dos-dos mil nueve-Junín, del cuatro de octubre de dos mil diez, se señaló que "el delito de rehusamiento a entregar bienes a la autoridad es un delito instantáneo aunque de efectos permanentes, es decir, un delito de estado, no es un delito permanente: el agente se niega a entregar una cosa bajo su custodia cuando es requerido formalmente para hacerlo; el injusto se perfecciona con la negativa, no con la subsistencia de la tenencia de la cosa objeto de requerimiento. La ley no incide en la creación de un estado antijurídico y en su subsistencia por voluntad del sujeto activo" (fundamento jurídico cuarto).

3.7.2. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número dos mil trescientos cuatro-dos mil catorce-Lima, del diecisiete de marzo de dos mil quince, se indicó que "el tipo legal de nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso [...]. No es relevante, a estos efectos de la consumación, la fecha de terminación del nombramiento ilegal, pues no se trata de un delito

permanente. El tipo legal destaca el hecho del nombramiento como verbo rector, que a su vez consolida el daño al bien jurídico tutelado por la ley" (fundamento jurídico sexto).

3.7.3. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número ciento treinta y uno-dos mil catorce-Lima, del tres de marzo de dos mil quince, se expresó que "el delito de defraudación tributaria, primero, es un delito de estado, esto es, instantáneo de efectos permanentes y, por ende, su consumación se entiende perpetrada en el momento en que, en el plazo legalmente previsto, no se entrega a la autoridad tributaria el monto de las retenciones correspondientes" (fundamento jurídico segundo).

3.7.4. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número dos mil noventa y siete-dos mil catorce-Junín, del tres de diciembre de dos mil catorce, se señaló que "el delito de contrabando no es un delito permanente sino de estado, es decir, instantáneo con efectos permanentes. En tal virtud, debe entenderse que el injusto se agota en el momento en que se logra sustraer o burlar el control aduanero ingresando mercaderías del extranjero [...], y no cuando la mercancía ingresada en forma indebida [...] es hallada por las autoridades nacionales" (fundamento jurídico octavo).

3.7.5. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número tres mil cuatrocientos catorce-dos mil quince, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, se determinó, por mayoría, lo siguiente:

> Este Supremo Tribunal, en el R. N. N.° 2555-2012, de fecha veintidós de octubre de dos mil doce, estableció que el delito de difamación agravada se configura o consuma cuando en el instante en que el agente realizó la conducta descrita en el artículo 132 del acotado Código, siendo dicho

> estadio del *iter criminis* independiente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos; esta circunstancia ha permitido que reiterada jurisprudencia peruana se haya referido a esta figura delictiva como delito instantáneo de efectos permanentes; sin embargo, la circunstancia de considerar al delito de difamación como un delito instantáneo de efecto prolongado no conduce a determinar su calidad de permanente [...]. Cabe precisar que la Ejecutoria Suprema en referencia aclara el momento de consumación del delito de difamación agravada, independientemente del medio utilizado [fundamento jurídico cuatro punto dos][6].

3.7.6. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número dos mil ciento treinta y siete-dos mil doce, del veintidós de mayo de dos mil trece, se indicó que en el delito de secuestro "la conducta delictiva continúa mientras dura la privación de libertad puesto que se trata de un delito permanente" (fundamento jurídico tres punto tres).

3.7.7. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número dos mil trescientos ochenta y nueve-dos mil catorce, del veintiuno de abril de dos mil quince, se señaló que "la naturaleza del delito de asociación ilícita para delinquir es uno de carácter permanente, esto es, que se prolonga en el tiempo mientras dure dicha asociación".

3.7.8. En el Acuerdo Plenario número nueve-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, del trece de noviembre de dos mil nueve, referido al delito de desaparición forzada, se estableció como doctrina legal, entre otros, los siguientes criterios:

> El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente [...]. Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La

[6] En este caso, el Juez Supremo Salas Arenas emitió un voto singular. Consideró que en el caso examinado el delito de difamación agravada cometido –que se trataba de uno consumado a través de medios electrónicos empleando un diario *online*– tenía el carácter de delito permanente (cfr. fundamentos cuatro punto uno y cuatro punto dos del mencionado voto singular contenido en la referida Ejecutoria Suprema).

> consumación del delito [...] no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo [cita omitida] [...]. En el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente –dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente–; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –esta 'aparece'–, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos [fundamento jurídico catorce]

3.7.9. En el Acuerdo Plenario número siete-dos mil once/CJ-ciento dieciséis, del seis de diciembre de dos mil nueve, referido al delito de lavado de activos, se estableció como doctrina legal, entre otros, los siguientes criterios:

> El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas, que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente.
>
> En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente.

3.8. En el delito contra la familia en la modalidad de atentado contra la patria potestad, regulado en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, se sanciona con una pena privativa de libertad no mayor de dos años a quien "mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad".

3.9. El bien jurídico protegido en los atentados contra la patria potestad es "la libertad del menor del menor en un sentido amplio, especialmente su libertad ambulatoria [...]. Es preciso reconocer que se afecta [también] a otros bienes jurídicos, incluidos los referentes a la patria potestad"[7]. Específicamente, en lo referido al delito mencionado en el considerando precedente se plantea que el objeto de protección "es la seguridad del menor como presupuesto de la libertad en general y de la libertad ambulatoria, en particular"[8].

3.10. En lo que respecta a la modalidad delictiva de rehusamiento, mediando relación parental, a la entrega de un menor a quien detenta su patria potestad, objeto de pronunciamiento en el presente caso, debe señalarse, en primer lugar, que, si bien la ley no precisa que el menor haya entrado de hecho o por derecho en poder del agente, es de considerar que el menor debe haber ingresado en la esfera de control del agente por una causa lícita[9]. De ahí que se trate de un especial que solo puede ser cometido por un pariente del menor de edad. El sujeto activo debe tener bajo su esfera de control al menor de edad de forma lícita. Devendrá en tal el progenitor que, en cumplimiento de un régimen de visitas, retira al menor de edad de la esfera de control del progenitor que detenta la patria potestad del menor, no lo retorna a dicho progenitor cuando es debido y se niega a entregarlo ante el respectivo reclamo.

---

[7] RAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto, y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *M nual de derecho penal. Parte especial*, sexta edición. Lima: Editorial San Marcos, 2013, p. 174.
[8] *Ibíd*., p. 175.
[9] ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Derecho penal peruano. Parte especial*, tomo II. Lima: Instituto de Ciencias Penales, 1975, p. 239.

3.11. En efecto, para la configuración de esta modalidad delictiva también se requiere la existencia de un reclamo previo por parte de quien ejerce la patria potestad[10]. No se sanciona la mera omisión del agente en torno al cumplimiento de su deber especial de entregar al menor oportunamente y de conformidad con lo previa y jurídicamente establecido a quien tiene legítimamente la patria potestad. Del tipo penal se tiene que lo que se sanciona es el rechazo o negativa del agente a cumplir con dicho deber especial, para lo cual se presupone la existencia de un reclamo o requerimiento por parte de quien ejerce legítimamente la patria potestad. La consumación se ocasiona en el momento en que se produce la expresión de voluntad manifiesta o tácita de rechazo o negatividad del agente al pedido del tutor del menor de edad consistente en la entrega. Y es, por ende, instantánea: la consumación no es prorrogable por el agente, por lo que no se trata de un delito permanente. Puede aparecer bajo la forma de un delito continuado cuando se verifica la existencia de constantes reclamos o requerimientos para la entrega del menor de edad y de las respectivas negativas hacia estos por parte del agente en el contexto de una misma resolución criminal. Corresponde acotar que, en puridad, tampoco se prevé como punible la conducta del agente que, luego de expresada su voluntad manifiesta o tácita de no entregar al menor ante el respectivo reclamo, a pesar de estar obligado jurídicamente a hacerlo, procede a mantener oculto al menor edad durante cierto lapso respecto a quien detenta la patria potestad. Si bien es cierto que con tal conducta de algún modo se afecta el bien jurídico tutelado, también es verdad que la protección de bienes jurídicos que ofrece el derecho penal está en función de determinadas formas de ataque a

[10] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*, quinta edición. Lima: Editorial Grijley, 2013, p. 436.

ellos[11], las cuales se encuentran delimitadas por los diseños de las conductas delictivas. En tal sentido, los actos de ocultamiento del menor de edad que siguen a la expresión de rechazo o negación a su entrega son atípicos y, asimismo, en todo caso, formarían parte de la fase de agotamiento del delito, lo cual no cambia la naturaleza jurídica instantánea de la modalidad delictiva *sub examine*[12]. Se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes.

3.12. Sobre la prescripción de la acción penal, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recaída en el Expediente número cero cero novecientos veintinueve-dos mil doce-PHC/TC, del cinco de septiembre de dos mil trece, señaló lo siguiente:

> Es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius puniendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una norma fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. [...] La prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada al contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

3.13. En lo referente a la prescripción de la acción penal en el delito de rehusamiento a la entrega de menor de edad, debe señalarse que,

[11] Cfr. ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid, 1997. p. 65.
[12] Conforme: BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto, y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 175-176.

atendiendo a que se trata de un delito sancionado con privación de libertad, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo ochenta del Código Penal, el plazo ordinario de prescripción es de dos años (máximo de la pena conminada). Como en todo ilícito penal, la prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de autoridades judiciales, por lo cual queda sin efecto el tiempo transcurrido hasta dicho momento y corresponde el cómputo de un nuevo plazo de prescripción (artículo ochenta y tres del Código Penal). No obstante, el mismo cuerpo normativo prevé un plazo extraordinario o definitivo de prescripción, el cual –en aplicación del último párrafo del referido artículo ochenta y tres– en el mencionado delito corresponde a tres años (máximo de la pena conminada aumentado en una mitad). Cabe añadir que–conforme se ha justificado en los considerandos precedentes–, al tratarse de un delito instantáneo, el plazo de prescripción de la acción penal comienza a partir del día en que se consumó (artículo ochenta y dos del Código Penal).

3.14. Otro aspecto de la prescripción de la acción penal en el que se puede incidir es el referido a la suspensión de esta. Se encuentra regulada en el artículo ochenta y cuatro del Código Penal. Se enuncia lo siguiente: "Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". Como se puede advertir, dicho texto normativo disgregable en dos hipótesis: i) suspensión de la prescripción antes de que comience el proceso penal y ii) suspensión de la prescripción una vez que ya se ha iniciado el proceso penal. En ambos supuestos, lo que determina el "congelamiento" de la

prescripción es la necesidad de que un determinado asunto sea resuelto en otro procedimiento.

3.15. Con base en los lineamientos establecidos precedentemente, en el presente caso se tiene que, conforme al hecho materia de incriminación y de la evidencia que resulta de determinados actuados, en principio, se configura un delito continuado de rehusamiento a la entrega del menor. Luego de que la encausada, de forma regular y en cumplimiento de la respectiva acta de conciliación –fojas nueve a diez del expediente principal–, recogió a las menores agraviadas del hogar paterno el día viernes treinta de diciembre de dos mil once, a pesar de tener la obligación jurídica de retornarlas al hogar del padre –quien detentaba la patria potestad de las menores– el día siguiente, incumplió con dicho deber. Seguidamente, mediante Resolución número seis del seis de enero de dos mil doce –foja once del expediente principal–, el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima otorgó a la encausada el plazo de tres días para que cumpla estrictamente con los acuerdos a los que se arribó en el acta de conciliación –en la cual se estableció, entre otros acuerdos respecto al régimen de visitas, que la encausada recogería los días viernes a las cinco de la tarde a las menores agraviadas del hogar paterno y que debía retornarlas a dicho hogar los sábados a las cinco de la tarde con una hora de tolerancia–. Lo señalado fue dispuesto por el Juzgado a la encausada bajo apercibimiento de ser denunciada por delito de desobediencia a la autoridad. Luego, el veinticuatro de enero de dos mil doce, el mismo órgano jurisdiccional, mediante Resolución número siete –foja doce–, dispuso requerir por última vez a la encausada el cumplimiento del acta de conciliación, bajo el mismo apercibimiento anterior. Finalmente, el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima,

luego de verificar la debida notificación de la mencionada Resolución número siete a la encausada tanto en su domicilio real como procesal con fecha primero de febrero de dos mil doce, y al advertir que no había cumplido con los mandatos pese a los reiterados apercibimientos, dispuso, mediante Resolución número once del seis de marzo de dos mil doce –foja trece–, entre otros, remitir copias de los actuados al Ministerio Público a fin de que se pronuncie de acuerdo con sus atribuciones.

3.16. Como se puede advertir, la encausada no cumplió con retornar a sus dos menores hijas oportunamente al hogar paterno o al progenitor de estas –quien detentaba la patria potestad de las menores agraviadas–, pese a una pluralidad de requerimientos judiciales que le fueron notificados para tal efecto. En tal sentido, siendo que el último requerimiento –y, asimismo, la expresión tácita de negación o rechazo a entregar a las menores– data de febrero de dos mil doce, se tiene que en dicho momento la actividad delictuosa terminó. Ciertamente, se produjo una situación de ilicitud durante el tiempo en el cual las menores agraviadas no estuvieron con su padre (quien detentaba legalmente la patria potestad de ellas) a consecuencia de que la encausada las habría ocultado y mantenido con ella. No obstante, en puridad, no alcanza a tal estado antijurídico la tipicidad de la conducta delictiva imputada; la consumación ya se había producido antes. Con la aparición de la madre y sus dos menores hijas no termina la consumación del evento delictivo, sino que se interrumpe la fase de agotamiento. En consecuencia, se tiene que en la fecha en que se emitió la resolución de Juzgado (cuatro de marzo de dos mil quince) la acción penal ya se encontraba prescrita o, lo que es lo mismo, en dicho momento el Estado ya había perdido vigencia y legitimidad

para el ejercicio de su potestad punitiva. De ahí que corresponda confirmar la resolución de Sala materia de impugnación.

DECISIÓN

Por tales fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, nuestro voto es el siguiente:

I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, del cuatro de abril de dos mil dieciséis, mediante la cual se confirmó la resolución emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Penal el cuatro de marzo de dos mil quince, en la cual se resolvió, entre otros, declarar de oficio la prescripción de la acción penal formulada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por el delito contra la familia-atentado con la patria potestad-sustracción de menor, en perjuicio de José Ignacio Udaquiola Olaciregui y las menores de iniciales L. M. U. B. y M. B. U. B., con lo demás que contiene.

II. **MANDARON** que se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

IASV/JIQA

SE PUBLICO CONFORME LEY

Dra. ILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

26 FEB 2018

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.° 2351-2017

Lima, veintiséis de febrero de dos mil diecisiete

AUTOS y VISTOS. CONSIDERANDO: Primero. Que, de conformidad con el artículo ciento cuarenta y uno de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las Salas de la Corte Suprema cuatro votos conformes hacen resolución; que en el mismo sentido establece el numeral doscientos noventa y seis del Código de Procedimientos Penales; que, en el presente caso, se ha producido discordia porque dos señores Jueces Supremos han votado porque se declare haber nulidad en el auto de vista de cuatro de abril de dos mil dieciséis que declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada por delito de sustracción de menor en agravio de L. M. U. B. y M. B. U.B., y reformándola se declare infundada dicha excepción; mientras que tres señores Jueces Supremos han votado porque se declare no haber nulidad. **Segundo.** Que el artículo ciento cuarenta y cuatro de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial estatuye que si se produce discordia, debe publicarse y notificarse el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad; que, como ha quedado expuesto, en el caso de autos el punto que motiva la discordia está en relación con el juicio de legalidad del plazo de prescripción de la acción penal. **Tercero.** Que, por consiguiente, debe llamarse al Juez Supremo dirimente expedito conforme a ley. Por estos fundamentos, y estando a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y cinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **I. Declárese** que se ha producido discordia respecto del extremo indicado el fundamento segundo de esta resolución. **II. Llámese** para dirimirla al señor Juez upremo doctor Luis Alberto Cevallos Vegas. **III. Señálese** audiencia de discordia e día dieciséis de marzo de dos mil dieciocho, a las once y treinta horas. **IV. Pub ´quese y notifíquese** esta resolución y los votos en discordia de fecha doce de febrero e dos mil dieciocho.

Sr.

SAN MARTÍN CASTRO

PILAR ROXANA ALAS CAMPOS
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

26 FEB 2018

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS ES COMO SIGUE:

Lima, dieciséis de marzo de dos mil dieciocho.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la PARTE CIVIL, JOSÉ IGNACIO UDAQUIOLA OLACIREGUI contra la Resolución número doscientos veintinueve, de cuatro del abril de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Proceso con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual confirmó la resolución, del cuatro de marzo de dos mil quince, emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal, que declaró de oficio la prescripción de la acción penal formulada por Patricia Mercedes Burgos Barraza, por el delito contra la familia-atentado contra la patria potestad, en la modalidad de sustracción de menor, en agravio de José Ignacio Udaquiola Olaciregui y de las menores de iniciales L. M. U. B., y M. B. U. B.

CONSIDERANDO

§. IMPUTACIÓN FISCAL.-

PRIMERO: De la acusación fiscal, de fojas ochenta y siete, reiterada en el dictamen fiscal supremo, se tiene que la encausada Patricia Mercedes Brugos Barraza separó abruptamente a las menores de iniciales L. M. U. B., y M. B. U. B., de su lugar habitual de vida, alejándolas en forma permanente de la custodia y vigilancia de su padre, José Ignacio Udaquiola Olaciregui. La referida acusada, p é haber sido conminada a cumplir el acuerdo de cumplimiento materia del acta, de dieciocho de octubre de dos mil once, que a su vez se concretó el acta de conciliación, del quince de abril de dos mil once, respecto al régimen de visitas y salidas de aquélla con sus dos menores hijas, que vivían en el hogar paterno, y por tanto, a restituir a las agraviadas al poder de su padre, no lo hizo, de suerte que impidió todo contacto de las menores con el agraviado. La acusada Patricia Mercedes Brugos Barraza se llevó a sus hijas el día treinta de diciembre de dos mil once y no los retornó al hogar paterno como correspondía. En tal virtud, se cursaron cinco órdenes judiciales. Finalmente, la

entrega de las agraviadas se concretó el treinta de enero de dos mil catorce, luego de que fuera capturada por la Policía Judicial.

§. MOTIVO DE LA DISCORDIA.-

SEGUNDO: En el presente caso, se señaló la vista de la causa para el doce de febrero de dos mil dieciocho, que generó las siguientes discordias:

a) Por un lado, los señores Jueces Supremos San Martín Castro y Príncipe Trujillo emitieron su voto de la siguiente manera: **HABER NULIDAD**, en el auto de vista, de cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia, de cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Brugos Barraza, por el delito de sustracción de menor, en agravio de las menores iniciales L. M. U. B., y M. B. U. B., con lo demás que contiene; reformándolo, se declare **INFUNDADA** dicha excepción y continúe la causa según su estado. Fundamentaron su decisión en lo siguiente: **i]** que, el delito de sustracción de menor, previsto en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, incorpora dos supuestos de hecho alternativos: el acto de sustracción de un menor de edad, y el acto de rehusamiento a entregarlo, por lo que no es posible concebir la sustracción y el rehusamiento como sinónimos, más allá de sus idéntico tratamiento punitivo y homogeneidad de interés o bien jurídico tutelado; **ii]** que, en el caso en concreto la acusada Patricia Mercedes Brugos Barraza, entró en poder de las dos menores agraviadas en cumplimiento de un régimen de salida y visitas; así, ante el reclamo del padre, quien tenía su custodia, se negó a entregarlos, por lo que insistió en sede judicial para conseguirlo, y la recuperación de las menores se concretó, previa conducción compulsiva de la acusada, configurándose así el supuesto típico de rehusar la entrega de menor; **iii]** que, desde el interés jurídico de protección y las notas características de la forma de comisión de rehusamiento de entrega de menor, es posible discernir si el delito es instantáneo de resultado o permanente. Así, en el delito examinado el in sto típico central está vinculado al impedimento de ejercicio de la

patria potestad que le corresponde al progenitor a cargo de la custodia y protección del menor que se concreta a través de la negativa del autor de entregar al menor, no se trata de una mera desobediencia genérica. El agente se opone a la entrega del menor -rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad- pese al requerimiento, pedido u orden que se le formula; y, cuando realiza esa conducta a pesar de que existe una obligación legal que tutela el derecho al ejercicio de la patria potestad de uno de los padres, se está ante un injusto de naturaleza permanente. Así, en consecuencia, mientras la entrega del menor no se produzca pese al requerimiento correspondiente, en razón de la situación antijurídica generada por el sujeto activo, que permanece vigente por su propia voluntad y mantiene la ofensa al bien o interés jurídico tutelado, no puede estimarse que la consumación cesó; **iv]** que, en cuanto al plazo de prescripción, comienza a partir del día en que cesó la permanencia; en el caso en concreto, cuando se efectuó la entrega de las menores al progenitor, por lo que el presente caso no ha prescrito.

b) De otro lado, los Jueces Supremos Prado Saldarriaga, Neyra Flores y Sequeiros Vargas emitieron su voto porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto de vista, de cuatro de abril de dos mil dieciséis, que nfirmando el auto de primera instancia, del cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Brugos Barraza, por el delito de sustracción de menor, en agravio de las menores iniciales L. M. U. B., y M. B. U. B., con lo demás que contiene. Sostuvieron que: **i]** que, el bien jurídico protegido en los atentados contra la patria potestad es la libertad del menor en un sentido amplio, especialmente su libertad ambulatoria, así como otros bienes jurídicos incluidos los referentes a la patria potestad; **ii]** que, con respecto a la modalidad delictiva de rehusamiento, mediando relación parental, objeto de pronunciamiento, se trata de un delito especial que solo puede ser cometido por un pariente del menor de edad. El sujeto activo debe tener bajo su esfera de control al menor de edad de forma

lícita; para su configuración también se requiere la existencia de un reclamo previo por parte de quien ejerce la patria potestad; **iii]** que, la consumación se ocasiona en el momento en que se produce la expresión de voluntad manifiesta o tácita de rechazo o negativa del agente al pedido del tutor del menor de edad consistente en la entrega y es por ende instantánea, la consumación no es prorrogable por el agente, por lo que no se trata de un delito permanente; **iv]** que, los actos de ocultamiento del menor de edad que siguen a la expresión de rechazo o negación a su entrega son atípicos o en todo caso formarían parte de la fase de agotamiento del delito, lo cual no cambia la naturaleza jurídica instantánea de la modalidad delictiva *sub examine*. Se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes; **v]** que, en cuanto a la prescripción del delito, consideran que el delito se consumó en la fecha que se hizo el último requerimiento a la acusada a fin de que haga la entrega de las menores. Esto es, con la aparición de la madre y las dos menores de edad, no termina la consumación del evento delictivo sino que se interrumpe la fase de agotamiento; así, la acción penal ya se encontraba prescrita.

§. FUNDAMENTOS DEL VOTO DIRIMENTE.-

TERCERO : La disyuntiva a dilucidar que se presenta en el caso es acordar si nos encontramos ante un delito permanente o ante un delito de instantáneo con efectos permanentes, para determinar si la acción penal sigue vigente o ha prescrito[1]. La consumación del delito es el presupuesto jurídico más importante del ilícito penal posesionado a nivel típico, constituyendo a su vez la fase última y final del *iter criminis* o proceso material-subjetivo de surgimiento y consolidación del hecho penalmente relevante que lesiona o pone en peligro el

[1] El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que la prescripción desde un punto de vista general es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos, o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, quedando apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, es una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine* en el que la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y re socializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de comprender que pasado cierto tiempo se elimina toda incertidumbre jurídica y se abandona el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando así el principio de seguridad jurídica.

bien jurídico[2]. Como lo afirma Antollisei[3], implica el cierre del ciclo del delito. Así configura un presupuesto esencial en la teoría del delito que marca los límites máximos de la injerencia punitiva.

CUARTO: El delito de sustracción u omisión de entrega de menor, prevista en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, contempla un conglomerado de bienes jurídicos partiendo del efectivo ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, así como la libertad en sentido más amplio -no confinada a la ambulatoria[4]- y la seguridad del impúber. En consecuencia, se puede afirmar que el delito bajo análisis es "pluriofensivo", pero en definitiva la mayor intensidad antijurídica recae sobre los deberes de custodia inherentes a la patria de potestad.

QUINTO: El delito instantáneo es aquel cuya consumación se identifica con la terminación del mismo; no es posible una progresión consumadora. El delito se agota automáticamente con la consumación, resultando imposible que se continúe la violación de la norma[5]. La doctrina mayoritaria afirma que en los delitos instantáneos con efectos permanentes el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo; mas no así al mantenimiento de la situación antijurídica.

SEXTO: A diferencia de los delitos instantáneos, los delitos permanentes se caracterizan por tener un momento de consumación que se prolonga en el tiempo con la consiguiente persistencia del comportamiento típico y la infracción de la norma penal. Así, el mantenimiento de la situación ilícita depende de la voluntad del autor, de modo que realiza el tipo no solo el haber provocado la situación, sino dejar que esta continúe. De tal modo que en el caso en concreto la acusada ha prolongado la situación antijurídica, oponiéndose a los cinco requerimiento que le efectúo el Décimo Sexto Juzgado

[2] Rojas Vargas, Fidel S. El Delito - Preparación, Tentativa y Consumación. Editorial EDEMSA. Primera Edición 2009. Pág 494.

[3] Francisco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General.

[4] García del Río, Flavio. Manual de Derecho Penal –Parte General & Parte Especial. Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Primera Edición Setiembre 2002. Pág. 193.

[5] Rojas Vargas Fidel, op cit. p. 505.

de Familia, manteniendo de esta manera la ofensa al bien jurídico protegido -que se prolongó hasta por dos años- la cual recién fue superada con la entrega de las menores al padre, previa conducción compulsiva de la acusada el treinta de enero de dos mil catorce. Debe precisarse además que en los delitos permanente, determinados bienes jurídicos poseen cierta elasticidad o flexibilidad de tal manera que permitan su afección duradera con posibilidad (aunque esto no necesariamente ocurra) de retornar a su estado anterior una vez eliminada la situación antijurídica; situación que se presenta en el caso en concreto; pues al término de la conducta prohibida se restituyó el bien jurídico protegido, ya que no ha sido destruido como fuera en el caso de la vida en un delito de homicidio.

SÉPTIMO: En consecuencia nos encontramos ante un delito permanente, que cesó el día que se logró la entrega de las menores, esto es treinta de enero de dos mil catorce; por lo que la acción penal aún sigue vigente –ello tomando en consideración los alcances del Acuerdo Plenario número seis guion dos mil siete barra diagonal CJ, del dieciséis de noviembre de dos mil siete-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad en lo pertinente con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **ME ADHIERO AL VOTO** de los señores Jueces Supremos San Martín Castro y Príncipe Trujillo; y, en consecuencia, **HABER NULIDAD** en el auto de vista del cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia, del cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Brugo Bar za por el delito de sustracción de menor, en agravio de las menor iniciales L. M. U. B., y M. B. U. B., con lo demás que contiene; reformándolo, se declar **INFUNDADA** dicha excepción y continúe la causa según su estado; y lo devolvió.

S. S.

CEVALLOS VEGAS

CV/mrvc.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

ABR 2018

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.° 2351-2017

Lima, cuatro de abril de dos mil dieciocho

AUTOS y VISTOS. CONSIDERANDO: **Primero.** Que, de conformidad con el artículo ciento cuarenta y uno de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las Salas de la Corte Suprema cuatro votos conformes hacen resolución; que en el mismo sentido establece el numeral doscientos noventa y seis del Código de Procedimientos Penales. En el presente caso, continúa la discordia, pues tres señores Jueces Supremos han votado por que se declare haber nulidad en el auto de vista del cuatro de abril de dos mil dieciséis, que declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada por el delito de sustracción de menor en agravio de L. M. U. B. y M. B. U.B., y reformándola se declare infundada dicha excepción; mientras que tres señores Jueces Supremos han votado por que se declare no haber nulidad. **Segundo.** Que el artículo ciento cuarenta y cuatro de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial estatuye que si se produce discordia, debe publicarse y notificarse el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad; que, como ha quedado expuesto, en el caso de autos el punto que motiva la discordia está en relación con el juicio de legalidad del plazo de prescripción de la acción penal. **Tercero.** Que, por consiguiente, debe llamarse al Juez Supremo dirimente expedito conforme a ley. Por estos fundamentos, y estando a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y cinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **I. Declárese** que se ha producido discordia respecto del extremo indicado en el fundamento segundo de esta resolución. **II. Llámese** para dirimirla a la señora Jueza Suprema doctora Iris Estela Pacheco Huancas. **III. Señálese** audiencia de discordia el día diecinueve de abril de dos mil dieciocho, a las once horas. **IV. Publíquese y notifíquese** esta resolución y los votos en discordia de fecha doce de febrer de dos mil dieciocho.

Sr.

SAN MARTÍN CASTRO

PILAR CAMPOS
SECRE RMANENTE
CORTE SUPREMA

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA IRIS ESTELA PACHECO HUANCAS ES COMO SIGUE:

Lima, diecinueve de abril de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, José Ignacio Udaquiola Olaciregui, contra el auto del cuatro de abril de dos mil dieciséis, emitido por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, que confirmó la resolución del cuatro de marzo de dos mil quince, emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal, que declaró de oficio la prescripción de la acción penal deducida por Patricia Mercedes Burgos Barraza por el delito contra la familia -atentado contra la patria potestad, en la modalidad de sustracción de menor, en agravio de José Ignacio Udaquiola Olarciregui y de las menores de iniciales L. M. U. B. y M. B. U. B.

CONSIDERANDO

HECHOS IMPUTADOS

PRIMERO: Se imputa a Patricia Mercedes Burgos Barraza que el treinta de diciembre de dos mil once recogió del hogar paterno a sus menores hijas de iniciales L. M. U. B. y M. B. U. B., en cumplimiento del acta de conciliación del quince de abril de dos mil once, mediante el cual podía llevarse a sus hijas, pernoctar con ellas y retornarlas posteriormente al hogar paterno en el horario establecido; sin embargo, no cumplió con dicho acuerdo. En tal virtud, se cursaron cinco órdenes

judiciales. Finalmente, la entrega de la agraviada se concretó el treinta de enero de dos mil catorce luego que fuera capturada por la policía.

MOTIVO DE LA DISCORDIA

SEGUNDO: La primer posición asumida por los señores Jueces Supremos San Martín Castro y Príncipe Truijllo, con relación al objeto a resolver fue **HABER NULIDAD** en el auto de vista del cuatro abril de dos mil dieciséis que confirmó el auto de primera instancia que declaró extinguida la prescripción de la acción penal a favor de Patricia Mercedes Burgos Barraza; y, reformándola, que se declare infundada la excepción de prescripción. El fundamento principal del voto es que el delito de sustracción de menor en la modalidad de *rehusamiento* es de comisión permanente, pues se vulnera el bien jurídico hasta que se entregue al menor al hogar paterno.

TERCERO: Los señores Jueces Supremos Prado Saldarriaga, Neyra Flores y Sequeiros Vargas, emitieron su voto porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto de vista del cuatro de abril de dos mil dieciséis que confirmó el auto de primera instancia que declaró extinguida la prescripción de la acción penal a favor de Patricia Mercedes Burgos Barraza. El fundamento principal es que el delito de sustracción de menor en la modalidad de *rehusamiento* es de comisión instantánea con efectos permanentes.

FUNDAMENTO DEL VOTO DIRIMENTE

CUARTO: El objeto sometido a controversia es determinar si en el presente caso el delito de sustracción de menor de edad bajo la

modalidad de **rehusamiento** es *delito permanente* o *instantáneo con efectos permanentes*.

QUINTO: Con base en la consumación del delito, debe verificarse si se está ante un delito de comisión instantánea o instantánea con efectos permanentes. Un delito será **instantáneo** cuando se consume mediante la realización de una sola conducta y en forma momentánea, es decir, el delito se agota automáticamente con la consumación. Será instantáneo con efectos permanentes cuando el resultado dañoso o las consecuencias perduran en el tiempo. Y será **delito permanente cuando** la conducta que los consume crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo, mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado. El comportamiento típico del agente es persistente, así como la infracción a la norma.

SEXTO: El tipo penal prescribe: "*El que mediando relación parental[...]rehúsa a entregarlo a quien ejerce la patria potestad*". En el presente caso, el treinta de diciembre de dos mil once la acusada Patricia Mercedes Burgos llevó a sus hijas de iniciales L. M. U. B. y M. B. U. B. y no las retornó al hogar paterno, como correspondía, a pesar de las órdenes judiciales que la conminaban a cumplir con el acuerdo judicial.

SÉTIMO: El tipo penal de sustracción de menor en la modalidad de *rehusamiento*, prescrito en el artículo ciento cuarenta y siete del Código Penal, supone lo siguiente: ***a)*** que el menor se encuentre en compañía del agente de forma legal (consentida), pues si no tendría que darse la modalidad de "sustracción"; ***b)*** debe haberse producido un requerimiento por parte del padre que cuenta con la patria potestad

plena del menor, requerimiento que no es recepcionado positivamente de forma positiva por el agente, pues precisamente hace omisión de ello y no entrega al menor.

OCTAVO: El hecho histórico revela que se está ante una comisión de delito de sustracción de menor bajo la modalidad de rehusamiento. El delito es de naturaleza permanente[1], porque el estado antijurídico se mantiene desde que la acusada rehusó entregar a sus hijas, y como tal continúa infringiendo sus deberes de custodia, de quien ejerce legalmente la patria potestad, que es el padre, José Ignacio Antonio Olaciregui. Esta concepción también la acepta parte de la doctrina internacional, que señala que se debe considerar el carácter permanente del delito[...]debido a que los bienes jurídico tutelados la patria potestad- continúan siendo afectados en idéntica medida porque el menor es colocado en una situación de dependencia casi total de otra voluntad[2].

NOVENO: Por consiguiente, se trata de un delito permanente, que cesó el treinta de enero de dos mil catorce bajo la acción compulsiva estatal a argo del Décimo Sexto Juzgado Penal de Familia frente a la proc ada Patricia Mercedes Burgos Barraza, quien recién hizo entrega de las menores a su padre en las antes referidas fechas a partir del cual cesó la acción típica y antijurídica del bien jurídico del delito.

---

[1] Esta naturaleza también es aceptada en la doctrina española. Véase el *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. 3. era edición Madrid: La Ley, 2009. pág. 748.
[2] Acerca de la sustracción de menores. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, José Luis, GARCÍA MARTÍN, Luis. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, pp 64 y 372

Por estos fundamentos, de conformidad con la opinión del Fiscal Supremo en lo Penal, **ME ADHIERO AL VOTO** de los señores Jueces Supremos San Martín Castro y Príncipe Trujillo; en consecuencia, **DECLARO HABER NULIDAD** en el auto de vista del cuatro de abril de dos mil dieciséis que, confirmando el auto de primera instancia del cuatro de abril de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por el delito de sustracción de menor, en agravio de las menores de iniciales L. M. U. B. y M. B. U. B.; y **REFORMÁNDOLO**, que se declare **INFUNDADA** dicha excepción y se continúe la causa según su estado; y lo devolvió.

S. S.

PACHECO HUANCAS

RVZ

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

25 ABR 2018
4:30 pm

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.° 2351-2017

Lima, veinticinco de abril de dos mil dieciocho

AUTOS y VISTOS: Con la razón de Relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO: Primero.** Que los señores Jueces Supremos San Martin Castro, Príncipe Trujillo, Cevallos Vegas votaron por que se declare haber nulidad en el auto de vista del cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia del cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por delito de sustracción de menor en agravio de L.M.U.B. y M.B.U.B.; con lo demás que al respecto contiene; reformándolo: se declare Infundada dicha excepción y se continúe la causa según su estado. **Segundo**. Que llamado la señora Juez Pacheco Huancas para dirimir la discordia, se adhirió al voto de los mencionados Jueces Supremos; por tanto, a la fecha hay cuatro votos conformes para formar resolución, conforme a lo establecido por el artículo ciento cuarenta y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **Tercero**. Por lo tanto, la votación final es porque se declare haber nulidad en el auto de vista del cuatro de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia del cuatro de marzo de dos mil quince, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Patricia Mercedes Burgos Barraza por delito de sustracción de menor en agravio de L.M.U.B. y M.B.U.B.; con lo demás que al respecto contiene; reformándolo: se declare Infundada dicha excepción y se continúe la causa según su estado; **M DAR** que se transcriba la Ejecutoria al Tribunal de Origen; hágase saber y los devolviero

Sr.

SAN MARTÍN CASTRO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

25 ABR 2018
4:30 pm

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA