

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A
NIÑOS CON MENOS DE 14 AÑOS EN CONFLICTO CON
LA LEY PENAL, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA,
DURANTE EL PERIODO 2012-2016**



**PRESENTADA POR
CARY EVELYN ROCCA GUZMAN**

**ASESORA
DIANA GISELLA MILLA VASQUEZ**

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN

DERECHO CIVIL

LIMA – PERÚ

2022



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A NIÑOS CON MENOS DE 14
AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
LIMA, DURANTE EL PERIODO 2012-2016**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRA EN DERECHO CIVIL**

PRESENTADO POR:

CARY EVELYN ROCCA GUZMAN

ASESORA:

DRA. DIANA GISELLA MILLA VASQUEZ

LIMA, PERÚ

2022

ÍNDICE

Páginas

RESUMEN	vii
ABSTRACT	ix
DEDICATORIA.....	xi
INTRODUCCIÓN	xii

CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

1.1 Planteamiento del Problema.....	17
1.1.1. Descripción de la Realidad Problemática	17
1.1.2. Formulación del Problema	24
1.1.2.1. Problema General	24
1.1.2.1. Problemas Específicos	25
1.1.3. Objetivos de la Investigación	25
1.1.3.1. Objetivo General.....	25
1.1.3.2. Objetivos Específicos	25
1.1.4. Formulación de Hipótesis	26
1.1.4.1. Hipótesis General	26
1.1.4.2. Hipótesis Específicas	26
1.1.5. Variables	27
1.1.6. Justificación de la investigación	29
1.1.7. Delimitación de la Investigación	29

1.1.8. Viabilidad de la investigación	30
1.2. Marco Teórico	31
1.2.1. Antecedentes de la investigación	31
1.2.1.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema	
1.2.1.2. Investigaciones consultadas	32
1.2.1.3. Iniciativa legislativa	39
1.2.2. Bases Teóricas	44
1.2.2.1. Doctrina de la situación irregular	44
1.2.2.2. Doctrina de la protección integral	45
1.2.2.3. Responsabilidad penal de los niños y de los adolescentes	46
1.2.3. Definiciones de Términos básicos	52
1.2.3.1. Niño	52
1.2.3.2. En conflicto con la ley penal	53
1.2.3.3. Imputabilidad	54
1.2.3.4. Inimputabilidad	55
1.2.3.5. Interés superior del niño	56
1.2.3.6. Menor	57
1.2.3.7. Medidas de protección	59
1.2.3.8. Medidas socioeducativas	61

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Diseño de la Investigación	62
2.2. Diseño muestral	62

2.3. Variables y definición operacional.....	63
2.4. Técnicas para la recolección de datos	64
2.4.1. Descripción de los instrumentos	64
2.4.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	67
2.5. Técnicas estadísticas para la presentación de la información	67
2.6. Aspectos éticos	68

**CAPÍTULO III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN APLICABLES A NIÑOS
CON MENOS DE 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY**

3.1. Antecedentes	69
3.1.1. El Código Penal de 1863.....	69
3.1.2. El Código Penal de 1924.....	70
3.1.3. El Código de Menores de 1962 (Ley N° 13968)	72
3.1.4. El Código de los Niños y Adolescentes (D. Ley N° 26102).....	74
3.1.5. El Código de los Niños y Adolescentes (D. Ley N° 27337).....	83
3.2. Definición	85
3.3. Tipos	85
3.4. Procedimiento para su aplicación	87
3.4.1. Consideraciones preliminares	87
3.4.2. ¿Se requiere un proceso o procedimiento?	97
3.4.2.1. Vía administrativa tutelar	98
3.4.2.2. Vía judicial tutelar	107
3.4.2.3. Vía remisión fiscal.....	114

3.4.2.4. Vía judicial penal	124
-----------------------------------	-----

CAPÍTULO IV. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS (DECISIONES JUDICIALES): INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

4.1. Breve visión histórica de la interpretación jurídica	127
4.2. Interpretación judicial de las medidas de protección realizada por los Jueces de Familia de Lima. Análisis de las Guías de Análisis de Expedientes	134
4.2.1. Decisiones judiciales emitidas en expedientes iniciados en el año 2012	137
4.2.2. Decisiones judiciales emitidas en expedientes iniciados en el año 2013	142
4.2.3. Decisiones judiciales emitidas en expedientes iniciados en el año 2014	147
4.2.4. Decisiones judiciales emitidas en expedientes iniciados en el año 2015	154
4.2.5. Decisiones judiciales emitidas en expedientes iniciados en el año 2016	164
4.3. Posiciones adoptadas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República durante el periodo 2012-2016	167

4.3.1. Casaciones resueltas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República	167
4.3.2. Casaciones resueltas por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República	172
4.4. Interpretación jurídica de las medidas de protección a través de Plenos Jurisdiccionales	177
4.4.1. Plenos Distritales	181
4.4.2. Plenos Regionales	184
4.4.3. Plenos Nacionales	185
4.5. Predictibilidad de la interpretación jurídica de las medidas de protección por los Jueces de Familia de Lima.....	192

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DE ENCUESTAS REALIZADAS: RELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDAS A NIÑOS CON MENOS DE 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL Y PARA AQUELLOS EN ESTADO DE ABANDONO

5.1. Similitudes y diferencias.....	193
5.2. Análisis de resultados de instrumentos	202
5.2.1. Encuestas a operadores jurídicos nacionales	202
5.2.1.1. Operadores jurídicos del Distrito Judicial/ Fiscal de Lima.....	203
5.2.1.2. Operadores jurídicos de diversos Distritos Judiciales/Fiscales	206
5.3. Informes del Perú ante el Comité de los Derechos el Niño.....	209

5.4. Control difuso y control de convencionalidad	215
5.5. Propuesta.....	224

**CAPÍTULO VI. REGULACIÓN IBEROAMERICANA DE LAS MEDIDAS
DE PROTECCIÓN**

6.1. Argentina.....	236
6.2. Brasil.....	246
6.3. Chile.....	248
6.4. El Salvador.....	250
6.5. Ecuador.....	254
6.6. España.....	255
6.7. México	262
CONCLUSIONES.....	268
RECOMENDACIONES.....	273
PROYECTO DE LEY.....	274
BIBLIOGRAFÍA.....	291
ANEXOS	309

RESUMEN

La investigación analiza la interpretación que los Jueces Especializados de Familia de Lima otorgan a las medidas de protección aplicables a aquellos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal. Esto es, a aquellos que no pueden ser juzgados ni sancionados penalmente, en virtud del artículo 40° numeral 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a pesar de que su conducta merezca reproche penal.

Para ello, se analizan los pronunciamientos judiciales en 33 casos iniciados durante el periodo del año 2012 al año 2016. En la muestra, se observó que no existe unidad de criterios para resolverlos, ya que, existen posiciones antagónicas. Algunos jueces consideran que la aplicación de estas medidas de protección entraña el pronunciamiento previo respecto a su responsabilidad penal y la medida de protección ejemplifica una sanción, como si se tratara de un adolescente entre 14 a 17 años; y, por tanto, serían sujetos al sistema de responsabilidad penal adolescente. Mientras que, otros jueces consideran que estos casos deben atenderse de manera similar a los casos de abandono (hoy desprotección familiar) sea vía judicial o administrativa e inclusive otros jueces optan por el archivo del caso al considerarlos no punibles.

Estas diferencias también se evidencian en las decisiones emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, por lo cual, no existe predictibilidad en las decisiones ni un pleno casatorio que permita establecer el camino a seguir para la emisión de estas medidas de protección.

Curiosamente se observa que el común denominador de estas decisiones es su justificación en la interpretación de las normas, a través de la doctrina de la protección integral reconocida en la *Convención sobre los Derechos del Niño*; revelando así, que no existe una concepción singular sobre esta doctrina y, contradictoriamente a lo que propende la Convención, ciertas decisiones parecerían afectar las garantías que aquellos con menos de 14 años requieren.

Finalmente, este análisis permite concluir que el respeto de la especial protección a este grupo etario precisa una intervención desvinculada del ámbito estatal sancionador punitivo, por lo cual, se propone la implementación de un procedimiento administrativo a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al ser este el ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente según el artículo 27 del CNA, para que reasuma su función de ejecutor de las políticas públicas que garantizan su atención.

Palabras clave: medidas de protección, edad mínima de responsabilidad penal, protección integral.

ABSTRACT

The investigation analyzes the interpretation that the Specialized Family Judges of Lima grant to the protection measures applicable to those with less than 14 years in conflict with the criminal law. That is, to those who cannot be tried or punished criminally, under article 40, number 3 of the Convention on the Rights of the Child, even though their conduct deserves criminal reproach.

For this, judicial pronouncements are analyzed in thirty-three cases initiated during the period from 2012 to 2016. In the sample, it was observed that there is no unit of criteria to resolve them since there are antagonistic positions. Some judges consider that the application of these measures implies a prior pronouncement regarding their criminal responsibility and the protection measure exemplifies a sanction, as if they were a teenager between 14 and 17 years old; and, therefore, they would be subject to the adolescent criminal responsibility system. Meanwhile, other judges consider that these cases should be treated in an equivalent way to cases of abandonment (today called family unprotection), whether judicial or administrative, and even other judges opt for the case file as they consider them not punishable.

These differences are also evident in the decisions issued by the Permanent and Transitory Civil Chambers of the Supreme Court of the Republic, therefore, there is no

predictability in the decisions of each Chamber or as plenary that allows establishing the way forward for the issuance of these protection measures.

Curiously, it is observed that the common denominator of these decisions is their justification in the interpretation of the norms through the doctrine of integral protection recognized in the Convention on the Rights of the Child; thus, revealing that there is no singular conception of this doctrine and contradictorily to what the Convention proposes, certain decisions seem to affect the guarantees that those under 14 years require.

Finally, this analysis allows us to conclude that respecting the special protection of this age group needs an intervention unrelated to the state level, which is why the implementation of an administrative procedure by the Ministry of Women and Vulnerable Populations is proposed, as the governing body of the National System of Comprehensive Attention to Children and Adolescents according to article 27 of the Code of Children and Adolescents, so that it can resume its role as executor of the public policies that guarantee its attention.

Keywords: protection measures, minimum age of criminal responsibility, integral protection.

DEDICATORIA

A mis padres, Pilar y Manuel, por su constante ejemplo de perseverancia, dedicación y amor incondicional.

INTRODUCCIÓN

La especial protección que el artículo 4° de la *Constitución Política del Perú* reconoce al niño (hasta los 12 años) y al adolescente (desde los 12 hasta cumplir los 18 años) no está exenta de controversias en cuanto a su eficacia en diversos ámbitos y suele exigir regímenes definidos para lograrlo. Una muestra polémica está relacionada a su responsabilidad penal y la delimitación de la edad, a partir de la cual se considera sujeto de una investigación penal, diferenciada de los adultos y pasible de sanción denominada medida socioeducativa.

Diversos autores nacionales e internacionales coinciden al afirmar que la responsabilidad penal se establece desde que se aplican las medidas socioeducativas o de seguridad (según la legislación), es decir, desde los 14 años (Balcázar, 2013, p. 43; Chunga et al., 2012, p. 285; Hernández, 2005¹, p. 46; Baratta, 1998, p. 50; Cámara, 2014, 246; Garrido de Paula, 2000, 74).

¹ Nota.

El autor hace referencia a los 12 años, pues, la obra consultada se elaboró antes de la modificación del artículo 184 del CNA.

Así, pareciera indiscutible que el sistema peruano de responsabilidad penal de adolescentes, instaurado en el *Código de los Niños y Adolescentes*, se aplica únicamente al grupo etario de los adolescentes entre 14 y 17 años. Sin embargo, el proceso al que se somete a aquellos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, para aplicarles las medidas de protección del artículo 242 de dicho código, revelaría lo contrario.

La obligación de distinguir el tratamiento que se otorga a cada grupo etario citado recae en el Estado peruano —como estado parte que ratificó la *Convención sobre los Derechos del Niño*— pues le corresponde establecer una edad mínima de responsabilidad penal por debajo de la cual, el niño, la niña o el adolescente no pueda ser juzgado, tampoco sancionado por infringir la ley penal, a pesar de que tenga capacidad para hacerlo, de conformidad con el artículo 40 numeral 3 de la Convención referida.

En vista de esta realidad, en el presente trabajo de investigación, se abordará la interpretación que, tanto la doctrina como los Jueces de Familia de Lima realizan, respecto a las medidas de protección aplicables a aquellos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal. De igual manera, se busca conocer los efectos que la actividad interpretativa de los jueces genera en los justiciables y si esta es pacífica, predecible o si es posible que tales medidas de protección sean equiparables a aquellas que se emiten en los casos de abandono de niñas, niños y adolescentes, cuya redacción era similar (al momento de realizarse la investigación). Claro está, que la tesis se enmarca en el estudio de las decisiones judiciales emitidas durante el periodo del 2012 al 2016.

De ahí que, en el desarrollo de esta tesis se haya concebido la elaboración de seis capítulos. El primero establece el marco teórico que rige la investigación realizada e incluye tanto el planteamiento del problema, la delimitación y los antecedentes de la investigación, así como las bases teóricas y definiciones de los términos que se usarán con frecuencia en esta tesis.

En el segundo capítulo, se detalla la metodología aplicada, las dificultades en determinar estadísticamente los casos que existen sobre la materia y los instrumentos que han sido empleados para recopilar la información, que es analizada en los capítulos IV y V de esta tesis. Es decir, el Cuestionario de Entrevista practicado a diversos operadores de justicia a fin de conocer los criterios para la aplicación de las medidas de protección y la Guía de Análisis Documental para recopilar los casos sobre medidas de protección y las decisiones adoptadas por los Jueces de Familia de Lima durante el periodo 2012-2016.

En el tercer capítulo, se detalla el origen de las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, los tipos de medidas que existen, así como las vías a las que se recurre para su aplicación, en la práctica legal y las instituciones que participan en cada vía.

En el cuarto capítulo, se examinarán las interpretaciones que los Jueces de Familia de Lima han otorgado a las medidas de protección reconocidas en el artículo 242 del *Código de Niños y Adolescentes*, a través de las resoluciones emitidas en los expedientes detallados en las Guías de Análisis Documental xiv

correspondientes a los años 2012-2016 (cuadros N° 01 al 04); así como algunas decisiones adoptadas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la finalidad de verificar si existen criterios de predictibilidad en ellas. Y, con ese mismo propósito, se mencionarán los Plenos Jurisdiccionales Nacionales, Regionales y Distritales donde se haya discutido la interpretación de estas medidas de protección.

El quinto capítulo pretende responder a la pregunta referida a la relación existente entre las medidas de protección para aquellos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal y las medidas de protección para casos de abandono. Para ello, no solo se recurrirá a las disposiciones normativas y opiniones doctrinarias, sino también se analizarán las respuestas otorgadas por los entrevistados en el Cuestionario de Entrevista (anexos 7 y 8). Este instrumento permitirá visualizar las interpretaciones que los operadores jurídicos le otorgan tanto a las medidas de protección del artículo 242 del *Código de Niños y Adolescentes* y a aquellas para casos de abandono.

Complementariamente, se constatará a través de los Informes Periódicos del Perú ante el Comité de los Derechos del Niño si existen o no avances en la regulación de las medidas de protección analizadas en los capítulos anteriores.

A la luz de las interpretaciones evidenciadas en los casos presentados y en las entrevistas formuladas, la investigación se enfocará en responder si la actual regulación de las medidas de protección para aquellos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal está en consonancia con la Constitución y la *Convención* xv

sobre los Derechos del Niño que tiene rango constitucional. Este desarrollo conlleva la crítica final y propuesta que realizo como resultado de esta investigación.

En el último capítulo, se realiza un breve recorrido por la legislación de 7 países para conocer cómo se aborda este tema en sus modelos normativos y se cuenta con la entrevista de algunos especialistas que reflexionan sobre las vicisitudes que se presentan en la aplicación e interpretación de tales medidas para aquellos por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal.

Finalmente, la tesis contiene las conclusiones, en respuesta a los problemas planteados en esta investigación; y las recomendaciones sobre la aplicabilidad de esta investigación en la práctica jurídica, además de la presentación de un proyecto de ley donde se plasma la propuesta que formulamos en el Capítulo V.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Planteamiento del Problema

1.1.1. Descripción de la Realidad Problemática

En términos de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (la Convención, en adelante), un niño es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1, p. 10). Esta definición ha sido aceptada por nuestra legislación e incluso en el artículo I del Título Preliminar del *Código de los Niños y Adolescentes* (CNA, en adelante), se menciona que: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad” (p. 1). Sin embargo, existen dificultades en definir desde qué edad puede considerarse a un niño o adolescente como responsable penalmente.

Diversos autores nacionales e internacionales coinciden al afirmar que la responsabilidad penal se establece desde que se aplican las medidas socioeducativas o de seguridad (según la legislación), es decir desde los 14 años (Balcázar, 2013, p. 43; Chunga et al., 2012, p. 285; Hernández, 2005, p. 46; Baratta, 1998, p. 50; Cámara, 2014, 246; Garrido de Paula, 2000, 74).

De acuerdo con el artículo 184° del CNA, se establece como “adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal” (p. 37). Aun cuando esta norma no textualiza si un niño puede considerarse como un infractor a la ley penal, puntualiza que a los adolescentes infractores mayores de 14 años les serán aplicadas medidas socio educativas; mientras que, en el caso de los adolescentes menores de 14 años y de las niñas o niños infractores, se les aplicarán medidas de protección.

Debido a que las medidas socioeducativas y de protección son emitidas por el juez de familia, se ha interpretado que nuestra legislación viabiliza que los niños con menos de 14 años también responden por infringir la ley penal.

El texto original del artículo 184° del CNA establecía que “el niño menor de doce años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código” (p. 37), siendo este modificado, posteriormente, por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 990, cuya fecha de publicación corresponde al 22 de julio del 2007, en cuyo contenido se amplía la aplicación de medidas de protección para los adolescentes menores de 14 años y no únicamente a los menores de 12 años, tal como lo establecía el texto original.

Para fines didácticos, en esta investigación se hará referencia a las niñas, niños y adolescentes con edad inferior a 14 años usando el término “niño con menos de 14 años”.

Ahora bien, la aplicación de estas medidas requiere que el o la Fiscal Provincial de Familia a cargo de la investigación preliminar por la presunta infracción a la ley penal del niño o adolescente, decida solicitar al Juez Especializado de Familia de la subespecialidad Penal que abra el proceso por infracción a la ley penal y aplique las medidas socioeducativas o de protección, según corresponda por su edad. No obstante, en el caso de las medidas de protección a los niños con menos de 14 años, se advierte que la opinión de algunos jueces es reticente a aplicar estas medidas en un proceso por presunta infracción a la ley penal, optando por trasladar esa competencia a un Juez Especializado de Familia en la subespecialidad Tutelar para que se encargue de realizar una investigación, y así salvaguardarlo, al considerar que su situación denota un posible estado de abandono por sus padres o responsables.

Dicho de otro modo, algunos Jueces especializados de Familia estiman que las medidas de protección a aplicarse no son las descritas en el artículo 242° del CNA sino en el artículo 243° del mismo código². Aun cuando el contenido de ambos artículos es literalmente similar, cabe distinguir que en el artículo 243° se detallan las medidas de protección aplicables por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables únicamente a los niños en presunto estado de abandono, previo procedimiento administrativo.

1

Nota.

En el acápite sobre delimitación de la investigación (p .29) se especifica el uso de esta disposición normativa y su vigencia.

Esta disyuntiva, respecto a la normativa que resulta aplicable a los niños con menos de 14 años inmersos en una investigación por presunta infracción a la ley penal, ocasiona dilación en la tramitación del proceso judicial, pues en el Distrito Judicial de Lima, cada Juez de Familia tiene competencia según la subespecialidad a la que pertenezcan, ya sea penal, tutelar o civil y estas atribuciones se detallan en el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si bien esta investigación únicamente se refiere a las decisiones adoptadas por los Jueces de Familia del Distrito Judicial de Lima, cabe precisar que esta subdivisión de especialidades no ocurre en los demás distritos judiciales donde, incluso estos casos son vistos por juzgados mixtos. Para fines didácticos, es pertinente anotar que existen 21 Juzgados Permanentes de Familia en Lima: 4 de ellos se dedicaban exclusivamente a conocer procesos de violencia familiar (subespecialidad tutelar), 2 juzgados exclusivamente a conocer las investigaciones por la presunta infracción a la ley penal y los 15 restantes, cuya especialidad era civil, conocían los procesos relativos a la declaración de abandono de niñas, niños y adolescentes, régimen de visitas, tenencia, autorización de salida del país, entre otros.

La distribución de subespecialidades se mantuvo hasta el 08 de diciembre del 2015, cuando se publicó la Resolución Administrativa N° 697-2015-CSJLI-PJ. En ella se dispuso que tanto los juzgados de familia de la subespecialidad civil como tutelar unificarían sus competencias y además recibirían —a través de un rol de turno— las denuncias por actos de violencia contra las mujeres y el grupo familiar, en razón a la Ley N° 30364.

En tal sentido, solamente los 2 juzgados de familia de la subespecialidad penal conservaban sus funciones. Adicionalmente, hasta el año 2016 existieron 4 Juzgados Transitorios de Familia de Lima, que eran órganos de apoyo y descarga tanto de los juzgados permanentes de la subespecialidad tutelar como civil. De manera reciente, la Corte Superior de Justicia de Lima dispuso el funcionamiento del módulo de violencia familiar de dicha Corte, a partir del 01 de octubre del 2020, constituido por 9 juzgados de familia conforme a la Resolución Administrativa N° 00093-2020-P-CSJLI/PJ publicada el 22/09/20; mientras que, los 10 juzgados restantes conservan la competencia tutelar y civil.

Dicho de otro modo, un Juez de Familia de la subespecialidad Penal de Lima (en materia de infracciones), se dedica exclusivamente a las investigaciones por infracción a la ley penal y no tiene competencia para declarar a un niño o adolescente en abandono, como es el caso de los Jueces de Familia de la subespecialidad civil y tutelar.

Paralelamente, cabe resaltar, que en la actualidad algunos casos de niños con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal son investigados en la vía tutelar, empero, este escenario vulnera los derechos a un debido proceso, al juez natural, al derecho de defensa, al plazo razonable, tal como lo ha indicado un sector de la judicatura, opinión que compartimos y será detallada en esta investigación. Más aún, si las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing)*, las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General, en su resolución 40/33, que data del 28 de noviembre de 1985, donde se reconoce que no solo la investigación y el juzgamiento de menores

delincuentes debe estar investido de garantías (términos y principios establecidos en las *Reglas de Beijing*); sino también, todo procedimiento relacionado a la atención de menores y a su bienestar. Así, lo dispuesto en las *Reglas de Beijing* no se cumplirían, ya que se desviaría la competencia judicial, sometiendo al niño con menos de 14 años a un proceso sin garantías mínimas para su representación y defensa.

Aunado a ello, el Capítulo V del Título II del Libro Cuarto del CNA regula la investigación judicial que se llevará a cabo en la vía familia-penal, donde se establecerá si el investigado tiene responsabilidad por los hechos que se le imputan. Esto es, para la aplicación de las medidas de protección se requiere que previamente se haya acreditado la responsabilidad del niño con menos de 14 años, de la forma en que ya fue indicada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N.º 431-2013-LIMA y el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00162-2011-PHC/TC.

Los considerandos octavo y noveno de la Casación N.º 431-2013-LIMA expresamente reconocen lo siguiente:

Octavo. (...) resulta claro que el conocimiento de un proceso como el susbtanciado en los presentes autos, esto es, de los procesos de investigación y juzgamiento de denuncias sobre presunta comisión de infracción penal por parte de menores de edad corresponde al Juez de Familia y dentro de esta especialidad, al Juez Especializado en infracciones, del distrito judicial de Lima, de conformidad con el artículo 133 del Código de los Niños y Adolescentes. En tal orden de ideas, cabe relieves el evidente

error cometido por el *Ad quem* al pretender que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social– MIMDES (ahora Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – MIMP) asuma competencia en el caso de autos; es decir que asuma la función jurisdiccional que por mandato de la Constitución y de la ley le corresponde al órgano jurisdiccional (y, por tanto, al mismo *Ad quem* en cuanto a la Sala Superior de Familia), invocando (equivocamente) los artículos 243, 245, 246, 249 y 251 del Código de los Niños y Adolescentes, que contienen normas reservadas para el tratamiento de los niños y adolescentes en estado de abandono.

Noveno. Que, cabe agregar que la decisión del *Ad-quem* también es equívoca en cuanto sostiene que los menores (niños) se encuentran “*excluidos del sistema de responsabilidad*”, puesto que de conformidad con los citados artículos 242 del Código de los Niños y Adolescentes y 53 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes los niños pueden hacerse acreedores a la aplicación de medidas de protección contempladas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes (la cursiva es original).

De igual modo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00162-2011-PHC/TC se sostiene lo siguiente:

Asimismo, si bien se alega que para la imposición de alguna de las medidas de protección no se debió iniciar proceso contra el favorecido, la imposición de alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 242º del Código de los Niños y Adolescentes requería que se acredite en forma

indubitable la participación del menor favorecido en la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor; lo que implicaba el inicio de un proceso (fj. 5).

De otro lado, esta función tampoco podría ser suplida actualmente por un ente administrativo como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, pues sus atribuciones establecidas tanto en el CNA como en su reglamentación interna han delimitado sus funciones y esta no se encuentra entre ellas.

En suma, en la presente investigación se pondrá en evidencia la carencia de un criterio unificado de los Juzgados Especializados de Familia durante el 2012-2016, para resolver los pedidos de investigación por la presunta infracción a la ley penal y el otorgamiento de medidas de protección a niños con menos de 14 años.

1.1.2. Formulación del Problema

1.1.2.1. Problema General

¿Cómo interpretan los Jueces Especializados de Familia de Lima las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal?

1.1.2.2. Problemas Específicos

- a) ¿Cómo se interpreta en la doctrina a las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal?
- b) ¿Qué efectos produce la interpretación que realizan los Jueces Especializados de Familia de Lima de las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal?
- c) ¿Se pueden equiparar las medidas de protección reguladas para los supuestos de abandono con aquellas aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto la ley penal?

1.1.3. Objetivos de la investigación

1.1.3.1. Objetivo General

Evidenciar la interpretación que los Jueces Especializados de Familia de Lima otorgan a las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

1.1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Establecer el tratamiento doctrinario que se otorga a las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

- b) Determinar los efectos que produce la interpretación que realizan los Jueces Especializados de Familia de Lima respecto a las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- c) Verificar si pueden equipararse las medidas de protección reguladas para los supuestos de abandono con aquellas aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

1.1.4. Formulación de Hipótesis

1.1.4.1. Hipótesis General

Los Jueces Especializados de Familia de Lima interpretan de manera heterogénea las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

1.1.4.2. Hipótesis Específicas

- a) La doctrina difiere en la aplicación de la figura de las medidas de protección a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- b) La interpretación que realizan los Jueces Especializados de Familia de Lima genera desconcierto por la falta de predictibilidad en sus decisiones.

- c) No es posible equiparar las medidas de protección reguladas para los supuestos de abandono con aquellas aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, pues la motivación es distinta.

1.1.5. Variables

1.1.5.1. De hipótesis general

Los Jueces Especializados de Familia de Lima interpretan de manera heterogénea las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

Variables cualitativas

V1 (independiente): Modelos que guían la interpretación jurídica de las medidas de protección.

V2 (dependiente): Medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

1.1.5.2. De hipótesis específicas.

- a) **De hipótesis específica:** La doctrina difiere en la aplicación de la figura de las medidas de protección a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

Variables cualitativas

V1 (independiente): Doctrina Iberoamericana.

V2 (dependiente): Medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

- b) **De hipótesis específica:** La interpretación jurídica la realizan los Jueces Especializados de Familia de Lima respecto a las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal genera desconcierto por la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales.

Variables cualitativas

V1 (independiente): Predictibilidad en las decisiones judiciales.

V2 (dependiente): Interpretación jurídica para la aplicación de medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

- c) **De hipótesis específica:** No es posible equiparar las medidas de protección reguladas para los supuestos de abandono con aquellas aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, pues la motivación es distinta.

Variables cualitativas

V1 (independiente): Medidas de protección reguladas para los supuestos de abandono.

V2 (dependiente): Medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

1.1.6. Justificación de la investigación

Con esta investigación se pretenderá mostrar cómo los Jueces Especializados de Familia de Lima interpretan y aplican las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, cuando estas son solicitadas por los Fiscales Provinciales de Familia de Lima. El resultado permitirá conocer si existe predictibilidad en las decisiones judiciales, si estas han sido emitidas en concordancia con las estipulaciones de la *Convención sobre los Derechos del Niño* ratificada por el Perú; y, si este resultado permite ser considerado como un avance en el cumplimiento de las obligaciones que asume nuestro país como Estado Parte.

1.1.7. Delimitación de la Investigación

El objeto de estudio de esta investigación estará referido a las decisiones judiciales emitidas por los Jueces Especializados de Familia del Distrito Judicial de Lima ante las solicitudes de investigación por infracción a la ley penal y de aplicación de medidas de protección del artículo 242° del *Código de los Niños y Adolescentes*, presentadas por los Fiscales Provinciales de Familia del Distrito Fiscal de Lima durante el periodo 2012-2016.

En el desarrollo del presente trabajo, se hará referencia a las medidas de protección en casos de abandono, establecidas en el artículo 243° del CNA; por ello, es de mencionar que el Decreto Legislativo N° 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de diciembre del 2016) derogó dicho artículo. Sin embargo, este decreto no se había emitido cuando se inició la investigación y luego, durante el desarrollo de la misma, estuvo en *vacatio legis* hasta que se aprobó su reglamento (D.S. N° 001-2018-MIMP) el 10 de febrero del 2018.

Por lo tanto, la referencia se seguirá realizando al artículo 243° del CNA, más aún si los casos consultados y que serán analizados en esta investigación, se rigen por el CNA, antes de publicarse el decreto legislativo que lo deroga.

1.1.8. Viabilidad de la investigación

La presente investigación responderá a las siguientes posibilidades o conveniencia que pueden ser descritas en las siguientes circunstancias:

1.1.8.1. Viabilidad Técnica

Existen recursos tecnológicos necesarios para el desarrollo de la investigación.

1.1.8.2. Viabilidad Económica

Existen posibilidades económicas, por parte de la investigadora, que permitirán el desarrollo de la presente investigación.

1.1.8.3. Viabilidad Social

Será posible estimar los beneficios que aportaría el proyecto a los operadores de justicia del Distrito Judicial de Lima para conocer los criterios que aplican los Jueces de Familia de Lima al pronunciarse respecto a las medidas de protección investigadas.

1.2. Marco teórico

1.2.1. Antecedentes de la investigación

La disyuntiva respecto a la normativa aplicable, en caso de niños con menos de 14 años investigados, por la presunta infracción a la ley penal y el otorgamiento de medidas de protección a su favor, no es reciente. Tras una investigación exhaustiva y rigurosa, se observa que se presentan posturas disidentes a nivel jurisprudencial donde sí ha existido debate, empero no se observa un mayor desarrollo a nivel doctrinario en el Perú.

1.2.1.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

Como se ha indicado, tanto la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 431-2013-LIMA como el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00162-2011-PHC/TC han concordado en sostener que se requiere el inicio de un proceso en el cual se acredite indubitablemente la participación del niño con menos de 14 años en la infracción a la ley penal, para la aplicación de las medidas de protección establecidas en el artículo 242º del *Código de los Niños y Adolescentes*.

En adición, la Sala Civil Transitoria precisó que el proceso debe ser conocido por el Juez de Familia de la subespecialidad penal y que los niños con menos de 14 años no están excluidos del sistema de responsabilidad.

1.2.1.2. Investigaciones consultadas

Por un lado, tenemos que la Defensoría del Pueblo emitió los Informes Defensoriales N.ºs 51 y 157, respecto al Sistema Penal Juvenil. Se detalla en el Informe Defensorial N.º 51 del año 2000, que la responsabilidad penal especial aplica a los adolescentes a partir de los 12 años debido a que el texto original del artículo 184º del *Código de los Niños y Adolescentes* establecía que “(e)l niño menor de doce años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código”. Este artículo se modificó por el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 990, cuya publicación data del 22 de julio del 2007, en cuyo

contenido amplía la aplicación de medidas de protección para adolescentes con menos de 14 años, no solo a menores de 12 años, como fue precisado previamente.

En el Informe Defensorial N° 157, emitido el año 2012, se acoge esta modificación y se indica que la responsabilidad penal especial aplica a los adolescentes a partir de los 14 años. En otras palabras, a partir de tal edad, a los adolescentes se les aplican medidas socioeducativas cuando infringen la ley penal, para lo cual son sometidos a un proceso judicial, y de comprobarse su responsabilidad por la infracción, se determina la medida socioeducativa. Sin embargo, en ninguno de los informes defensoriales consultados se hace referencia al inicio de un proceso penal para la aplicación de medidas de protección a aquellos que se encuentren en la misma investigación y tengan menos de 14 años. De esta manera, se infiere que la posición de la Defensoría del Pueblo es considerar que solamente los mayores de 14 años pueden ser procesados por presunta infracción a la ley penal.

Por otro lado, se consultaron diversas tesis de posgrado —relacionadas al ámbito materia de estudio— y de acuerdo a la revisión virtual del sistema de bibliotecas de múltiples universidades peruanas, se observó que en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el Magíster Christian Arturo Hernández Alarcón presentó en el año 2005 la tesis titulada: *El Debido Proceso y Justicia Penal Juvenil*, para optar el grado de Magíster en Derecho mención en Ciencias Penales; en dicha investigación —llevada a cabo antes de la modificación del Decreto Legislativo N° 990—, el investigador considera que en nuestra legislación:

en el ámbito penal, se establece una normatividad exclusiva para el adolescente infractor pasible de medidas socio educativas perfectamente diferenciada del niño o adolescente en presunto estado de abandono sujeto a medidas de protección. En nuestro ordenamiento el adolescente mayor de doce años que infringe la ley ya sea como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal es pasible de medidas socio educativas del mismo modo que el adulto de penas. (...) (2005, pp. 16 y 46).

De esta afirmación, se infiere que el autor considera al proceso por presunto estado de abandono como vía para otorgar medidas de protección a niños con menos de 12 años. Por ello, en su investigación sobre el incumplimiento de las garantías en el juzgamiento de adolescentes que infringen la ley penal, no se pronunció sobre la aplicación de las medidas de protección que son materia de la investigación que presentaré.

Adicionalmente, en la Universidad de San Martín de Porres, se verificó que existen 3 tesis para obtener el grado de Magíster que hacen referencia, de manera tangencial, a la aplicación de las medidas de protección materia de investigación. En primer lugar, la magíster Lilia Jacinta Reyes Bedoya en su tesis denominada: *Aspecto criminológico de la juventud antisocial en el Perú*, comenta el artículo 207 y 208 del Código de Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102), referido al adolescente infractor a ley penal (vigente en 1998) e indica lo siguiente:

El presente Código ha penalizado los actos de los niños y adolescentes denominando infractores de la ley penal, tanto a los primeros como a los

segundos. En consecuencia, adopta como doctrina aquella que determina que el menor comete faltas o delitos y recusa la que sostiene la situación irregular. Es el caso del Código que comentamos se han convertido en imputables tanto los niños como a los adolescentes diseñándose para los primeros 'medidas de protección' (tutelares) y para los segundos 'medidas socioeducativas' (1998, p. 187).

En el desarrollo de la tesis, no se observa que haya profundizado acerca de la aplicación de medidas de protección, sin embargo, del texto citado se colige que la autora considera a las medidas de protección como las sanciones penales aplicables a "niños infractores".

En segundo lugar, la magíster Silvana Fabiola Milagros Calle Miranda, en la parte introductoria de su tesis titulada: *Tratamiento del menor infractor con justicia garantista y restaurativa* afirma lo siguiente:

El Código de los Niños y Adolescentes, antes consideraba menor infractor a los menores de doce años hasta antes de cumplir dieciocho años. Actualmente, se ha incrementado la edad, para considerar a un menor como infractor, a partir de los catorce años a menos de dieciocho años de edad. Consecuentemente los menores de catorce años son considerados niños y les competen medidas de protección por lo que no podrían ser considerados como que han cometido infracciones a la ley penal y no podrían ser juzgados por los magistrados especializados en familia, quienes son los encargados de juzgar a menores infractores, sino dichos magistrados tienen que declarar su estado de protección (2010, p.11).

Asimismo, se observó que su investigación está referida a adolescentes a los cuales se les aplicó el internamiento en centros juveniles como medida socioeducativa, de tal forma que el desarrollo de la tesis no está relacionada a la aplicación de las medidas de protección a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, refiriéndose únicamente a la imposibilidad de juzgamiento de aquellos con menos de 14 años, como se observa en la cita textual.

En tercer lugar, la magister Carmen Flor de María Chunga Chávez en su tesis: *Necesidad de la creación de un instituto de protección integral a la niña, niño y adolescente adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros*, al desarrollar el tercer capítulo sobre la problemática de los niños, niñas y adolescentes en circunstancias especialmente difíciles, hace mención al adolescente infractor en los siguientes términos: “(e)l menor hasta los 14 años incumplidos es pasivo de medidas de protección, a través del Programa Nacional de Bienestar–INABIF, gobiernos regionales y locales y el adolescente de 14 a 18 años de medidas socioeducativas señaladas por el Juez de Familia” (2014, p. 51), continúa el desarrollo de su investigación mencionando al programa de justicia juvenil restaurativa así como al sistema de reinserción social del adolescente infractor albergado en un centro juvenil como programas que trabajan con niños de dicho grupo etario (más de 14 años, menos de 18 años). No obstante, ello, del texto citado se evidencia que la magíster le otorga un tratamiento administrativo a la aplicación de las medidas de protección a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal que será materia de la presente investigación.

Posteriormente, he consultado el libro denominado: *Responsabilidad Penal de los Adolescentes en el Sistema Jurídico Penal Peruano* cuya autoría pertenece a la Doctora en Derecho Carmela de Orbegoso Rusell (2017). De acuerdo con el prólogo de la citada obra, esta investigación fue sustentada para obtener el grado de Doctora en Derecho por la Universidad Inca Garcilazo de la Vega en el año 2016. Así, de la descripción de la realidad problemática, la definición del problema, el desarrollo de la investigación y las conclusiones se colige que la tesis desarrolla la opción de considerarse imputables penalmente (como adultos) a los adolescentes de 16 y 17 años de edad al sopesar —entre otros argumentos— uno muy discutible pues afirma que la protección que la legislación peruana brinda a los “menores” únicamente incluye a la niñez y pubertad mas no a la adolescencia, a su entender (no hace mención a referencias bibliográficas al respecto). Esta regulación según interpreta la autora, deja un vacío legal que los hace susceptibles a ser considerados imputables en la vía penal de adultos. Por ello, propone modificar el numeral 2 del artículo 20º del Código Penal para su inclusión como imputable.

Si bien el contenido de la tesis citada no se relaciona con esta investigación desarrollada, estimamos importante resaltar que el libro consultado menciona una tesis para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional Federico Villarreal denominada *Problemática de la Justicia Penal Juvenil y su Influencia en el Tratamiento de los Adolescentes Infractores en el Distrito Judicial de la Libertad en el Periodo 2008-2010* del autor Elmer Alfredo Sánchez Huayanay. La autora transcribe las conclusiones del tesista, de las cuales se aprecia que este realiza una crítica sobre la actuación fiscal y judicial de La Libertad al no velar por

el debido proceso de los adolescentes infractores sometidos a juicio. Asimismo, en el numeral 6 de las conclusiones transcritas en la obra de Carmela de Orbegoso Rusell se aprecia que el abogado Elmer Alfredo Sánchez Huayanay hace hincapié sobre las consecuencias de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N.º 990, que guarda relación con la presente investigación.

En opinión de Elmer Alfredo Sánchez Huayanay:

(a)l incrementarse a partir de los 14 años de edad para la aplicación de medidas de internamiento a adolescentes infractores de la Ley Penal, se viene obviando la aplicación de sanciones drásticas para aquellos adolescentes que han venido perpetrando robos agravados a mano armada o denotan ya un accionar delictivo peligroso, habiendo estado implicados en delitos de homicidios por sicariato y que al aplicársele solamente alguna medida de protección para el infractor, no se garantiza el tratamiento y la rehabilitación requerida en el mismo, lo que resulta de gran perjuicio para la recuperación de estos adolescentes al estar exentos de aplicárseles el internamiento en el centro juvenil de readaptación, no tienen en sí la oportunidad para poder resocializarse se les propende a recrudecer su actividad delictiva; dada la procedencia mayormente de estos adolescentes infractores de zonas críticas de la región y de hogares disfuncionales, siendo además muy negativo y contradictorio que una norma de justicia penal juvenil promueva o favorezca esta problemática de los adolescentes infractores.” (2017, p. 67).

Es decir, el autor considera que debería extenderse las medidas socioeducativas (sobre todo el internamiento) a los adolescentes de 12 y 13 años y pareciera que también considera a las medidas de protección con un carácter punitivo, pero menos efectivo al no permitir el internamiento.

1.2.1.3. Iniciativa legislativa

Han existido diversos proyectos de ley que apuntan a modificar la aplicación de las medidas de protección antes precisadas. Por un lado, se observa el Proyecto de Ley N° 566/2006-CR, presentado el 31 de octubre del 2006, para crear una Comisión Especial Revisora del Código de los Niños y Adolescentes. En la exposición de motivos destacan la importancia de revisar la adecuación del proceso penal de adolescentes al principio acusatorio del Código Procesal Penal, las modalidades de cumplimiento del internamiento; y, entre otros, la revisión de la edad mínima debajo de la cual no intervendría el Estado porque los niños no tendrían capacidad para infringir leyes penales, conforme al artículo 40 numeral 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Asimismo, señala como ejemplos las legislaciones de Panamá, España, Alemania que han fijado como límite mínimo la edad de 14 años.

La citada Comisión Especial Revisora se creó mediante Ley N° 28914 y fue prorrogada hasta 27/01/11 por Ley N° 29551 y presentó su Anteproyecto de Código de los Niños, Niñas y Adolescentes en junio de 2011. El artículo 240° del Anteproyecto establece de manera expresa que:

(e) El niño, niña y adolescente menor de 14 años de edad no son responsables

penalmente. En caso infrinjan la ley penal y el Fiscal considere necesaria una medida de protección, remite copias de las piezas pertinentes de la investigación al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social para que se le brinde atención y se dicte la medida de protección. La acción de responsabilidad civil se ejerce ante las instancias judiciales competentes.

El texto íntegro de este Anteproyecto se presentó como Proyecto de Ley N° 495/2011-CR por los miembros del Grupo Parlamentario: Alianza por el Gran Cambio, en la Primera Legislatura Ordinaria del 2011, el 09 de noviembre del 2011. Al respecto, el 30 de mayo del 2012, se presentó un Dictamen en Mayoría, de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que conserva en el artículo 244° del Texto Sustitutorio el tratamiento otorgado a las niñas, niños y adolescentes menores de 14 años que establece el Anteproyecto citado.

Por su parte, el Dictamen en Minoría presentado por la Congresista de la República Rosa Mavila León el 26 de julio del 2013, en el artículo 235° del Texto Sustitutorio afirma que “el niño, niña y adolescente menor de 14 años no son responsables penalmente en caso infrinjan la ley penal”, además requiere que en un proceso investigatorio se acredite la participación de este. Por otro lado, al remitirse al artículo referido a las medidas de protección se advierte que en este no se describen aquéllas que resultarían aplicables.

La Congresista de la República Ana María Solórzano el 29 de abril del 2014, presentó un Dictamen en Minoría proponiendo en el Texto Sustitutorio del Proyecto de Ley la posición expuesta por la Congresista Rosa Mavila León. En ella, se

mantiene el precepto de la carencia de responsabilidad penal de los niños con menos de 14 años, aunque establece que las medidas de protección se aplican luego de haberse acreditado la participación del adolescente en un proceso investigatorio a cargo del juzgado especializado:

Artículo 234° Tratamiento a menores de catorce años de edad. La niña, niño o adolescente menor de catorce años de edad no es responsable penalmente en caso infrinja la ley penal.

La imposición de las medidas de protección prescritas en el artículo 208 del presente código requiere que se acredite, en forma indubitable, la participación del menor de catorce años de edad mediante un proceso investigatorio.

La fiscalía competente puede solicitar la apertura de la investigación especial por infracción a la ley penal al juzgado especializado. Esta investigación se realiza en audiencia única, donde se actúan los medios probatorios y, seguidamente, se resuelve la situación de la niña, niño o adolescente para el otorgamiento de una medida de protección. Si no puede concluirse la actuación de los medios probatorios en una sola audiencia, se extiende la continuación de esta en los días sucesivos.

Actuados los medios probatorios, el juzgado especializado remite los autos a la fiscalía, que en el término de cuarenta y ocho horas emite dictamen. El juzgado, para mejor resolver, puede solicitar el equipo multidisciplinario informes psicológicos y sociales, los cuales son evacuados en el término de cinco días bajo responsabilidad. Devueltos los autos por la fiscalía y con los informes del equipo multidisciplinario, el juzgado en igual término expide sentencia, pronunciándose sobre la

medida de protección que corresponde a la niña, niño o adolescente de catorce años de edad que infringió la ley penal.

La acción de responsabilidad civil se ejerce ante las instancias judiciales competentes.

Conforme al portal oficial del Congreso de la República (2017), el 03 de junio del 2016, el congresista Juan Carlos Eguiguren Neuenschwander solicitó se incorpore a la agenda de la próxima sesión del pleno, el debate del dictamen emitido —entre otros— en el Proyecto de Ley N° 495/2011-CR por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que presidió. Asimismo, se indica que el 09 de septiembre del 2016, el Congresista Heresi como Presidente de la Comisión de Justicia, solicitó el desarchivamiento del Proyecto de ley.

El texto de aquel proyecto —en cuanto al tratamiento de niños con menos de 14 años— fue incluido en el Proyecto de Ley N° 500/2016-CR presentado el 28 de octubre del 2016, por el Grupo Parlamentario Peruanos por el Cambio, en el cual proponen un nuevo Código de las Niñas, Niños y Adolescentes. En el nuevo proyecto de ley conserva el mismo enfoque: niño con menos de 14 años no es responsable penalmente y la imposición de medidas de protección requiere se acredite judicialmente su participación:

Artículo 208 Medidas de Protección

En resolución debidamente fundamentada, el Juez dicta las medidas necesarias para proteger el derecho de la niña, niño o adolescente. El juez adopta las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución a la

niña, niño o adolescente.

El juez está facultado en estos casos, incluso para disponer el allanamiento del domicilio.

Desde el 03 de noviembre del 2016, se encuentra en la Comisión de Mujer y Familia. El 22 de noviembre del 2016, el Grupo Parlamentario Alianza por el Progreso presentó en la Primera Legislatura Ordinaria 2016, el Proyecto de Ley N° 663/2016- CR que también propone un nuevo Código de las Niñas, Niños y Adolescentes. En este se recoge —entre otros— el Dictamen en Minoría presentado por la entonces congresista Ana María Solórzano Flores en el Proyecto de Ley N° 495/2011-CR. El contenido del texto es similar al indicado en el Proyecto de Ley N° 500/2016-CR. Además, se aprecia de la consulta virtual del expediente digital de este proyecto de ley, también se encontraba en la Comisión Mujer y Familia desde el 28 de noviembre del 2016.

En tal sentido, existen en la actualidad 2 proyectos de ley sobre un nuevo Código de Niñas, Niños y Adolescentes, que norman de manera idéntica el proceso que debe realizarse para que se apliquen medidas de protección a favor de niños con menos de 14 años que se encuentren en conflicto con la ley penal. En ambos casos, optan por la vía judicial, previa acreditación de la participación penal del niño.

Ahora bien, cabe resaltar que el 07 de enero del 2017, fue publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1348, mediante el cual se aprueba el *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes*, cuya vigencia está supeditada a la publicación de su reglamento, que se publicó el 24 de abril del 2018,

pero aún no se estable el cronograma para su aplicación progresiva; no obstante, su ámbito de aplicación incluye únicamente a adolescentes mayores de 14 años que se encuentran en conflicto con la ley penal.

Por lo tanto, continúa vigente las disposiciones normativas del *Código de los Niños y Adolescentes* respecto a niños con menos de 14 años (Ley N° 27337) con las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 1297 referidas a la situación de riesgo o de desprotección de cuidados parentales.

1.2.2. Bases Teóricas

1.2.2.1. Doctrina de la situación irregular

Emilio García Méndez especifica que esta doctrina concibe a la infancia como objeto de protección (García, 1998, p. 9) sea que se encuentre en situación de abandono o de infracción a la ley penal. Así, el juez era la suprema autoridad que, con su visión de padre de familia y conocedor de aquello que es mejor para los niños y adolescentes, decidía discrecionalmente el tratamiento tutelar que debía asignárseles, sin necesidad de conocer la opinión del tutelado o la intervención de un defensor legal. A manera de síntesis, respecto a los postulados de esta doctrina García Méndez asevera lo siguiente:

En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un 'menor' en situación irregular (recuérdese que, al incluirse las categorías de material o

moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por ‘soluciones’ de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción” (1998, p. 9).

En cuanto a la responsabilidad penal de los niños o adolescentes como superación de la doctrina de la situación irregular, Alessandro Baratta resalta lo siguiente:

(e)n realidad, sobre la base de una equivocada justificación o percepción del derecho penal, no se quería llamar penal a este régimen; no definirlo como penal era considerado como una emancipación del menor que le aseguraba la irresponsabilidad penal, negándole, sin embargo, al mismo tiempo, toda garantía y protección de sus derechos frente a la intervención del Estado y del juez de menores” (1998, p. 43).

Con ello se evidencia un polémico y contradictorio sistema para velar por los derechos de niños y adolescentes.

1.2.2.2. Doctrina de la protección integral

“La doctrina de la protección integral reconocida internacionalmente al plasmarse en un instrumento normativo vinculante como es la *Convención sobre los Derechos del Niño*, supone un cambio al considerar al niño y adolescente como sujeto pleno de derecho” (Pinto, 1998, p. 26).

En tal sentido, reconoce al interés superior del niño como aquel principio que promueve el respeto de estos derechos en cualquier ámbito; además, reconoce las garantías que les resulta aplicables al encontrarse en conflicto con la ley penal y distingue esta situación del estado de abandono, procurando que la institucionalización de los niños y adolescentes no sea la medida imperante para salvaguardar ilusoriamente a niños y adolescentes.

Otro autor que se ha pronunciado en similares términos es Alessandro Baratta:

la Convención termina la confusión entre abandono y conducta irregular, entre la gestión del abandono y la de la reacción frente a la transgresión de normas penales por parte de niños y adolescentes. Desde el punto de vista organizativo crea competencia separadas: una competencia de la administración, para la gestión de las medidas de protección, y una competencia de la jurisdicción para la decisión de las medidas ‘*socioeducativas*’ con las cuales se responde a la realización culpable de figuras delictivas por parte del adolescente.” (1998, p. 43)

1.2.2.3. Responsabilidad penal de los niños y de los adolescentes

Desarrollar este tema tan complejo requiere una revisión histórica de la imputabilidad penal. Ello ha sido magistral y minuciosamente desarrollado por el doctor Sergio Cámara Arroyo en el primer capítulo de su obra titulada: Internamiento de menores y sistema penitenciario (2011). En ella resalta a la edad como circunstancia modificativa de la imputabilidad penal que será utilizada a partir

de mediados del siglo XIX, así como al discernimiento para establecer si eran personas capaces de obrar con pleno conocimiento y malicia³.

En el ámbito Latinoamericano, otro artículo de García Méndez (2003) reseña que en América Latina la responsabilidad penal de los menores de edad ha transitado por 3 grandes etapas. La primera de carácter penal indiferenciado (siglo XIX a 1919) donde se consideraba a los menores de edad como los adultos. La segunda denominada de carácter tutelar tiene su origen en los EE. UU. de fines del siglo XIX en respuesta a “las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad del alojamiento de mayores y menores en las mismas instituciones”.

En el ámbito Latinoamericano, otro artículo de García Méndez (2003) reseña que en América Latina la responsabilidad penal de los menores de edad ha transitado por 3 grandes etapas. La primera de carácter penal indiferenciado (siglo XIX a 1919) donde se consideraba a los menores de edad como los adultos. La segunda denominada de carácter tutelar tiene su origen en los EE. UU. de fines del siglo XIX en respuesta a “las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad del alojamiento de mayores y menores en las mismas instituciones”.

3

Nota.

Por ejemplo, el autor recuenta que en los primeros asentamientos humanos como Siria, India, Persia y Mesopotamia no existía un criterio específico para la minoría de edad a efectos penales. Posteriormente, en Roma aparece un tratamiento jurídico penal diferenciados por periodos de edad: *infants*, impúberes (*proximus infantia*, *infantia maiores*) y púberes; consideraban a los varones (de 10 años y medio a 14 años) y féminas (de 9 años y medio a 12 años) como personas capaces de obrar con pleno conocimiento y malicia. Además, se podía suplir este requerimiento de la edad si se probaba que había actuado con discernimiento. En la Edad Media comenzaba la responsabilidad desde los 12 años, en el Renacimiento y hasta el siglo XVIII se mantienen las edades fijadas por el derecho romano. En el siglo XVIII se produjeron corrientes reformistas donde se trató el tema del infractor menor de edad sustituyendo la pena por un tratamiento educativo. Luego, en el siglo XIX en Europa los textos penales establecieron un concepto de responsabilidad penal basado en los criterios de discernimiento, filosofía tutelar y concepciones correccionalistas.

El fin de esta etapa está marcada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989 donde se reconoce la responsabilidad penal de los adolescentes.

Respecto a la tercera etapa, de acuerdo con el autor:

La tercera y actual etapa es la de responsabilidad penal de los adolescentes que se inaugura en la región con el Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA) de Brasil aprobado en 1990. El ECA de Brasil constituye la primera innovación sustancial latinoamericana respecto del modelo tutelar de 1919.

Concatenado a este recuento histórico, cabe destacar 3 acontecimientos importantes durante el siglo XX, que acertadamente reseña Miguel Cillero Bruñol. En primer lugar, el caso Gault en Arizona, Estados Unidos, donde se evidencia las faltas de garantías en el procedimiento penal de un adolescente de 15 años (Gerry Gault), quien fue procesado sin defensa jurídica e internado en una correccional por el sheriff sin que se le indiquen sus derechos, ni aviso a sus padres. Por ello, marca un hito para el desarrollo de garantías a favor de los jóvenes (2000, pp. 105-106).

En segundo lugar, Cillero señala que el Comité de Derechos Humanos en 1979 dispuso lo siguiente:

lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías, que deben ser reconocidos a las personas frente al sistema penal, no se mide por la circunstancia de que el derecho interno reconozca determinado procedimiento como sistema penal, ni que por medio de este se determine o no el carácter delictual de ciertas conductas. Lo que define la aplicabilidad imperiosa de los derechos y garantías son las consecuencias que la

aplicación de ese sistema pueda implicar para el interesado y por ello, las garantías penales, sustantivas y procesales, deben respetarse en todo proceso en que pueda afectarse a la libertad personal o aplicarse al interesado alguna otra consecuencia de tipo punitivo. De este modo, no es posible excluir a la persona menor 18 años de las garantías procesales, bajo el fundamento de que a ellas no se aplican penas sino medidas de protección. Con lo dicho, se pone término al fraude o estafa de etiquetas en que caía la legislación de menores. (2000, 106).

En tercer lugar, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos emitió en el año de 1985 un informe sobre los sistemas de justicia penal:

(e)n este informe se destacan, como características fundamentales de la legislación tutelar de menores, su dispersión y falta de coherencia así como la existencia de grandes diferencias entre los fines que se proclaman y los medios para realizarlos (...). Toda la argumentación que sustenta la flexibilidad de procedimientos en la supuesta especialidad del juez y de las medidas que aplica, tiene su revés más fuerte en la inexistencia de recursos para establecer tribunales y medidas especiales (2000, p. 106).

Al retomar lo normado por el ECA, cabe señalar que el estatuto “define como niño a todo ser humano hasta los 12 años incompletos y adolescente a todo ser humano desde los 12 años hasta los 18 incompletos”. Así los niños son penalmente inimputables e irresponsables y en el caso que cometan actos que infrinjan las leyes penales solo se le aplican medidas de protección. A diferencia de los adolescentes que son penalmente inimputables, pero tienen responsabilidad

penal en un sistema diferenciado al adulto.

De esta manera, el autor citado sostiene la inimputabilidad de niños y adolescentes, distinguiéndolos del tratamiento jurídico destinado a adultos que cometen delitos. Asimismo, reconoce en los adolescentes la capacidad que respondan penalmente al infringir la ley penal y sean sancionados, a diferencia de los niños.

Estos mismos preceptos de imputabilidad e inimputabilidad rigen en el Perú, a excepción de las fases etarias y medidas aplicables que son materia de esta tesis. No obstante, existen opiniones contrarias como, por ejemplo, la otorgada por la autora María del Carmen García Cantizano (2013, p. 137) quien al interpretar el artículo 20 numeral 2 del Código Penal afirma que a los menores de 18 años se les considera exentos de responsabilidad penal “por una mera cuestión cronológica, más allá de la capacidad de discernimiento que el sujeto pueda presentar”.

Continúa la autora, en ese sendero de pensamiento señalado, que las medidas aplicables al niño o adolescente infractor:

pretenden tener una naturaleza educativa y correctiva, buscando así que, quien ha sido capaz de semejante comportamiento, pueda formarse y educarse convenientemente. (...) Los adolescentes infractores son sujetos que, en su mayoría, son conocedores del sentido de sus actos y tienen plena capacidad de actuar conforme a dicho entendimiento, es decir, son plenamente imputables. Son internados y tratados como auténticos responsables de tales delitos, sin que formalmente se les reconozca tal

condición. (...) En términos prácticos estamos ante un sistema donde, de manera encubierta, el adolescente infractor sí es considerado responsable por el delito cometido, si bien el procedimiento al que es sometido y la denominación de las sanciones que se le imponen no tienen la designación técnica de 'pena'; el legislador las llama medidas socioeducativas. (...) A la vista de lo anterior, sería deseable un sinceramiento de nuestro sistema jurídico para admitir formalmente responsabilidad penal a menores con cierto rango de edad (...). Es por eso que a nivel de Derecho penal comparado, se impone un sistema gradual de exigencia de responsabilidad penal, que no niega esta, pero la define en función a la edad del sujeto, lo que permite hablar de menores de edad inimputables —generalmente, todos los menores de 14 años—, menores de edad responsables, pero con un sistema propio y distinto de sanciones penales, que se viene a conocer como derecho penal del menor; y, por último el sistema general de plena responsabilidad para los mayores de edad (2013, p. 137).

Del texto citado, se infiere que la autora pretende que los adolescentes sean juzgados en la misma vía y con las mismas normas que los adultos. Sin embargo, no debe perderse de vista que los asuntos relativos a niñas, niños y adolescentes requieren un análisis e interpretación a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este tratado reconoce en su artículo 5 al principio de progresividad, entiende que los niños son personas completas que están en crecimiento, “de modo que a la progresiva autonomía en el ejercicio de los derechos va unida una creciente responsabilidad por sus actos” (Cillero, 2000, p. 117).

En tal sentido, la doctrina de protección integral que recoge esta Convención contiene un modelo de responsabilidad penal especializado, donde los adolescentes responden por sus actos cuando infringen la ley penal. Es decir, no están exentos de responsabilidad penal y tampoco existe un sistema encubierto — como erradamente opina la autora—. Por el contrario, es una vía especializada en justicia juvenil. Ambicionar que una misma vía juzgue adultos, niñas, niños y adolescentes constituiría una involución en el sistema de garantías que los asisten; además, un incumplimiento a los preceptos de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada por el Perú.

1.2.3. Definiciones de términos básicos

1.2.3.1. Niño

La autora Mónica González Contró realizó un análisis de las diversas expresiones que se utilizan para identificar a las personas de 0 a 18 años, entre ellas “niño”. Señala que esta palabra “es la expresión que utiliza la Convención para identificar a sus destinatarios, pero además el término *niño* se identifica con la transformación de la situación irregular a la protección integral (...).” (2011, p. 37). Ciertamente, este término es una representación lingüística de un cambio de paradigma pues, con la doctrina de la protección integral se dejó de distinguir entre niño y menor, según la situación económica o social que se encontrara, como se explica más adelante al definir el término “menor”.

Si bien la citada autora considera que también se debe utilizar los términos: adolescente “para reconocer la progresividad en la capacidad de autonomía” (p. 37) y niña pues “(l)os estudios de género aconsejan esta distinción, debido a la situación de marginación en que la mitad del género humano ha estado durante siglos” (p. 38) denominaciones con las que concordamos plenamente, en la presente tesis se utilizará la palabra niño según los alcances de la Convención con la única finalidad de simplificar la referencia a las niñas, los niños y los adolescentes.

Por ende, consideramos que niño es el ser humano desde su concepción hasta antes de cumplir 18 años que tiene derechos y deberes, asume responsabilidades de manera proporcional a la edad que posee.

1.2.3.2. En conflicto con la ley penal

El Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal 2013-2018 (en adelante, PNAPTA 2013-2018), aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-2013-JUS en su marco conceptual señala que “(s)e considera adolescente en conflicto con la ley penal a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho tipificado como delito o falta en la ley penal” (p. 27).

El concepto citado relaciona al “conflicto con la ley penal” a la categoría “adolescente” aunque en esta investigación se vincula al niño, en términos de la Convención. De otro lado, en el PNAPTA citado establecen una sinonimia entre “el

adolescente en conflicto con la ley penal” y “el adolescente infractor”, ya que, restringe su uso a adolescentes que han sido encontrados responsables. Sin embargo, en el contenido del Plan Nacional la frase: “en conflicto con la ley penal” alude a estos adolescentes aun cuando se encuentran investigados a nivel prejudicial.

Consideramos adecuado que el término “en conflicto con la ley penal” esté referido —en general— a aquellos niños que son parte de una investigación por presunta infracción a la ley penal desde su detención o denuncia policial en su contra, hasta que se determine a nivel judicial su responsabilidad penal, a través de una decisión firme, de manera que se garantice su presunción de inocencia.

1.2.3.3. Imputabilidad

Mary Beloff (2001) refiere que este término implica que al ser sujetos de derecho (niños y adolescentes), disfrutan de todas las garantías que le otorgan a una persona frente a una persecución penal, sin importar su edad; y, además, asumen la responsabilidad penal.

Por su parte Baratta, expone las dificultades que existen la comprensión de este término, así como el de inimputabilidad:

Muchos de los equívocos o confusiones derivan del hecho de usar los términos "imputabilidad" e "inimputabilidad" para designar dos cosas distintas: de un lado, la capacidad de responsabilidad penal y, del otro, la capacidad de culpabilidad, esto es, uno de aquellos filtros a través de los

cuales se debe pasar necesariamente, según un principio general del derecho penal "liberal" consagrado en las convenciones internacionales en esta materia, al proceso judicial de atribución de la responsabilidad penal, o sea de aplicación de una sanción prevista por la ley. Opinamos que sería mejor, para evitar la confusión, reservar el término "imputabilidad para la primera acepción y utilizar para la segunda los términos "capacidad de culpabilidad" o "capacidad de entender y querer" (1998, p. 44).

Por ello, puede concluirse que la imputabilidad en esta investigación es la capacidad para responder penalmente conforme las normas de justicia juvenil, por la comisión de una infracción a la ley penal, teniendo en cuenta la progresividad de su responsabilidad.

1.2.3.4. Inimputabilidad

Al explicar el sistema de justicia juvenil en Latinoamérica, Mary Beloff (2001) señala que la inimputabilidad constituye una barrera política/criminal que prohíbe a las personas menores de 18 años "someterlas a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal prevé para los adultos" (p. 11).

Chunga, Chunga y Chunga señalan que "la inimputabilidad es una etiqueta de minusvalía, debe rechazarse (...) es necesaria la expulsión del menor con pleno discernimiento del ámbito de lo inimputable." (2012, p. 300). Sostienen los autores que la inimputabilidad está directamente relacionada con el discernimiento, la posibilidad de distinguir lo bueno de lo malo, por lo cual los adolescentes que no

estén privados de discernimiento y cometen una infracción deben ser declarados culpables, a diferencia de los niños, por no haber alcanzado la madurez para hacer esta distinción.

Consideramos que la definición adecuada de inimputabilidad y que se aplica en esta tesis es la referida por Mary Beloff ya que está referida a la proscripción de someter a los niños (con menos de 18 años) al juzgamiento y sanciones destinadas para los adultos, aun cuando exista un régimen de justicia especializada que reconoce a los adolescentes como capaces de cometer infracciones.

1.2.3.5. Interés superior del niño

Es el principio o postulado que busca, no solo la priorización del bienestar del niño cuando se adopten medidas políticas, sociales o judiciales vinculadas a él, sino también la resolución de conflictos a través de la interpretación concordante a las garantías reconocidas en la Convención.

Parafraseando la opinión de los autores Alegre, Hernández y Roger (2014), respecto al interés superior del niño establecido como principio en el artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, cabe señalar que el término interés superior del niño posee 4 características inherentes a su definición. Por un lado, de acuerdo con los autores es un “principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos”. En segundo lugar, es amplio y “trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e

instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño”.

También es una norma de interpretación de la Convención y de resolución de conflictos con relación a otros derechos o sujetos de derechos. Finalmente, es una directriz política donde “el interés superior del niño adquiere una ponderación primordial frente a intereses colectivos”.

1.2.3.6. Menor

Al explicar el control social de la infancia a través de la historia, Emilio García Méndez señala que a fines del siglo XIX los Reformadores (movimiento moralista de clase media y alta conformada básicamente por mujeres) coloca “el problema de la infancia en un lugar privilegiado de la percepción social” y se busca “un marco jurídico y de contención real de aquellos expulsados o que no tuvieron acceso a la institución escolar”. Es así como se otorgan facultades discrecionales al juez. De otro lado, asevera que “(a)quella porción de la infancia-adolescencia que por razones de conducta o de condición social entra en contacto con la compleja red de mecanismos de la caridad- represión, se convertirá automáticamente en menor” (García, 1991). Es decir, el menor es aquel niño o adolescente excluido total o parcialmente de la cobertura de las políticas sociales básicas (educación y salud) cuya situación y cada ámbito de su vida está propensa a ser judicializada, sobre todo si subsisten leyes basadas en la doctrina de la situación irregular que criminalizan la pobreza (García, 1998).

En similares términos define Baratta: “Los menores son aquellos niños o

adolescentes que tienen necesidad de tutela o de medidas socioeducativas, porque no han gozado como niños y adolescentes, sólidamente insertos en el sistema escuela-familia, de los derechos fundamentales que las Constituciones reconocen” (1998, p. 44).

Por su parte, Batista destaca que en Brasil el “menor” es concebido como un ser inferior al adulto e incluso con el término “minorismo”, “se suele identificar en Brasil a la etapa tutelar donde existe una combinación entre minoridad/ peligrosidad/ pobreza que fundamenta toda intervención estatal sobre la vida y la libertad de los menores” (2008, p. 114).

Carmela de Orbegoso Rusell, propone una interpretación singular del término menor en el sistema peruano, a su entender:

Debemos advertir que la protección que se da en nuestro país con relación a los menores de edad está siempre vinculado al término “menor” y se refiere a la primera etapa de la persona la niñez, aquellas personas desde su nacimiento hasta los doce años aproximadamente, pues luego, sobreviene la etapa de la pubertad, desde los doce hasta los dieciséis años de edad aproximadamente y por último la etapa de la adolescencia desde los dieciséis hasta los dieciocho años de edad. Esto es, nominalmente nuestra normatividad existente reconoce tácitamente que son menores los niños y los que se encuentran en la pubertad, dejando la posibilidad de no considerar menores a los adolescentes: por ende, en dicho vacío legal podrían ser susceptibles de considerarlos responsables penalmente (2017, p. 19).

Si bien la citada autora no expresa qué textos o bibliografía apoyan su afirmación, estimamos que no resulta certera, pues el texto del *Código de los Niños y Adolescentes* —norma especial que en el Perú rige el sistema de protección del niño (en sentido amplio)— hace referencia expresa al término “menores” como aquellos que aún no tienen 18 años, así se corrobora en los artículos 144 y 195.

En tal sentido, el uso de la palabra “menor” como sustantivo, en esta investigación estará referida a aquellos niños, niñas o adolescentes sometidos los alcances de la doctrina de la situación irregular. Salvo que haya sido expresado de esa manera por los autores referenciados, o en las normas invocadas o en las resoluciones judiciales que se analicen.

1.2.3.7. Medidas de protección

El artículo 19 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* define las medidas de protección como:

1. (...) medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria

al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

La abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) Juana María Ibáñez Rivas al analizar las jurisprudencias emanadas por la CIDH, respecto a las medidas de protección que debe adoptar un Estado Parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19° de la *Convención sobre los Derechos del Niño* y citando el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, señala lo siguiente:

[e]l Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”. En este punto agregaríamos que, en cumplimiento del deber de respeto y garantía y en la línea de la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal, las medidas a adoptar por el Estado no sólo comprenden las de naturaleza positiva sino también las de negativa, entendidas éstas como las que exigen la abstención del Estado para evitar supuestos en los cuales se vulneren los derechos de los NNA (2010, p. 21).

El PNAPTA 2013-2018 en su marco conceptual establece que las medidas de protección:

Son aquellas medidas tutelares que adopta el Estado a fin de proteger y salvaguardar a aquellas personas en especial estado de vulnerabilidad.

Estas les son aplicadas a niñas, niños (menores de 12 años) y adolescentes comprendidos entre los doce y hasta cumplir los 14 años de edad que cometieron una infracción a la ley penal (2013, p. 28).

En este sentido, como noción general se define a las medidas de protección como: las disposiciones otorgadas por una autoridad con la finalidad de cautelar y facilitar el cumplimiento de los derechos del niño. En particular para los fines de esta investigación, este término está referido a las disposiciones que la ley faculta se apliquen judicialmente a los niños con menos de 14 años, luego de haberse acreditado su responsabilidad por infringir la ley penal y a los niños (con menos de 18 años) que se encuentran en presunto estado de abandono.

1.2.3.8. Medidas socioeducativas

Son las providencias que aplican los Jueces de Familia a los adolescentes de 14 a 17 años, luego de haberse acreditado judicialmente su responsabilidad penal ante la comisión de una infracción a la ley penal, y por tanto, constituyen una sanción ante la infracción cometida.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. Diseño de la Investigación

La presente investigación es de tipo no experimental, ya que no existirá manipulación de ninguna variable.

2.2. Diseño muestral

2.2.1. Población

Son expedientes judiciales cuyo número es indeterminable debido a que en el SIGA (Sistema Integrado de Gestión Administrativa del Poder Judicial) cuando ingresa un caso nuevo no suele registrarse la edad del adolescente pese a que existe un rubro para agregar este dato; y, en el área donde se consigna la “materia” (esto es, si se trata de un caso de infracción a la ley penal o de medidas de protección) únicamente se coloca “infracción”, lo que dificulta que se pueda realizar una búsqueda bajo estos criterios y determinar la cantidad de expedientes que han ingresado a los Juzgados de Familia de Lima durante el periodo del 2012 al 2016, solicitando medidas de protección.

2.2.2. Muestra

Estará compuesta por 33 casos dentro del periodo 2012 al 2016 que han estado a cargo de los Jueces de Familia de Lima.

2.3. Variables y definición operacional

- V-1: modelos que guían la interpretación jurídica de las medidas de protección.
- V-2: medidas de protección aplicables a los niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal.

VARIABLE	CONCEPTO	INDICADORES
Modelos que guían la interpretación jurídica de las medidas de protección	Conjunto de principios que, basados en un sistema determinado de creencias, son usados para interpretar jurídicamente los derechos del niño, entre ellos, para interpretar las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.	<ul style="list-style-type: none">• Doctrina de la situación irregular• Doctrina de la protección especial

VARIABLE	CONCEPTO	INDICADORES
Medidas de protección aplicables los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal	Disposiciones aplicables a niños con menos de 14 años que infringen la ley penal luego de haberse comprobado su responsabilidad por el delito o falta que se imputa	<ul style="list-style-type: none"> • El cuidado en el propio hogar de niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal. • Participación en un programa oficial de Defensa con atención educativa. • Participación en un programa comunitario de Defensa con atención educativa. • Participación en un programa oficial de Defensa con atención de salud. • Participación en un programa oficial de Defensa con atención social. • Incorporación a una familia sustituta. • Colocación familiar. • Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

2.4. Técnicas para la recolección de datos

2.4.1 Descripción de los instrumentos

2.4.1.1. Cuestionario de entrevista

Es el instrumento de investigación que se utiliza, de un modo preferente, en el desarrollo de la investigación cuyas variables son cualitativas. En nuestro caso con respecto

a la interpretación y aplicación de los Jueces Especializados de Familia de Lima con respecto a las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

El cuestionario consta de 4 preguntas. Dos de ellas, de opción múltiple y 2 preguntas de desarrollo. De igual manera, el cuestionario tiene una guía donde se indican tanto el objetivo como las instrucciones para su llenado, como se observa:

GUÍA DEL CUESTIONARIO DE ENTREVISTA

INSTRUMENTO PARA RECOGER OPINIONES SOBRE LA PERCEPCIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LOS NIÑOS CON MENOS DE 14 AÑOS, EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

ENTREVISTA ESTRUCTURADA

El objetivo de la entrevista que se adjunta, es conocer cómo los operadores jurídicos especialistas en justicia juvenil interpretan las medidas de protección aplicables a niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal y si consideran que existen dudas respecto a la aplicación de tales medidas.

Instrucciones:

- La entrevista consta de 4 preguntas.
- Las preguntas son independientes y se solicita que las respuestas también.
- Las respuestas son de opinión o posición sobre el objetivo expuesto.
- Las 2 preguntas iniciales, tienen alternativas para su respuesta. Ello no impide que el la alternativa "d) N/A" pueda especificar su respuesta.
- Las 2 preguntas finales son de naturaleza abierta.
- El cuestionario será utilizado únicamente para fines de investigación académica.

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA

Nombre:

Cargo:

Años de experiencia laboral:

Firma:

1. ¿Qué autoridad otorga las medidas de protección a niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, reconocidas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes?

- a) MIMP (Dirección de Investigación Tutelar)
- b) Juez de Familia de la sub especialidad penal
- c) Juez de Familia de la subespecialidad tutelar
- d) N.A. especificar

2. ¿Cuál es el proceso o procedimiento que se requiere para el otorgamiento de tales medidas de protección?

- a) Procedimiento administrativo
- b) Proceso único (similar a adolescentes mayores de 14 años)
- c) Proceso único (vía tutelar)
- d) N.A. especificar

3. ¿Existe duda en los operadores de justicia respecto a la autoridad competente (según la especialidad) que deba otorgar estas medidas?, ¿por qué?

.....
.....
.....
.....

4. ¿Considera usted que se puede equiparar la aplicación de las medidas de protección antes señaladas y aquéllas medidas de protección para niños, niñas o adolescentes en abandono (artículo 243°)?, ¿por qué?

.....
.....
.....
.....

2.4.1.2. Guía de Análisis Documental

Es aquel instrumento que permitirá realizar un estudio sistemático de los expedientes consultados para ser analizados posteriormente, en concordancia con las variables de estudio. Por ello, el foco del análisis será un examen crítico, en lugar de una mera descripción de los documentos. Este examen se reflejará en el desarrollo del Capítulo V.

N°	EXPEDIENTE	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA INICIO	FECHA FIN	DECISIÓN
		INICIALES	EDAD	SEXO					

2.4.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos

La validez del Cuestionario de Entrevista utilizado ha sido validada por Juicio de Experto que se caracteriza por ser abogado con experiencia en este tipo de procesos y el manejo de la normativa especializada en niños, niñas y adolescentes.

2.5. Técnicas estadísticas para la presentación de la información

La discusión de los resultados se hará mediante la confrontación de las respuestas otorgadas en las encuestas con el análisis las decisiones judiciales. Es

por ello que, las conclusiones se formulan teniendo en cuenta los objetivos planteados y los resultados obtenidos.

2.6. Aspectos éticos

En la presente investigación, se guarda reserva sobre los nombres de los niños vinculados a los procesos judiciales aludidos, por lo cual su identificación se realiza únicamente con iniciales y la edad.

Por otro lado, respecto a los autores mencionados a lo largo de esta investigación se respeta el derecho de autoría de sus ideas y opiniones, a través del sistema de citas bibliográficas.

CAPÍTULO III

MEDIDAS DE PROTECCIÓN APLICABLES A NIÑOS CON MENOS DE 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

3.1. Antecedentes

Como señala Nelly Luz Cárdenas Dávila no existe un registro certero que evidencie el trato otorgado a los niños que infringían la ley penal en la época preinca e inca debido a que solo se cuenta con mitos, leyendas y creencias. Refuerza esta idea al citar al profesor Fermín Chunga Lamonja, quien subrayó que, de la labor de los cronistas se evidenciaría un trato similar al adulto (2009, p. 28). Mientras que, en la conquista y virreinato la protección se otorgó a los niños mestizos y a los no indios; por ello, la autora citada considera que las bases del derecho peruano de menores surgen con la proclamación de la independencia (2009, p. 18).

De ahí que, los antecedentes se remiten a la regulación de estas medidas en la legislación republicana que se detalla a continuación.

3.1.1. El Código Penal de 1863

Establece que están exentos de responsabilidad criminal tanto el menor de 9 años y el mayor de 9 hasta los 15 años, salvo que se pruebe que obró con

discernimiento que atenuaba su responsabilidad criminal (artículo 8º). Asimismo, establecía que aquellos mayores de 15 años y menores de 18 años también tenían responsabilidad atenuada (artículo 9).

3.1.2. El Código Penal de 1924

El Título XVIII del Libro Primero de este código establece el “Tratamiento de menores”. De los artículos 137 a 147 se aprecia que el Código Penal establecía una diferencia en el tratamiento jurídico a aquellos con menos de 13 años y aquéllos entre 13 y 18 años.

Como señala Nelly Cárdenas, a través de este Código se estableció la jurisdicción de menores (juez de menores) y en provincias esta función estaba a cargo de los Jueces Civiles. Asimismo, establecieron como requisitos especiales para ser Juez de Menores los siguientes: casado, padre de familia y tener conducta irreprochable (2009, p. 22).

Si un adolescente entre 13 y 18 años cometía un hecho determinado como delito reprimido con prisión, el juez estaba facultado para aplicar una “medida de educación protectora” que consistía en colocarlos en una Escuela de Artes y Oficio o en una Granja Escuela o Escuela Correccional por tiempo indeterminado no menor de 2 años. Sin embargo, cuando el adolescente “por su profunda perversión o sus malas tendencias evidentes, pareciera peligroso, aunque se trate de un hecho reprimido con prisión” el juez internaba al adolescente en un área especial de la Escuela Correccional por un plazo no

menor de 6 años. Después de este plazo se evaluaba -con opinión de los funcionarios de la escuela- si era favorable su liberación condicional. Para este Código el límite de internamiento era cumplir los 21 años.

Por otro lado, si aquél con menos de 13 años cometiera delito o falta, de acuerdo con el artículo 137, el juez investigaba “la situación de material y moral de su familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su provenir honesto. Esta investigación podrá ser completada por un examen médico”. Así, determinaban si se encontraba en estado de abandono o peligro moral para entregar su cuidado a una familia digna de confianza, a una casa de educación pública o privada, Escuela Correccional o Granja-Escuela. Caso contrario, su propia familia era quien se encargaba de su cuidado previa advertencia a los padres y “reprimenda” al niño, pero la autoridad vigilará su educación.

En caso fuera “moralmente pervertido o revelare persistentemente malas tendencias” podía ser internado en la Escuela Correccional del Estado, de manera similar a los mayores de 13 años, con la diferencia que su internamiento se prolongaba hasta que cumpliera 18 años. Por consiguiente, se colige que la medida aplicable a aquél con menos de 13 años -haya o no cometido delito- era más gravosa que la aplicada al mayor de 13 años que sí delinquía. Cabe precisar que el Juez estaba facultado para aplicar estas medidas de manera preventiva, aunque el niño o adolescente no cometiera el hecho delito, cuando se encontraba moralmente abandonado o pervertido o en

peligro.

De acuerdo con el artículo 144, se consideraba que un niño o adolescente estaba moralmente abandonado o pervertido o en peligro cuando carecía de hogar o vivía de la caridad pública, cuando carecía de vigilancia o sus padres, tutores son ebrios, están en compañía de ladrones, frecuentan casas de juego o prostitución; también, cuando los niños o adolescentes no concurren a la escuela, crecen en la ociosidad o cuando esta falta de protección es un peligro para sí mismo y para la sociedad.

3.1.3. El Código de Menores de 1962 (Ley N° 13968).

Fue el primer cuerpo normativo peruano que reguló de manera independiente las situaciones relacionadas a aquéllos que aún no habían cumplido 21 años⁴ a quienes denominaba “menores” y con esa connotación se utilizará este término, en este acápite. Con su aprobación se derogó los artículos 137 al 147 del Código Penal de 1924, antes mencionado.

4

Nota.

La Constitución de 1933, abre las puertas para considerar ciudadanos no sólo a los varones mayores de 21 años sino también a los casados de 18 años. Ello ocasionó una posterior modificación al reconocimiento de la capacidad civil, conforme lo explica el Dr. Valentín Paniagua (2003, p.65) en las siguientes líneas:

Desde 1978 son ciudadanos los mayores de 18 años, reconocimiento que se dio por vía legislativa. La Constitución de 1933 reconocía la ciudadanía a «...los peruanos varones mayores de edad, los casados mayores de 18 años y los emancipados» (art. 84). En apropiada interpretación y desarrollo legislativo, la Junta Militar, presidida por el general Francisco Morales Bermúdez, modificó, simplemente, el Código Civil reduciendo de 21 a 18 años la edad para lograr la capacidad civil, esto es, la mayoría de edad. La Constitución de 1979 —como la actualmente vigente— explicitó la norma y reconoció como ciudadanos a «los peruanos mayores de 18 años» (art. 65). Todas las constituciones precedentes, a partir de 1828, habían fijado en 21 años la edad para acceder a la ciudadanía, salvo para los casados. Las excepciones fueron las constituciones de 1823, 1826 y 1839 que exigían 25 años.

Vid. Paniagua Corazao, Valetín (2003) El derecho de sufragio en el Perú. En *Elecciones N° 02*. ONPE p.65 Recuperado de <https://www.web.onpe.gob.pe/modEducacion/Publicaciones/L-0025.pdf>

El decreto ley 21994, de 15 de noviembre de 1977, modificó el artículo 8 del Código Civil de 1936 y otorgó la ciudadanía a los nacionales alfabetos desde los 18 años: «Son personas capaces de ejercer los derechos civiles los que han cumplido los 18 años de edad» (art. 1).

El artículo 64 de este Código establecía que el “Juez de Menores” estaba a cargo de las investigaciones, cuando los menores se encuentren en estado de abandono o peligro moral y por la comisión de un acto infractor. El siguiente artículo señalaba que el Juez debía discernir si se requiere un trato diferenciado en caso de menores en “situaciones especiales”: abandono, peligro moral, estado peligroso, deficiencia sensorial o mental, lisiados físicos y en necesidad temporal. Si bien el código no especifica a qué se refiere con estas situaciones, se advierte que no se incluye a aquéllos en conflicto con la ley penal.

Más adelante, en el Título IX denominado: Medidas Aplicables al Menor, el código sí establecía la intervención judicial en casos de conflicto con la ley penal pues, tanto los que se encuentren en abandono o peligro moral, como los que hayan cometido actos considerados como delito o falta, eran pasibles de internamiento previo a la existencia de una investigación judicial.

Las citadas medidas (de asistencia y protección) aplicables por el juez eran las siguientes:

1. El cuidado en el propio hogar;
2. La colocación y tratamiento en otro lugar adecuado;
3. La tutela en instituciones de educación;
4. El tratamiento especializado en nosocomios; y
5. La tutela y tratamiento en un establecimiento especializado (art. 109).

Cuando los menores aún no habían cumplido 14 años, el juez podía disponer que sean colocados en la Escuela de Preservación (art. 112); mientras que, los mayores a esta edad podían ser colocados en la Escuela de Reeducción (art. 113). Reconocía un poder absoluto e ilimitado al juez para determinar el “tratamiento” de los menores y su duración, inclusive si el menor “modificaba su conducta” los padres o el director de la escuela podían solicitar al juez la finalización del tratamiento (art. 115-118). Los directores también tenían ciertas potestades pues, a su solicitud, el juez podía autorizar que un menor sea trasladado a otro establecimiento o a la sección correctiva de la misma, atendiendo a la conducta irregular y la edad del menor (art. 125). En estas escuelas, los menores recibían “tratamiento” hasta los 21 años, pero podían permanecer hasta los 23 años en las secciones correctivas de tales escuelas, a pedido del director en casos de “manifiesta peligrosidad”.

En suma, no había trato distintivo entre los que infringían la norma penal y aquéllos sometidos a una situación de riesgo. Eran objeto de tratamientos, y, como objetos, estaban incapacitados de opinar y participar en las decisiones que se adoptaban sobre sus vidas. El juez representaba la autoridad absoluta que determinaba de manera excesivamente discrecional el futuro de aquéllos que aún no cumplían 21 años, consolidando una intervención guiada por la doctrina de la situación irregular.

3.1.4. El Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102).

Posteriormente, se emitió el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto

Ley N° 26102 publicado el 29.12.1992) que estableció por primera vez la distinción entre niños (menos de 12 años) y adolescentes (12 años hasta antes de 18 años). Mientras que, el artículo 208 reconocía que el niño con menos de 12 años que infringía la ley penal era pasible de medidas de protección y el artículo 264 establecía que tanto los niños infractores como los que requieren protección se les aplicaban las medidas de protección a través del Juez.

Las medidas de protección estuvieron reguladas en el artículo 265° de este código y son similares a las que consigna el vigente CNA:

- a) El cuidado en el propio hogar, orientando a los padres o responsables, al cumplimiento de sus obligaciones contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en Programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial;
- e) Declarado al niño o adolescente en Estado de Abandono, se podrá dar en Adopción, si fuere el caso.

Debido a que el Código de Menores era regido por la doctrina de la situación irregular, con el Decreto Ley N° 26102 se iniciaron los cambios ya que pretendía adoptar la doctrina de la protección integral. Cabe destacar que la fuente inspiradora de esta normatividad fue la Ley Brasileña N° 8069, a través de la cual el 13 de julio de 1990, se aprueba el Estatuto de Niños y

Adolescentes (en portugués, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, ECA en adelante). Inclusive, el contenido del texto es muy similar al actual CNA y a su antecesor, el Decreto Ley N° 26102.

Así, para conocer lo que pretendía nuestra legislación al regular las medidas de protección, cabe hacer referencia a varios artículos del Estatuto de Niños y Adolescentes.

En primer lugar, el ECA establece la división etaria entre niños (persona hasta 12 años incompletos) y adolescentes (persona hasta 18 años incompletos). Las medidas de protección (arts. 98-102) se regulan en un título separado y su aplicación está destinada tanto a niños como a adolescentes “cuando los derechos reconocidos en el ECA sean amenazados o violados: por acción u omisión de la sociedad o del Estado; por falta, omisión o abuso de los padres o responsable; o, debido a su conducta”. Asimismo, especifica que se aplican luego que se haya verificado la amenaza o violación. Establece un listado de medidas de protección que pueden aplicarse, pero no es taxativa pues aclara que pueden aplicarse otras teniendo en cuenta las necesidades pedagógicas y priorizando aquéllas que busquen el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

En el artículo 101 de la citada ley brasileña establece textualmente como medidas de protección:

- I. Encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad;

- II. orientación, apoyo y seguimiento temporarios;
- III. matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental;
- IV. inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente;
- V. solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento ambulatorio;
- VI. inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos;
- VII. abrigo en entidad;
- VIII. colocación en familia sustituta.

Párrafo único. El abrigo constituye una medida provisoria y excepcional, utilizable como forma de transición para la colocación en familia sustituta, no implicando privación de la libertad.

Ahora bien, en otro título de la ley acotada: “De la Práctica del Acto Infractor” que define como acto infractor “(...) a la conducta descrita como crimen o contravención penal”. Aplica como medidas socioeducativas: la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la inserción en régimen de semilibertad, la internación en establecimiento educacional, encaminamiento a los padres o responsable mediante declaración de responsabilidad, la orientación, apoyo y seguimiento temporarios, matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental, así como la inclusión en programa oficial o

comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente.

Respecto al acto infractor cometido por un niño (entiéndase persona de 12 años incompletos) se le aplican las medidas de protección. Con lo cual se infiere que las medidas socioeducativas se aplican exclusivamente a los adolescentes (artículos 103-105). Al mismo tiempo, reconoce expresamente que aquéllos con menos de 18 años son inimputables penalmente, para diferenciarlos con los adultos y aplicarle las medidas que se establecen en el ECA.

Con relación a la aplicación de las medidas de protección, es necesario resaltar que la política brasileña de atención a los derechos del niño y adolescente tiene como directriz la municipalización de esta atención. Esto es, descentralizan la creación de organismos (consejos municipales, provinciales, nacional, deliberativos, de control) que velen y controlen las acciones de las entidades de atención gubernamentales o no gubernamentales que ejecutan los programas de protección y socioeducativos destinados a niños y adolescentes (artículos 86 a 90). Además, existe un Consejo Tutelar (en cada municipio) que es un órgano permanente y autónomo, no jurisdiccional, encargado por la sociedad de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes establecidos en el ECA. Está compuesto por 5 miembros elegidos por los ciudadanos locales durante 3 años. Entre sus atribuciones se encuentra el atender a los niños y adolescentes aplicando medidas de protección cuando sus derechos se encuentren amenazados o se trate de niños que cometan un acto infractor.

En caso de desacuerdo con las decisiones que adopte este consejo, la parte interesada puede solicitar su revisión ante el poder judicial. La intervención judicial como instancia revisora también está reconocida por el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CONANDA) a través de la Resolución N°139, del 17 de marzo del 2010, la misma que dispone los parámetros para la creación y funcionamiento de los Consejos Tutelares en Brasil, y de otras providencias⁵. Es decir, las medidas de protección las aplica el Consejo Tutelar cuando ocurren las situaciones siguientes: a) cuando se amenazan o violan los derechos de los niños o adolescentes; y, b) cuando un niño comete un acto infractor.

A simple vista, pareciera que las medidas de protección aplicables a los niños o adolescentes cuando se amenazan o violan sus derechos son las mismas que resultarían aplicables a los niños en caso cometan una infracción penal; y, en ambos casos es el Consejo Tutelar quien las otorga. Aun así, puede considerarse que esta aseveración resultaría errónea pues, representaría una interpretación del contenido del ECA desde la doctrina de la situación irregular, donde el niño necesita protección por estar en riesgo social y el Estado es el gran proveedor de bienestar y por eso debe intervenir.

5

Nota.

“Art. 26. As decisões do Conselho Tutelar proferidas no âmbito de suas atribuições e obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e são passíveis de execução imediata.

§ 1º Cabe ao destinatário da decisão, em caso de discordância, ou a qualquer interessado requerer ao Poder Judiciário sua revisão, na forma prevista pelo art. 137, da Lei nº 8.069, de 1990”

A propósito de ello, Mary Beloff afirma que el ECA establece una “derivación automática” de los niños imputados de la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección y con ello:

continúa confundiendo aspectos penales con aspectos relativos a la protección, posteriormente se han encontrado otras soluciones diferentes de lo que llamo ‘derivación automática’. Es que sin mínimas garantías de debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención, circunstancia que según el ECA lo pondrá indefectiblemente en contacto con las instancias de protección. Por tal motivo, y como se verá más adelante, la exclusión de los niños de algún sistema de reacción estatal coactiva como consecuencia de la imputación de un delito se debe establecer de manera absoluta y, excepcionalmente, se debe prever la derivación si y solo si el juez que entiende en el caso advierte que los derechos de ese niño se encuentran amenazados o violados (2006, p. 16).

Conforme a tal interpretación, el Consejo Tutelar solo podría aplicar las medidas de protección cuando los derechos del niño se encuentren amenazados; en ningún caso, por habersele imputado una infracción porque están excluidos del sistema penal.

Sobre la competencia del Consejo Tutelar, también se generan dudas pues César Oliveira de Barros Leal, quien ha sido procurador del Estado en Brasil, advierte que esta función también podría realizarla un juez sin actuar como revisor:

Cuando se trata de un acto infractor cuyo responsable es un niño, la competencia es del Consejo Tutelar y, en defecto de éste, de la autoridad judicial, quien podrá, en los términos del artículo 143, investigar los hechos y ordenar de oficio las providencias necesarias, luego de escuchar al representante del Ministerio Público (2005, pp. 74-75).

El autor no hace mayor referencia al por qué interviene la autoridad judicial de manera supletoria. Ensayando respuestas, asumimos que una posibilidad es la falta de implementación de Consejos Tutelares en todos los municipios brasileños. En efecto, Alejandro Morlachetti, consultor de la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) detalla que al 2010, existen más de 5400 Consejos Tutelares que corresponden a más de 27000 consejeros actuando en más del 98% de los municipios de Brasil, de acuerdo con la información brindada por el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CONANDA) (2013, pp. 20-21). Información más actualizada sobre esta implementación es publicitada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República del Brasil a través de su informe denominado: Acciones de Brasil para la protección de los niños, niñas y adolescentes (2014, *web*). Puntualiza este informe que Brasil tiene 5933 Consejos Tutelares y solo 15 municipios no poseen consejo

estructurado (Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República de Brasil, 2014). Por tanto, sería el juez quien se encargue de aplicar las medidas en los 15 municipios no implementados.

Después de todo, lo cierto es que el Poder Judicial brasilero puede conocer una decisión realizada por el Consejo Tutelar sobre medidas de protección, como instancia de revisión al ser impugnada, conforme al artículo 137 del ECA. Nuevamente regresamos al dilema: ¿qué sucede si es el juez quien aplica las medidas de protección?, ¿esta decisión puede ser revisada por un tribunal superior?, o ¿solo es revisada cuando se dicta en vía municipal?

Sin duda las dificultades para materializar los postulados de esta norma son una realidad latente en Brasil. Ello también lo ha evidenciado Karyna Batista al destacar que si bien con la Ley 8.069 (ECA) se abandona en términos legislativos el modelo tutelar y de minorismo (2008, pp. 114-115), en la práctica institucional persiste el seguimiento de este modelo dejando de lado el modelo de responsabilidad o garantista que emerge del Estatuto de Niños y Adolescentes. Aun cuando no desarrolla cómo se aplican las medidas de protección y el funcionamiento de los Consejos Tutelares; señala, por ejemplo, que las medidas socioeducativas a veces se imponen como un remedio ante la vulnerabilidad social del adolescente. De tal forma que subsiste en el pensamiento de los funcionarios del sistema de justicia la aplicación de la doctrina de la situación irregular (Batista Sposato, 2008).

3.1.5. El Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 27337).

La regulación de este Código (CNA, en adelante) se encuentra vigente a la fecha y contiene una regulación similar al anterior en el tema de medidas de protección para niños en conflicto con la ley penal.

Al analizar nuestro CNA, Sergio Cámara Arroyo afirma que “nos encontramos ante un sistema de justicia juvenil de corte *correcional* que, sin embargo, abraza ciertos aspectos del denominado *modelo de responsabilidad* imperante actualmente.” (2013, p. 44).

Respecto al Derecho Correccional de Menores, Cámara afirma que ha sido definido por Mendizábal Oses⁶, quien establece que esta corriente aún se fundamenta en la doctrina de la situación irregular al considerar al “menor infractor como “inimputable como presunción *iuris et de iure* al menos hasta cierta edad (normalmente asociada con la niñez...)” (p. 46). En este sistema, se distinguen 2 modelos diferentes de medidas:

en primer lugar, aquellas aplicables a los niños, o medidas reeducativas, que carecen de cualquier connotación punitiva o significado retributivo -no constituye un ‘mal en sí mismas’-, y no están en función de la gravedad mayor o menor de la conducta lesiva, sino directamente relacionada con la personalidad evolutiva del menor (peligrosidad) (p. 46).

Éstas se traducen en las medidas de protección para el niño (artículo 184 del

CNA).

Y, “por otra parte, medidas de rehabilitación para los *adolescentes* y *semiadultos* infractores de carácter aflictivo, pero orientadas a la prevención especial” (p. 47) que devienen en las medidas socioeducativas para el adolescente infractor. Señala el autor que nuestro CNA también acepta importantes aspectos del modelo de responsabilidad y que la fusión entre la corriente correccional y de responsabilidad ha sido planteada en España por Ríos Martín y ha denominado al modelo de justicia juvenil como: *Educativo-Responsabilizador*. Resume que este sistema se fundamenta en la inimputabilidad de los menores, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Convención y la existencia de un proceso garantista no estigmatizador. Sin embargo, resalta que un importante sector de la doctrina establece una distinción en cuanto a la responsabilidad del niño y la del adolescente infractor (mayor de 14 años) ya que los primeros están exentos de responsabilidad; mientras que, los segundos tienen responsabilidad penal, a pesar de ser inimputables (p. 56)⁷.

⁶ Nota

Señala Sergio Cámara Arroyo citando a Mendizábal Oses que éste definió al Derecho Correccional de Menores en su vertiente objetiva y subjetiva. En su vertiente objetiva “como el conjunto de preceptos encaminados a asegurar la reinserción de los menores absolutamente inimputables, tienden a asegurar la paz social y el bien común cuando vulnerada o violado han de restaurarse mediante la consecuencia jurídica de aplicar determinadas medidas correccionales de carácter tutelar” y subjetiva “ante la situación irregular en la que se encuentra un menor, el Estado está obligado a aplicar al agente, en función de su personalidad, una medidas correccional de carácter tutelar que tiene a la reforma y reeducación de su conducta, con arreglo al procedimiento establecido en la ley” (p. 46)

⁷ Nota.

Cabe señalar que Sergio Cámara advierte una contradicción teórica en la legislación peruana pues, el Código Penal reconoce la inimputabilidad de los menores de 18 años (siguiendo un modelo biológico puro); en cambio el Código de los Niños y Adolescentes -al señalar que los mayores de 14 años se le aplican medidas socioeducativas- reconoce la naturaleza jurídica penal de estas medidas, como consecuencia de la responsabilidad penal de los adolescentes. Es decir, los mayores de 14 años dejarían de ser inimputables y pueden responder penalmente por actos ilícitos. Al respecto, como se ha señalado en el capítulo I, se asume para esta investigación la definición de inimputabilidad brindada por Mary Beloff como una barrera político/criminal que busca distinguir el trato (del proceso y su consecuencia) otorgado al adulto, con el que resultaría aplicable al adolescente.

3.2. Definición.

Las medidas de protección son las disposiciones otorgadas por una autoridad con la finalidad de cautelar los derechos específicos de una persona.

Como se indicó en el primer capítulo, para esta investigación, este término está referido a las disposiciones que la ley faculta se apliquen a los niños con menos de 14 años, luego de haberse acreditado su responsabilidad por infringir la ley penal. Ensayo esta segunda definición centrándome en la función que cumple respecto a los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal. Empero, por la función que desempeñan en el CNA, las medidas de protección también son las disposiciones que se aplican cuando un niño (menos de 18 años) se encuentra en presunto estado de abandono y serán tratadas con mayor detalle en el Capítulo V.

3.3. Tipos.

El artículo 242° del CNA establece las medidas de protección siguientes:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y

d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Si bien no se especifica cuándo se aplica cada una de ellas, se infiere que estas medidas se aplican gradualmente. En primer lugar, el cuidado en el propio hogar indicaría que el niño tiene garantizado sus derechos fundamentales a la salud, educación y cuenta con soporte familiar que permita al niño continuar con sus actividades y con la orientación a los padres para que cumplir sus obligaciones. De esta manera, son los padres los responsables de la conducta de su hijo y el MIMP el encargado de hacer el seguimiento y brindar esta orientación a través de programas que implemente como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, como se reconoce en el artículo 27 del CNA.

En segundo lugar, la participación en un programa social, la inclusión en una familia sustituta, la colocación familiar o su atención integral en un establecimiento especial, a mi parecer, únicamente sugieren la evaluación de las carencias del niño sin que ello se encuentre directamente relacionado con el acto infractor.

Este artículo permite distinguir que la intención del legislador -además de analizar la situación personal del niño- involucra a los padres como los responsables de los actos cometidos por sus hijos. Por ello invoca su participación activa aun cuando sea redunde en los deberes que emanan del ejercicio de la patria potestad, como lo reconoce el artículo 74 del CNA.

3.4. Procedimiento para su aplicación.

3.4.1. Consideraciones preliminares.

Previamente al análisis del procedimiento, existen algunas situaciones que deben puntualizarse:

En primer lugar, se considera que -en consonancia con las legislaciones latinoamericanas- en el Perú la edad mínima de responsabilidad penal es 14 años, ya que es a partir de tal edad que pueden aplicarse medidas de socioeducativas y además compatibiliza la edad mínima a partir de la cual nuestro ordenamiento jurídico autoriza el trabajo de adolescentes. Como se evidencia en el artículo 51° del Código de los Niños y Adolescentes, este artículo inicialmente establecía que la edad mínima requerida para trabajar era 12 años, a excepción de labores agrícolas no industriales (15 años), labores comerciales, industriales o mineras (16 años) o labores de pesca industrial (17 años). Posteriormente, la Ley N° 27571, publicada el 05/12/2001, aumenta la edad mínima a 14 años, señalando que excepcionalmente se concederá autorización a partir de los 12 años cuando las labores no perjudiquen su salud, desarrollo, asistencia escolar o participación en programas de orientación o formación profesional.

Ciertamente, este límite etario sería concordante con la Convención que en su artículo 40 numeral 3 a) establece la necesidad de adoptar una normatividad diferenciada para el niño a quien se alegue que infringe la ley

penal, sea acusado o declarado culpable por tal infracción; además, de especificar una edad mínima de responsabilidad penal antes de la cual se presume que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Es necesario hacer un breve paréntesis a fin de precisar la jerarquía normativa que la Convención sobre los Derechos del Niño en aras de resaltar su importancia para la interpretación de las medidas de protección. Este tratado fue ratificado por el Perú el 04 de septiembre de 1990, durante la vigencia de la Constitución Peruana de 1979, ella establecía expresamente que los tratados celebrados con otros Estados (aprobados por el Congreso y ratificados por el Poder Ejecutivo) formaban parte del derecho nacional; y en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecía el primero. Igualmente, estableció de manera expresa que los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución (artículos 101, 102 y 105).

Al entrar en vigor la Constitución de 1993, no se aprecia que su texto sea tan explícito para determinar si los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional o legal. Sin embargo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria zanja esta duda inicial otorgando rango constitucional a tales tratados al reconocer que los derechos constitucionales se interpretan conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados sobre la materia ratificados por el Perú. Como señala el profesor Marcial Rubio Correa:

(...) la Declaración de Naciones Unidas y los tratados ratificados por el Perú tienen valor hermenéutico para aplicar la Constitución y, con ello, hay que concluir que no tienen solamente rango de ley sino constitucional: de otra manera no podrían condicionar la interpretación del texto constitucional pues sólo se interpreta un mandato mediante otro rango igual o superior, nunca de rango menor (1998, p. 109).

Ariel E. Dulitzky realiza una reflexión importante sobre la jerarquía normativa que se asigna a los tratados de derechos humanos al señalar que:

No hay nada en la naturaleza de un tratado, una Constitución, una ley, un reglamento, o una disposición, que la haga superior o inferior a las demás. Lo único diferencial es que los constituyentes optan por otorgar determinada ubicación supraordenada a algunas y colocar a las demás en una escala descendente.

Esto representa una valoración especial de determinadas materias - entre ellas los derechos humanos- que conduce a quienes elaboran las Constituciones a colocarla entre los peldaños superiores del ordenamiento jurídico, a fin de reafirmar su valor trascendente (1997, p. 39).

Bajo esta premisa, el citado autor también concuerda en que la Constitución Peruana de 1978, otorga jerarquía constitucional a las normas de

derechos humanos de origen internacional y forman parte del bloque de constitucionalidad (p.48). Mientras que, en la Constitución de 1993, considera que aquélla otorga pautas de cómo deben interpretarse las normas de derechos humanos y hacen referencia expresa al derecho internacional, de manera muy similar, casi al pie de la letra de la Constitución española (1997, pp. 41-42).

En sentido similar opina Manuel Góngora Mera, el autor resalta que la Constitución peruana de 1979 era la única de la región que consagraba explícitamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en comparación con las Constituciones de Argentina de 1994, Venezuela de 1999 y Bolivia del 2009. Asimismo, concuerda en que la Constitución de 1993 “ha invocado la cláusula interpretativa (según la cual los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el país” (2014, pp. 304- 305).

El Tribunal Constitucional también ha señalado a los tratados de derechos humanos como “parámetros de constitucionalidad” y los consideró en la primera categoría de la pirámide jurídica nacional, aquélla destinada para las normas constitucionales y con rango constitucional. Al respecto, en el fundamento jurídico 22 del Expediente N.º 0047-2004-AA/TC precisó lo siguiente:

Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55.º de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de

derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa (2006, fj. 22).

De ahí que, no cabe duda del rango constitucional de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ergo, la especial protección que le brinda al niño la Constitución en su artículo 4º y demás garantías establecidas en su texto, deben ser interpretadas conforme a la citada Convención. Ésta desarrolla las

garantías fundamentales que le asisten a los niños; además de las contenidas en los diversos instrumentos de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc. De allí, nuestro compromiso como Estado Parte de informar periódicamente la adecuación de nuestra legislación interna a los postulados de la protección integral de los niños.

Retomando el análisis del artículo 40 de la Convención, cabe señalar que esta norma impone la necesidad de tomar en cuenta la edad del niño y respetar las garantías que le asisten, orientándolo al respeto de los derechos humanos de los demás. Entre las medidas que ejemplifican una normatividad diferenciada, resalta: el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal y la adopción de procedimientos alternativos al judicial para tratarlos sin menoscabar sus garantías.

Es pertinente citar a Cillero quien al comentar el artículo 40.3 aludido, señala lo siguiente:

Este límite no se refiere al asunto de la imputabilidad penal de adultos sino al de la atribución de un hecho material a un niño. Esto es así porque, según se desprende del art. 40.1, se supone la distinción entre infringir la ley penal y ser responsable de su violación. (...) Para recoger esta distinción jurídica en América Latina se desarrolla, como se

dijo, una tendencia legislativa de diferenciar entre niños, generalmente hasta los 12 o 14 años, y adolescentes, para los mayores de esas edades y menores de 18 años. El modelo jurídico de la responsabilidad se basa en esta distinción y por ello sólo es aplicable a los que la ley califica como adolescentes; se hace necesario, además, que se declare que son incapaces de infringir la ley penal a los niños (menores de 14 o 12 años) y se garantice que sólo se les podrá aplicar a los adolescentes las medidas derivadas de la declaración de su responsabilidad por la infracción a la ley penal (2000, p.118).

Inclusive, antes de emitirse la Convención, las Reglas de Beijing hacían hincapié a la necesidad de establecer una edad mínima. Su artículo 4° expresamente señala lo siguiente:

Artículo 4. Mayoría de edad penal

4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

En el comentario de este artículo se establece que la regla está referida no solo al establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal y cuál es su límite superior, es decir, el rango que abarca la protección de este

sistema (cfr. UNICEF).

Sobre la base de esta normativa, el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, a través de su Observación General N° 10, sobre los derechos del niño en la justicia de menores (2007, pp.13-14) advierte que la obligación (establecida por la Convención) de crear una Edad Mínima de Responsabilidad Penal (EMRP, en adelante) implica que no pueda acusarse y menos ni juzgarse para determinar responsabilidad penal a los niños que no han cumplido la EMRP, aunque se trate de un delito grave, sin que ello implique negar su capacidad de infringir la ley penal. Igualmente, puntualiza que en caso sea necesario, pueden establecerse medidas de protección a su favor.

Respecto a la EMRP, la Observación General N° 10, remarca que ésta no debe ser menor a 12 años, instituyéndola como “edad mínima absoluta” a fin de que no se reduzca ni se legitimen situaciones de excepción como: la imputación de un delito muy grave o reconocer que, a pesar de su edad, es suficientemente maduro para ser responsable penalmente. El Comité también resalta la necesidad de establecer procedimientos (no judiciales) garantistas para tratar a los niños debajo de EMRP. Enfatiza además la obligación de los Estados Partes de incluir en sus informes aquella información detallada sobre el trato que se da a los niños con menos de la EMRP fijada por la ley:

cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los

niños que han alcanzado la mayoría de edad penal (párr. 33).

En segundo lugar, y como consecuencia de las disposiciones normativas antes citadas, si el Perú reconoce que los niños con menos de 14 años carecen de responsabilidad penal, su obligación como Estado Parte es crear procesos o procedimientos diferenciados para niños con edad inferior a la EMRP y para aquéllos mayores a 14 años, cuando exista una intervención estatal.

Inclusive hay opiniones de autoridades estatales que enmarcan los 14 años como la edad mínima. Por ejemplo, el abogado Beyker Chamorro López, como Director de Política Criminológica del Ministerio de Justicia afirmó que existe “responsabilidad penal especial desde los 14 a 18 años” (28 de febrero de 2018).

En cierta medida, el Perú está elaborando normas destinadas a distinguir un sistema penal específico para los adolescentes mayores de 14 años, por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1348, que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes en el cual se desarrolla el proceso y las garantías que resultarán aplicables cuando sean sometidos al sistema de responsabilidad penal, haciendo un símil con las garantías reconocidas al sistema de adultos en el Decreto Legislativo N.º 957, Código Procesal Penal que en el distrito judicial de Lima aún no se encuentra vigente en su totalidad y conforme a su Primera Disposición Final, establece la progresividad de su vigencia a través de un calendario oficial, en su numeral 4 reconoce la vigencia

en todo el país de los artículos 205-210 (control de identidad y video vigilancia), los artículos 468-471 (proceso de terminación anticipada), el Libro Séptimo sobre Cooperación Judicial Internacional y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código. Cabe precisar que el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes se encuentra en *vacatio legis*. Su vigencia está supeditada a la publicación de su reglamento, conforme a la segunda disposición final y transitoria.

Por otro lado, se encuentra vigente el Decreto Supremo N° 011-2016-JUS, que aprueba el Protocolo Interinstitucional para la Atención Especializada de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal en Etapa Preliminar, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio del 2016. Si bien este protocolo no limita taxativamente su aplicación a aquéllos con menos de 14 años, sí se advierte que su terminología refiere únicamente a “adolescentes”, en ningún momento a niños (menos de 12 años). Similar vocablo utiliza el CNA cuando se refiere al proceso de investigación en caso de responsabilidad penal. Únicamente hace mención del adolescente, dejando de lado al niño.

Contrariamente, en caso de niños o adolescentes (con menos de 14 años) no existe legislación especial que señale el trámite a seguir cuando corresponda aplicar las medidas de protección del artículo 242 del CNA, especialmente si ni siquiera se ha establecido su participación en los hechos que los expone al conflicto con la ley penal.

De ahí que, la fijación de la EMRP no solo es acorde con la Convención, sino que otorga “seguridad jurídica a la que no debe renunciarse” (Jiménez, 2010, p. 49) ya que instituye una barrera etaria que, a su vez, obliga a los Estados como el nuestro a la creación de un régimen de intervención diferenciado.

3.4.2. ¿Se requiere un proceso o procedimiento?

De las consideraciones previamente desarrolladas, se entiende que la vía idónea para la aplicación de las medidas de protección a niños con menos de 14 años que infringen la ley penal debería tener como características, las siguientes:

- a) Ser administrativa (no judicial).
- b) Garantizar los derechos establecidos en el CNA y la Convención.
- c) Establecer un procedimiento para investigar si corresponde aplicar estas medidas de protección, diferenciándose de la vía procesal penal para adolescentes con más de 14 años.
- d) No requerir acusación ni pronunciamiento judicial sobre su responsabilidad penal.

En el Perú no existe vía alguna que cumpla con estas características. En realidad, concurren diversos caminos para aplicar las medidas de protección, aunque no existe un acuerdo respecto a la vía más adecuada. En las líneas siguientes se desarrollarán las alternativas que -durante esta investigación- se

han evidenciado y suelen aplicarse o que podrían considerarse parcialmente adecuadas.

3.4.2.1. Vía administrativa tutelar.

La magister Carmen Flor de María Chunga Chávez en su tesis: Necesidad de la creación de un instituto de protección integral a la niña, niño y adolescente adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros -al desarrollar el tercer capítulo sobre la problemática de los niños, niñas y adolescentes en circunstancias especialmente difíciles- hace mención al adolescente infractor en los siguientes términos: “(e)l menor hasta los 14 años incumplidos es pasivo de medidas de protección, a través del Programa Nacional de Bienestar Familiar –INABIF, gobiernos regionales y locales” (2014, p. 51).

Aun cuando en la tesis no se explica cómo arriba a tal afirmación, máxime si a continuación desarrolla el programa de justicia juvenil restaurativa sin tener relación con lo que señalaba en el párrafo anterior, pareciera que se refiere a las medidas de protección aplicables en caso de presunto estado de abandono pues menciona al INABIF. Cabe indicar que el INABIF es la institución que se encarga principalmente del acogimiento de niños, niñas y adolescentes en centros residenciales, cuando se encuentran en situación de abandono y es una unidad ejecutora del pliego del MIMP pues, a través de él se busca -entre otros- la protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de presunto estado de abandono, conforme a los artículos 3 y 5 del Manual de Operación del INABIF, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 315-2012-MIMP, de

fecha 20 de noviembre de 2012. Además, el CNA establece la descentralización del MIMP a fin de que los gobiernos locales y regionales realicen estas funciones en su jurisdicción bajo la supervisión del MIMP (artículo 31).

Ahora bien, sobre la viabilidad de conceder al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la facultad de otorgar estas medidas de protección, es preciso indicar que no se ha establecido expresamente como una de sus funciones el emitir y cumplir las medidas de protección a favor de niños de menos de 14 años, cuando infringen la ley penal. A pesar de ser el ente rector del sistema nacional de atención integral al niño y al adolescente (artículos 27 y 28 del CNA).

Ello se puede verificar no solo en el texto del CNA, sino también en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (LOF-MIMP) aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1098, publicado el 20.01.2012, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF-MIMP) aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 003-2012-MIMP, publicado el 27.06.2012 y modificado mediante Decretos Supremos N°s 003 y 004-2012-MIMP, publicados el 12.05.15 y 11.08.15, el Reglamento del Servicio de Investigación Tutelar aprobado mediante el Decreto Supremo N° 05-2016-MIMP, publicado el 21.07.2016, que regula el procedimiento de investigación tutelar en casos de presunto estado de abandono y de riesgo.

Esta última norma estuvo vigente durante esta investigación, pero ha sido tácitamente derogada a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1297 que regula la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (vigente desde el 10/02/18, al publicarse su reglamento D.S. N° 01-2018-MIMP). Inclusive en el derogado D.S. N.º 011-2005-MIMDES que aprobó el Reglamento de los Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes que regula el procedimiento de investigación tutelar en casos de presunto estado de abandono tampoco establecía esta función. En tal razón, no existe sustento normativo que faculte al MIMP a través de cualquiera de sus órganos, para que cumpla esta función.

Si bien la Disposición V Transitoria y Final de la Ley N° 28330 (que modifica el CNA) establece que el MIMDES asumiría competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva a partir de los noventa (90) días hábiles de entrada en vigor de su reglamento (D.S. N.º 011-2005-MIMDES), también señala que el Poder Judicial seguirá ejerciendo competencia de los procesos no transferidos. En este sentido, la Ley 28330 señala que es competencia del MIMDES asumir la investigación tutelar, pero limita su intervención a situaciones de presunto abandono moral o material de aquéllos con menos de 18 años, aunque hasta la fecha no asume esta competencia en todo el país. Ello ha originado que el MIMDES (hoy MIMP) cada vez que crea Unidades de Investigación Tutelar (hoy denominadas Unidades de Protección Especial -UPE) exceptúan de sus funciones el conocimiento de casos de infracciones a la ley penal como se aprecia en los siguientes ejemplos

expuestos en orden cronológico:

Ejemplo 1. La Resolución Ministerial N° 177-2006-MIMDES, publicada el 18 de marzo del 2006, en el Diario Oficial El Peruano. En ella se establecen disposiciones para que el MIMDES asuma de manera progresiva competencia respecto de investigaciones tutelares impulsadas por la Secretaría Nacional de Adopciones y realiza una salvedad:

Artículo 2. Condiciones para la asunción de la competencia tutelar El MIMDES a través del INABIF:

a) No asumirá investigaciones tutelares respecto de adolescentes presuntamente infractores o infractores de la ley penal, las que continuarán siendo de conocimiento del Poder Judicial aun cuando correspondan a los Distritos Judiciales mencionados en el artículo anterior (Lima, Lima Norte y Callao).

Ejemplo 2. De manera similar, el 18 de diciembre del 2013, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 273-2013-MIMP, mediante la cual se autoriza el ejercicio de la competencia tutelar del MIMP a través del funcionamiento de las Unidades de Investigación Tutelar en las provincias de Arequipa, Huancayo y Cusco. Sin embargo, en la parte resolutive expresamente señala advierte lo siguiente:

Artículo 2.- Condiciones para la asunción de la competencia tutelar El MIMP, a través de las Unidades de Investigación Tutelar, no asumirá investigaciones tutelares respecto de adolescentes presuntamente infractores o infractores de la ley

penal, las que continuarán siendo de conocimiento del Poder Judicial aun cuando correspondan a las provincias mencionadas en el artículo anterior.

En opinión de los Jueces Superiores de la 2° Sala Especializada de Familia de Lima esa disposición “entraña una renuncia tácita y en vía administrativa, a su rol como Ente Rector (...) renuncia inmotivada a las competencias establecidas ope legis, lo cual no resulta admisible”, como lo expresó en el considerando décimo sexto de la Resolución N.º 04 (2016, Exp. N° 8976-15).

Ejemplo 3. En el año 2016, la 17° Fiscalía Provincial de Familia de Lima solicitó a la Unidad de Investigación Tutelar de Lima (DIT Lima, en adelante) se abra una investigación al adolescente de iniciales M.N.C.B. (12) a fin de que se apliquen medidas de protección provisional “por encontrarse en presunto estado de abandono, al encontrarse inmerso en un proceso de infracción a la ley penal -contra el patrimonio- robo agravado”.

La DIT Lima el 12 de octubre del 2016, emitió la Resolución N° 4021-2016-MIMP.DGNNA-DIT-UIT LIMA en la cual decide no abrir investigación tutelar al citado adolescente por no encontrarse en estado de abandono y en el considerando tercero argumenta lo siguiente:

(...) Por ende, no se vislumbra causa alguna que justifique aplicar medidas de protección de acuerdo a lo prescrito en el artículo 243° del Código de los Niños y Adolescentes, por no encontrarse

dentro de los alcances del artículo 248° del acotado Cuerpo de Leyes. Asimismo, estando a que dicho adolescente cuenta con procesos por infracción a la Ley Penal, corresponde al Juez de Familia aplicar la normativa contemplada en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, referentes al **‘Niño Infractor de la Ley Penal’, en la cual se señala claramente las atribuciones del Juez Especializado, así como las medidas de protección a aplicar**, sin embargo, el presente caso deberá hacerse de conocimiento al Equipo de Soporte y Fortalecimiento Familiar de esta Unidad, para que brinde a la madre biológica las pautas correspondientes con el soporte que requiere el adolescente, contando con las redes de apoyo, lo cual coadyuvará a la relación familiar y el desarrollo integral de aquél; (el resaltado es original)⁸.

Como puede vislumbrarse, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - como institución y en sus diferentes órganos- no se considera competente para emitir medidas de protección en casos de niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, argumentando que esa es una función judicial.

Esta posición ha sido cimentada a través del Decreto de Urgencia N° 01-2020, publicada el 07 de enero del 2020, en ella se modifica el Decreto Legislativo N°1297 regula la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Así en el artículo 3, el Decreto

de Urgencia incorpora la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final en la cual de manera expresa rehúsa en asumir su función protectora:

Tratándose de la niña o niño que cometa una infracción a la Ley Penal, se rige por lo previsto en el Capítulo VIII del Título II del Código de los Niños y Adolescentes a cargo del Juzgado de Familia o Mixto.

Cuando se trate de una o un adolescente denunciada o denunciado o, investigada o investigado, acusada o acusado o sentenciada o sentenciado por infracción a la Ley Penal y, se encuentre en presunta situación de desprotección familiar, la Fiscalía de Familia o Mixta, así como el Juzgado de Familia o Mixto aplica las medidas en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a fin de lograr su reintegración familiar y social.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) es competente para aplicar medidas de protección a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de desprotección familiar y que no hayan infringido la Ley Penal.

En ningún caso, un Centro de Acogida Residencial hace las veces de un Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación o el lugar donde se aplica la medida de protección para adolescentes menores de catorce (14) años de edad que han infringido la Ley Penal.

8

Nota.

Cabe señalar que en el caso del citado adolescente, en el mes de enero del 2017 y como consecuencia de un informe psicológico y social determinaron que no contaba con familiares idóneos para asumir su protección y los progenitores no estarían asumiendo sus obligaciones parentales. Por lo cual se abrió una investigación tutelar que se encuentra en curso. Mas no por los hechos en materia penal.

En el primer párrafo, referido a aquellos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, se remite al Código de los Niños y Adolescentes, es decir, a la vía judicial estipulada en el artículo 242°; mientras que, en el tercer párrafo consolida su posición pues basta la existencia de una denuncia o investigación preliminar por presunta infracción a la ley penal en contra de una niña, niño o adolescente para que este caso no sea atendido por el MIMP aun cuando su intervención no estaría relacionada a tal investigación sino a la situación de desprotección de cuidados parentales (antes abandono) en la que se encontraba la niña, niño o adolescente. Aunque consideramos adecuado que se establezca que un Centro de Atención Residencial (CAR) no suple a un centro juvenil como indica el último párrafo, no es menos cierto que el Ministerio de la Mujer consigue mucho más en esta Disposición Complementaria Final.

Paralelamente, el MIMP transfirió indebidamente a las Fiscalías y Juzgados de Familia la competencia para conocer y aplicar medidas de protección respecto de adolescentes de 14 a 17 años en desprotección de los cuidados parentales. Ello se colige del tercer párrafo ya que pretende que tales órganos -además de la investigación o juzgamiento por la presunta infracción a la ley penal- establezcan las medidas de protección que se requieran. Esta postura es alarmante si pensamos en los diversos casos que se presentan a diario cuando existen adolescentes en conflicto con la ley penal: Si la investigación por presunta infracción a la ley penal se archiva o se aplica una medida socioeducativa distinta al internamiento y el adolescente carece de cuidados parentales o familia extensa que vele por su seguridad, ¿quién asumiría su cuidado, qué medida de protección podría adoptar un Fiscal, Juez

o el MINJUS si es el MIMP es el ente que tiene a su cargo la dirección de los Centros de Atención Residencial?, ¿a dónde podrían ser albergados?

Sobre la base de lo expuesto se aprecia que esta irrazonable renuncia de funciones incide perjudicialmente en la protección especial de esta población pues la expone a una situación de calle.

Respecto a este Decreto de Urgencia se advierte que, conforme al segundo párrafo del artículo 135° de la Constitución, la Comisión Permanente realizó un examen de control de este decreto de urgencia que se plasmó en el denominado Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Permanente encargado del examen del Decreto de Urgencia N° 001-2020. Este grupo estuvo presidido por la congresista Indira Huilca e integrado por las congresistas Milagros Salazar y Gladys Andrade quienes recomendaron -en el extremo comentado- que el MIMP sea competente para aplicar las medidas de protección a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en desprotección familiar “aunque hayan infringido la ley penal, cumplan medidas socioeducativas en medio abierto” como consecuencia de la propuesta realizada por el representante de UNICEF quien solicitó que el sistema de protección actúe de manera coordinada entre sus subsistemas como son el relacionado a la administración de justicia penal juvenil y el sistema de protección de niños y niñas sin cuidados parentales (Grupo de Trabajo, 2020, p. 13).

3.4.2.2. Vía judicial tutelar.

La magíster Silvana Fabiola Milagros Calle Miranda en la parte introductoria de su tesis titulada: Tratamiento del menor infractor con justicia garantista y restaurativa afirma lo siguiente:

Actualmente, se ha incrementado la edad, para considerar a un menor como infractor, a partir de los catorce años a menos de dieciocho años de edad. Consecuentemente, los menores de catorce años son considerados niños y les competen medidas de protección por lo que no podrían ser considerados como que han cometido infracciones a la ley penal y no podrían ser juzgados por los magistrados especializados en familia, quienes son los encargados de juzgar a menores infractores, sino dichos magistrados tienen que declarar su estado de protección (2010, p.11).

Del texto citado se colige, por un lado, que la autora considera que el juez emite las medidas de protección, pero sin juzgar al niño con menos de 14 años. Por otro lado, considera que los adolescentes con menos de 14 años se convierten en niños por el solo hecho de emitirse medidas de protección. Posiblemente se refiera a los efectos en este ámbito, en lo que sí estamos de acuerdo en esta investigación, mas no la equiparación de 2 categorías diferenciadas en nuestro CNA: niño - adolescente.

A su vez, en la tesis citada la magíster opta por el uso de una vía procesal que una parte de los jueces de familia también apoyan: la vía tutelar. Así, un juez de familia de la subespecialidad tutelar con competencia para conocer casos de abandono, tenencia, régimen de visitas, etc., sería el encargado de emitir las medidas de protección.

Una postura interesante es la sostenida por Luz Marina Montoya Zegarra, Fiscal Adjunta Provincial de Familia de Lima. Al analizar el proceso para otorgar medidas de protección materia de esta investigación, la autora concluye que:

(e)l proceso para otorgar medidas de protección a los menores de 14 años que cometen infracción a la ley penal, es el de la investigación tutelar, el cual es realizado para otorgar medidas de protección en presunto estado de abandono; en razón a que existe entre ambas circunstancias el mismo motivo, razón y finalidad el cual es brindar protección” (2017, p. 270).

Para ello, la autora considera que la EMRP en el Perú es de 14 años, conforme a una interpretación sistemática y funcional del CNA, las leyes, la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú; conforme las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. Asimismo, resalta que pretender que se impute responsabilidad penal a aquéllos con menos de 14 años, aplicando un proceso de investigación y juzgamiento aplicado a los adolescentes de 14 a 17 años, vulnera la prohibición de aplicación por analogía de la ley que restringe derechos, principio de legalidad procesal penal (no hay proceso sin ley previa), derecho a la debida motivación

de las resoluciones judiciales (no sustenta por qué decide dar una determinada medidas de protección, el debate judicial no es sobre las condiciones personales del niño o adolescente sino sobre el acto infractor), principio de inimputabilidad y desjudialización que rigen la justicia juvenil (pp. 266- 268).

Una tesis que hemos consultado posteriormente, por formar parte de los materiales del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia celebrada el 20 y 21 de setiembre del 2018, también sostiene esta posición. La tesis para optar el título de abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa) presentada en el 2015, por la bachiller Jackeline Maribel Payé Salazar se titula: Cuestionamiento al Proceso Judicial que se apertura a los niños menores de 14 años que se encuentran en conflicto con la ley penal a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, en el Perú.

La tesista pone en evidencia la inexistencia del procedimiento que debe seguirse para dictar las medidas de protección en estos casos. En sus conclusiones y sugerencias sostiene que, si bien aquél con menos de 14 años no es responsable penalmente, en caso exista una situación que amenaza o vulnera sus derechos, el fiscal de familia solicitará las medidas de protección al juez de familia en un proceso tutelar donde se cautelen los derechos del niño (derecho a ser oído, de defensa) y el MIMP se encargaría de ejecutar y controlar tales medidas de protección. Mientras que, en los casos que no haya amenaza o vulneración a sus derechos, el fiscal deberá archivarlos (2015, pp. 222-226).

Ciertamente esta propuesta -en teoría- busca la defensa de los derechos del niño, sin embargo, continúa con recurriendo a la vía judicial que en principio implica una dilación para su finalización por la sobrecarga procesal, más aún si la vía es del proceso tutelar y las actuaciones (declaraciones, informes psicológicos, etc.) no suelen realizarse en un solo acto y menos aún el emitir una sentencia 5 días después de la audiencia, como se propugna. Un claro ejemplo de esta imposibilidad de cumplir con los plazos se viene corroborando con el nuevo proceso para determinar el otorgamiento de medidas de protección en los casos de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familia. Así la Ley N° 30364 establece que 72 horas después de la denuncia, el Juez debe pronunciarse en audiencia oral; sin embargo, estos plazos no se cumplen y usualmente se programan después de meses de ingresado el caso, con lo cual el auto final suele emitirse el año de haberse solicitado. Esta situación generó la creación del módulo de violencia familiar de la Corte Superior de Justicia de Lima para agilizar la atención de denuncias; sin embargo, el caso materia de investigación no genera la misma prioridad con lo cual su resolución estaría sujeta a la sobrecarga judicial.

Particularmente, valoramos que decantarse por la vía tutelar judicial es desventajosa para los niños con menos de 14 años pues implica que su caso sea visto a través del proceso único, sometiéndose a su tramitación que -para este efecto- vulnera diversas garantías:

- a) **Plazo razonable.** El proceso único establecido en el CNA es similar a un proceso sumarísimo regulado en el Código Procesal Civil, con los mismos inconvenientes que aquejan a los órganos jurisdiccionales de

todas las especialidades: sobrecarga de expedientes, huelgas de trabajadores judiciales y actualmente la pandemia por COVID-19 generó múltiples reorganizaciones laborales para priorizar el trabajo remoto y cubrir a los diversos trabajadores contagiados.

De tal forma que, el plazo del CNA que supone la emisión de la sentencia en un plazo aproximado no mayor a 30 días útiles desde el inicio del proceso se convierte en un proceso que puede durar 1 año, usualmente más, sin duda, ello afecta esta garantía constitucional. Aun cuando el Tribunal Constitucional el 14.05.2015, en el Expediente N° 00295-2012- PHC/TC Lima haya establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que:

(...) la consecuencia jurídica sea la emisión de la decisión que resuelva de manera definitiva la situación jurídica del procesado. Dicho con otras palabras, que el órgano jurisdiccional emita pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible. (2015, fj. 10).

Sabemos que en esta vía el proceso no será resuelto con la prontitud deseable. Por cuanto, disminuye la efectividad de la medida que pueda disponerse pues se ha perdido tiempo valioso para que la intervención genere un efecto positivo y consecuente con los hechos.

b) Juez natural. El Tribunal Constitucional ha sido contundente al especificar en el Expediente N° 00162-2011-PHC/TC que se requiere acreditar en forma indubitable la participación del menor en la infracción que se le imputa y ello implica el inicio de un proceso. En tal sentido, el juez de familia competente para conocer este caso es el de la subespecialidad penal, no civil-tutelar.

c) Derecho de defensa. Esta vía no ofrece al niño con menos de 14 años un defensor público que permita acompañarlo en el proceso pues, el Decreto Supremo N° 013-2009-JUS que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29360 – Ley del Servicio de Defensa Pública a cargo del MINJUS, reconoce que la defensa de “adolescentes infractores” se otorga cuando el mismo se encuentra en la vía penal, mientras que, en materia familia-civil, brinda consejería legal, absuelve consultas e incluso puede interponer demandas (alimentos, régimen de visitas, etc.), mas no participar como defensa en la etapa judicial (artículos 7 y 22).

Esta función tampoco es ejercida por el MIMP pues, los Centros de Emergencia Mujer (CEM) la población objetivo de su servicio psico social y patrocinio legal son las mujeres e integrantes del grupo familiar afectados por hechos de violencia física, psicológica, sexual y económica o patrimonial, así como cualquier persona afectada por violencia sexual. A pesar de incluir niños, niñas y adolescentes, el patrocinio únicamente está dirigido a los casos antes mencionados. Ello, de acuerdo con la Resolución Ministerial N° 157-2016-

MIMP (22.06.16) que aprueba la Guía de Atención Integral de los Centros Emergencia Mujer (apartado 3.3.4) y deja sin efecto la Guía aprobada mediante la Resolución Ministerial N° 185-2009- MIMDES, que regulaba en similares términos las funciones del CEM.

De igual manera, las Unidades de Investigación Tutelar del MIMP (hoy Unidades de Protección Especial) tampoco pueden ejercer esta defensa pues solo actúan para realizar seguimiento de los procesos donde se requiera la declaración judicial de abandono (hoy denominada desprotección familiar).

Por su parte, las DEMUNAS que son las Defensorías Municipales de Niños y Adolescentes (denominadas Defensorías de Niños y Adolescentes) supervisadas y autorizadas por el MIMP de acuerdo con el artículo 59 del ROF del MIMP, pueden brindar asesoría e intervenir como defensa en procesos de alimentos o violencia, e incluso pueden ejercer representación procesal de niños, niñas y adolescentes cuando sean la parte agraviada en caso de delitos, faltas o contravenciones, de acuerdo con la Resolución Ministerial N° 362-2014-MIMP, publicada el 15.10.2014, que aprobó la Guía de procedimientos para atención de casos en las Defensorías del Niño y el Adolescente (artículo 13). Se entiende que esta institución no ejerce la defensa en caso niños, niñas o adolescentes sean los investigados pues, el Ministerio de Justicia -a través de la defensa pública- le correspondería esta función; sin embargo, como ya se ha indicado, su competencia está textualmente delimitada a investigaciones o procesos penales.

En tal sentido, esta vía no garantizaría que cuenten con un defensor, salvo que sea abogado particular.

3.4.2.3. Vía remisión fiscal.

Pese a que esta tesis centra su investigación en las decisiones emitidas por los Jueces de Familia de Lima, es pertinente mencionar una posición adoptada por un Juez del distrito judicial de Arequipa, así como de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en la Causa N° 2012-166-0-040101-SS-CI-04, conforme se detalla a continuación.

De acuerdo con la resolución de la Cuarta Sala Civil de fecha 14 de mayo del 2012, la Fiscal Provincial Civil y Familia de Paucarpata solicitó judicialmente se dicten medidas de protección a favor de la niña L.J.H.M. de 10 años por haber infringido la ley penal por lesiones leves, en agravio de su hermana menor D.M.H.M de 4 años (por colocarle la espátula caliente en las manos). Ante ello, el juez declaró no ha lugar a aperturar el proceso de infracciones en contra de la niña L.J.H.M. porque en la fiscalía no se habría citado a la niña para una audiencia de remisión, que era una medida que debía adoptarse teniendo en cuenta la edad de la presunta infractora, según el juez de primera instancia.

La fiscal impugna esta decisión y sustenta su recurso de apelación en la imposibilidad de aplicar la remisión porque la niña no puede considerarse infractora debido a su edad y conforme al artículo 184 del CNA. Además, aclara que la concesión de remisión fiscal es facultativa y no obligatoria, e incluso el

juez puede adoptarla durante el proceso judicial pues, existe la remisión judicial. Ante tales argumentos, los jueces superiores argumentan que debe tenerse en cuenta no solo lo dispuesto por el CNA sino también por la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 40.3 señala que se debe tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales. Parafrasean esta norma indicando que la remisión tiene el objeto de eliminar los efectos negativos del proceso judicial y si se busca proteger a un adolescente, con mayor razón deberá protegerse y velar por la integridad de un niño con menos de 14 años, más aún si el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o defecto de la ley y en razón al interés superior del niño.

Ante ello, confirman la resolución de primera instancia que declara no haber lugar a aperturar un proceso contra la niña L.J.H.M. y ordenan su remisión, disponiendo como medida de protección la permanencia bajo el cuidado de su madre (quien debe cumplir sus obligaciones con su hija) y la supervisión de la DEMUNA de Socabaya quien deberá enviar un representante al hogar cada 15 días para verificar el cumplimiento de esta medida, hasta finalizar el año.

Esta decisión fue recurrida en casación por el fiscal de la Primera Fiscalía Superior Civil de Arequipa (Casación N° 2295-2012 AREQUIPA) y fue resuelta por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de 04 de julio del 2012.

En su recurso, el fiscal fundamenta el fondo del asunto alegando la infracción normativa de los artículos 206, 227, 228 y 242 del CNA, ya que el

fiscal no podía aplicar la remisión a una niña que era inimputable, por ende, correspondía solicitar judicialmente la imposición de una medida de protección en caso se acredite que la niña cometió la conducta ilícita atribuida, como ya ha sido establecido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00162-2011-PHC/TC. Para ello era necesario un proceso especial (no de naturaleza penal) para verificar la necesidad de la medida de protección. Remarca que, el conceder la remisión antes del proceso es facultad absoluta y discrecional del fiscal. Señaló que la Sala ha concedido esta remisión sin considerar que expresamente se requiere el consentimiento de la beneficiada y de los padres; empero, no hubo proceso donde se pueda recabar este consentimiento.

Adicionalmente, argumenta que se ha infringido los artículos 6 y 11 de las Reglas de Beijing. Sostiene que se han usado las reglas de Beijing para justificar la aplicación de remisión sin cumplir los requisitos y si consideraban que era aplicable debieron aceptar la solicitud del Ministerio Público y dentro del proceso acoger la remisión. De otro lado, señala el fiscal que la remisión debe materializarse de acuerdo con la legislación interna, de tal forma que esta resulta aplicable para los adolescentes presuntos infractores de la ley penal.

Por su parte, los jueces supremos de la Sala Civil Transitorio de la CSJR Ticona Postigo, Aranda Rodríguez Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña y Miranda Molina sostienen que la remisión era de estricta obligación del Ministerio Público pues, "... la remisión será concedida por el Fiscal antes de iniciarse el procedimiento judicial" (resaltado agregado) y todos los argumentos expresados por el fiscal solo buscan un reexamen de las cuestiones fácticas

que no son viables en una instancia extraordinaria. Así, al ser aplicada la remisión por la Sala Civil lo que ha buscado es evitar que sufra las consecuencias psicológicas que origina un proceso; en consecuencia, dicha decisión solo busca la “protección e integridad de la menor”. Finalmente, declaró improcedente el recurso de casación.

Como se colige de la Casación antes citada, ni siquiera en la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema existe acuerdo sobre la vía en la cual deben otorgarse las medidas de protección ya que en la Casación N° 431-2013, en la cual intervinieron los jueces supremos Rodríguez Mendoza, Valcárcel Saldaña, Cabello Matamala, Miranda Molina y Cunya Celi señalaron que el Juez de Familia de la subespecialidad penal era el competente para determinar si corresponde emitir las medidas de protección. Sin embargo, en un caso anterior consideraron que la vía era la remisión fiscal interpretando que su aplicación es obligatoria, a pesar de que la normativa establece su carácter facultativo, previo análisis del cumplimiento de los requisitos legales, en vía fiscal.

Aun cuando el CNA otorga cabida para que la figura de la remisión se pueda aplicar tanto a nivel fiscal como judicial, aquí se analizará únicamente la remisión fiscal como vía alternativa a la judicialización del pedido de medidas de protección.

Luego de esta aclaración, debemos remitirnos nuevamente a la Observación General N° 10 del Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2007) que en su párrafo 27 presenta a la remisión como una

alternativa de intervención a los niños (en términos de la Convención) que infringen la ley penal, sin recurrir a procesos judiciales para cerrar definitivamente el caso sin generar antecedentes. Ello, en cumplimiento con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención. Igualmente, este artículo estipula ciertos requisitos generales para su aplicación.

Dicho apartado de la Observación General N° 10 delimita el uso de la remisión únicamente cuando se disponga de pruebas fehacientes de lo siguiente: a) que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, b) que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, c) que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión; y, d) que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

De otro lado, establece que requiere el consentimiento libre, voluntario e informado, por escrito del niño. Para tal fin debe contar con asesoramiento jurídico y de otro tipo, que le permita analizar los alcances de la remisión. Cuando tengan menos de 16, se puede exigir el consentimiento de los padres. La legislación interna debe indicar en qué casos puede otorgarse y facultar a las instituciones que las aplicarán y que protejan al niño de toda discriminación.

En concordancia con la Observación General N° 10, la Regla 11 de las Reglas de Beijing resalta que la remisión podrá ser aplicada por organismos que se ocupen de la delincuencia juvenil como la policía o fiscalía, sin intervención judicial. Para la participación del adolescente en programas de la comunidad, requiere su consentimiento, aunque favorece alternativamente la

decisión de los padres o tutor.

Conforme a lo transcrito, se infiere que la remisión está orientada a aquellos adolescentes a los cuales puede imputárseles la infracción a la ley penal y puede existir un proceso que determine su responsabilidad penal. En otras palabras, si en el Perú los niños con menos de 14 años carecen de responsabilidad penal, entonces esta figura tampoco podría ser aplicable para ellos, aunque se presente como una alternativa que no requiere acudir a la vía judicial.

Inclusive el artículo 206 del CNA también regula esta figura legal señalando que su aplicación está dirigida a adolescentes y se requiere el compromiso de los padres. Por ello, consideramos que la remisión es una decisión discrecional del fiscal para evitar que el adolescente ingrese al sistema judicial cuando infringe la ley penal, a través de la asunción voluntaria de responsabilidad y cumplimiento de compromisos educativos e incluso resarcitorios, juntamente con los padres o responsables del adolescente.

De cualquier modo, la normativa internacional antes glosada exige que la remisión del CNA deba ser interpretada conforme a la Convención, de manera tal que no resulta una vía adecuada para su aplicación a niños con menos de 14 años que se encuentran en conflicto con la ley penal.

En cuanto a la Casación N° 2295-2012 AREQUIPA, discrepamos de la decisión adoptada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Es evidente que la Sala Civil Superior de Arequipa tuvo la intención de evitar que la niña sea sometida a un proceso judicial (al igual que el juez de primera instancia) pero no se puede obligar al Ministerio Público a aplicar esta figura pues, trasgrede la autonomía de la función fiscal reconocida constitucionalmente (art. 158). Más aún si la remisión fiscal está orientada a adolescentes que infringen la ley penal, a quienes puede aplicárseles medidas socio educativas.

En vista de los argumentos de segunda instancia se infiere que los jueces superiores estaban de acuerdo en que existían elementos suficientes que acrediten los hechos imputados, por lo cual, pudieron ordenar abrir el proceso a fin de que en ese proceso se apliquen las medidas de protección. Opinamos que no tiene asidero legal el aplicar unilateralmente la remisión no solo por la edad sino por la falta de consentimiento de la niña y de sus padres, como las Reglas de Beijing lo establecen.

Cuando la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República apoya esta posición no hace más que evidenciar que aún seguimos interpretando la normatividad especial bajo la doctrina de la situación irregular porque los jueces superiores han actuado como padres de familia supliendo la opinión de la niña, vulnerando su derecho a ser oída conforme al artículo 12 de la Convención y la Observación General N° 12 (Aprobado por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas el 20 de julio de 2009, CRC/C/GC12) que desarrolla el derecho del niño a ser escuchado (2009, *web*).

Ciertamente, en los párrafos 58 a 60, bajo el título “El niño infractor”, la Observación General desarrolla la implicancia de este derecho e incluso especifica cómo se interpreta en materia de remisión:

58. El párrafo 2 del artículo 12 de la Convención implica que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes tiene el derecho de ser escuchado. Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.

59. En caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida.

60. Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente.

Ahora bien, no solo en el órgano jurisdiccional se considera a la remisión fiscal como una vía adecuada. En el 2019, se ha publicado en la web de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo la tesis de maestría denominada: “Las medidas de protección a menores infractores a la ley penal desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad” sustentada por Carmen Zoraida Ameghino Bautista quien además es Fiscal Provincial de Familia, como indica en su investigación.

En el análisis normativo que realiza la citada magíster, interpreta que aquéllos con menos de 14 años también pueden ser responsables penalmente pero su especial estado de vulnerabilidad impide la aplicación de un sistema de penas como un adulto o un adolescente mayor de 14 años. Sobre la base de esta premisa, realiza un examen de proporcionalidad de la medida de protección establecida en el literal b) del artículo 242 del CNA: Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social. De su análisis concluye que el someter al niño o adolescente a un proceso para obtener una sentencia que dicte esta medida, no supera el examen de necesidad pues en este nivel podría aplicarse la remisión fiscal que es aplicable a los mayores de 14 años e incluso los adultos tienen el principio de oportunidad (2015, pp. 210-224).

Esta posición es controversial pues en su premisa considera a aquéllos con menos de 14 años como pasibles de responsabilidad penal juvenil, lo que implicaría que la remisión solo sería aplicable para los casos menos gravosos,

más no para delitos graves, de este modo, en los delitos graves aún se necesitaría seguir un proceso judicial para emitir medidas de protección, a pesar de la edad.

En suma, si se admitiera la aplicación de la remisión fiscal para aquellos con menos de 14 años como vía alternativa para no judicializar el caso, a pesar de las implicancias normativas y doctrinarias antes señaladas, resulta beneficiosa, hasta cierto punto. Más aún si ella busca un enfoque restaurativo a favor de los intervinientes y el Ministerio Público se encuentra a cargo de la Línea de Acción Justicia Juvenil Restaurativa que es responsable de la evaluación para el ingreso de los adolescentes y su familia al programa. Los profesionales de Justicia Juvenil Restaurativa elaboran el programa de actividades que éste seguirá; sin embargo, no puede soslayarse los requisitos para su aplicación. La citada Línea de Acción no incluye a adolescentes con menos de 14 años en concordancia con la EMRP que el CNA reconoce.

Es de resaltar a modo de ejemplo, que en una investigación fiscal (Caso N° 45-17) a cargo de una Fiscalía Provincial de Familia de Lima, el adolescente J.F. de 13 años admitió haber infringido la ley (hurto agravado, en grado de tentativa) y la Fiscalía solicitó a la Línea de Acción de Justicia Juvenil Restaurativa la inclusión del adolescente en el citado programa atendiendo a que ello sería más beneficioso para el adolescente (en comparación con la judicialización del caso para pedir medidas de protección a su favor); no obstante, el pedido fue rechazado. El sustento de tal decisión fue la restricción dispuesta en el Reglamento Interno del Programa de Justicia Juvenil

Restaurativa del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 1706-2014-MP-FN, el mismo que en su artículo 5 señala que los beneficiarios del programa son adolescentes varones y mujeres entre 14 y menores de 18 años.

En suma, la remisión fiscal no sería la vía idónea para la aplicación de las medidas de protección, más aún si la normativa internacional orienta esta figura como alternativa a la judicialización en caso de aquellos que forman parte del sistema penal juvenil y aquéllos con menos de 14 años, no lo son.

3.4.2.4. Vía judicial penal.

Conforme se ha señalado reiteradamente, el Código de los Niños y Adolescentes establece que las medidas de protección a niños con menos de 14 años las aplica el juez.

Para la aplicación de las medidas de protección se requiere que previamente se haya acreditado la responsabilidad del niño con menos de 14 años como ya lo ha señalado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N.º 431-2013-LIMA y el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00162-2011-PHC/TC. De tal forma que la vía sería la misma que se aplica a adolescentes con más de 14 años que se encuentran en conflicto con la ley penal.

Conforme al CNA el proceso para determinar si se aplican medidas socioeducativas a adolescentes de 14 a 17 años, dura de 50 días (en caso el adolescente esté interno) hasta 70 días, si el adolescente se encuentra en libertad. De acuerdo con el proceso establecido a los artículos 200 al 221 del CNA, después que el fiscal formalice su denuncia y el juez declare promovida la acción penal, se realiza la diligencia única de esclarecimiento de los hechos donde se tomará la declaración del agraviado y se actúan las pruebas admitidas, además se realiza los alegatos de los abogados de la parte agraviada, del denunciado y su autodefensa. Si el adolescente no asiste a la primera citación, se cita para una segunda fecha y de no concurrir se ordena a la policía su conducción.

Luego de ello, se remite por el plazo de 2 días al Fiscal de Familia para que emita su opinión respecto a los hechos, la responsabilidad del adolescente y las medidas socioeducativas que solicita. En el mismo plazo, el juez emite sentencia y esta resolución es apelable. La tramitación de la investigación establecida en los citados artículos del CNA se derogó al publicarse el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, cuya aplicación es ultractiva hasta la implementación progresiva del mismo, en los diversos distritos judiciales, según Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1348 de fecha 07 de enero de 2017.

Si bien la Convención está orientada a la no judicialización de estos casos y a evitar que se pretenda establecer la responsabilidad penal de niños con menos de 14 años por no ser imputables penalmente a pesar de infringir la ley

penal, es innegable la existencia de la regulación mandatoria del CNA que reconoce al juez como la única autoridad competente para determinar la aplicación de estas medidas de protección. Esto es, el caso necesariamente se judicializa, una razón más para excluir a la remisión fiscal como vía alternativa para aplicar las medidas de protección.

Consideramos que, ante esta contradicción entre las disposiciones del CNA y la Convención que es una norma que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene rango constitucional, los jueces están facultados a realizar un control de convencionalidad, como ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 4).

En concreto, emplear este control implica en términos prácticos que el Juez de Familia de Lima ejerza el control difuso, que es una potestad constitucional (artículo 138) y reglamentada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 14) que faculta al juez la inaplicación -en un caso específico- de una norma que, al interpretarla sea contraria a un mandato constitucional.

El desarrollo de este control será abordado en el capítulo V de esta investigación, aunque adelantamos que es el juez quien puede establecer una nueva vía de carácter administrativo para el otorgamiento de estas medidas de protección.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

(DECISIONES JUDICIALES): INTERPRETACIÓN JURÍDICA

DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

4.1. Breve visión histórica de la interpretación jurídica.

Si bien la interpretación se puede remontar a una época muy antigua, cabe resaltar lo ocurrido en el XIX pues su influencia ha perdurado hasta hoy. Al respecto, Rodolfo L. Vigo considera que la teoría jurídica decimonónica europea consideraba que la única función del juez era identificar la norma aplicable a un caso concreto, como un silogismo, era un juez inanimado, y la interpretación se limitaba a conocer la voluntad del legislador a través de los métodos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático e histórico). Asimismo, resalta que se impedía al juez alejarse del sentido de la ley, al considerarse delito de prevaricato (2017, pp. 205-206).

Usualmente se considera que Savigny desarrolló los 4 métodos de interpretación citados por Vigo, es decir, gramatical, lógico, histórico y sistemático. Sin embargo, esta denominación es inexacta ya que Savigny no los denominó “métodos” sino “elementos para interpretar”, como explica Domingo García Belaúnde:

(s)e olvida que Savigny se refirió a estos cuatro elementos como

útiles en forma conjunta y escalonada, para alcanzar el sentido o pensamiento ínsito de la ley. Así, bien entendido, el 'método gramatical' o 'literal' es solo un primer ingreso al problema, un primer paso que decididamente no lo agota. Hay que recurrir a los otros (2016, p.15).

Ciertamente, Savigny resalta que estos cuatro elementos son las partes constitutivas de la interpretación de la ley (p.187):

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado de derecho existente sobre la materia, en la época en la que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el

lugar que aquélla ocupa en el sistema.

El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las que pueda escogerse según el gusto o capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar (1839, pp. 187-188).

Resalta el maestro Rodolfo Vigo que el paradigma decimonónico entró en crisis en la segunda mitad del siglo XX cuando se otorga al derecho una dimensión ética o moral y se forja el Estado de Derecho Constitucional, por ello afirma que:

(...) la presencia de esos elementos éticos pone en juego una teoría interpretativa que partiendo de la indeterminación del principio o valor apela a la formulación de una norma por parte del intérprete en donde resulte subsumible el caso, todo lo cual torna absolutamente inviable el objeto de la decimonónica teoría interpretativa (“desentrañar el sentido de la norma”) y los cuatro métodos interpretativos postulados por Savigny (p. 208).

Asimismo, el citado autor señala como propuestas principales: la jerarquización de los principios de Dworkin, el check and balances de la jurisprudencia norteamericana y la definición del contenido esencial de cada

principio o valor en juego para superar el conflicto (p. 209).

Además, señala que a partir de estas posiciones se concluye que el intérprete puede encontrar diversas alternativas para un mismo caso y debido a la discrecionalidad judicial, deberá elegir una de ellas. Sin embargo, para procurar la previsibilidad jurídica propone a la ética judicial como mecanismo de control (p. 215). Adicionalmente, resalta como consecuencia de este cambio de paradigma que conocer la ley no es sinónimo de saber el derecho y que la atención doctrinaria se centra en el razonamiento judicial como modelo del razonamiento práctico. Así, se pide al juez que no sólo sepa el derecho, sino que lo sepa decir a través de un razonamiento (p. 237-238). Por ello, Vigo concluye afirmando que la labor del juez ha cambiado, dejó de ser un mero intérprete de la voluntad del legislador a ser el responsable de conocer el derecho y aplicarlo de manera ética a cada caso, fundamentando su decisión en argumentos.

Cierta similitud existe en la propuesta de Juan Manuel Romero Martínez, quien al desarrollar la corriente jurídica del neoconstitucionalismo resalta que ésta:

ha generado una nueva forma de interpretación jurídica; esto es, la interpretación constitucional. La diferencia que comporta esta última con aquella estriba en que los jueces tienen que ubicar el fundamento sobre el que se desenvuelve el derecho y no sólo presentar el significado de la norma. Lo anterior, en virtud de que ahora operan con ideales morales

y no con simples reglas jurídicas que describen acciones conectadas con consecuencias jurídicas (2017, p. 241).

Adicionalmente, Juan Romero Martínez resalta que existen casos jurídicos que involucran una colisión entre principios, por ello denomina a la argumentación como principalista. En ella predomina el método de ponderación para resolver estos casos, donde el juez pondera discrecionalmente⁹ a través de la prudencia judicial, se realiza un control de razonabilidad (como filtro que admite solo decisiones correctas, objetivas, racionales, prudentes y aceptables socialmente). Asimismo, destaca la importancia de la doctrina del control de convencionalidad para el modelo de argumentación jurídica principalista por la complementariedad entre el control convencional y el constitucional, donde inclusive puede dejar de aplicarse aquellas normas que contravengan de manera absoluta el bloque de convencionalidad.

Resulta singular la descripción que François Ost realiza sobre los modelos del derecho y que directamente influyen en cómo éste se interpreta. Así, establece que existe un modelo de pirámide o del código al cual llama “derecho jupiterino” enmarcado por lo sagrado y trascendente que traduce las exigencias del Estado liberal o de derecho del siglo XIX, donde el derecho adopta forma de ley que es el foco supremo de juridicidad y la controversia jurídica se resuelve interpretando la norma codificada en base a la racionalidad del

⁹ Nota.

Juan Romero Martínez realiza una distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, señalando que la ponderación no implica arbitrariedad “la arbitrariedad implica tomar determinada postura apelando a la imposición; esto es, sin ofrecer razones, lo que es a toda luz contrario a lo que acontece en la justificación jurídica de las decisiones que involucran una tensión entre principios” (2017, p. 230).

legislador (1993, pp. 170-175). Mientras que, en el “modelo de embudo” o “modelo herculeano” el juez se constituye en la fuente del único derecho válido, conforme al Estado social o asistencial del siglo XX. Asimismo, resalta que la expresión más radical de este modelo se encuentra en las corrientes del realismo y de la *sociological jurisprudence* que surgieron en Estados Unidos, donde “no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley” (1993, p. 170).

Señala François Ost que ambos modelos citados coexisten superpuestos y se encuentran en crisis. Por ello, considera que la sociedad y el derecho postmoderno merecen un nuevo modelo al cual denomina “Derecho de Hermes”. Evocando los rasgos de Hermes como el mensajero de los dioses, gran comunicador y mediador universal. El autor propone a este derecho como “una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos” (p. 172).

Indica el autor que este derecho se caracteriza, de un lado, por la multiplicidad de actores jurídicos, no solo jueces y legisladores, sino también a los usuarios, por ejemplo, para la formulación de políticas públicas a través de iniciativas privadas. De otro lado, por la multiplicación de los niveles de poder no solo a nivel interno (regional y local) sino también externo (supra nacional) (pp. 183-184). De igual manera, al ser el hombre sujeto de derechos y titular de responsabilidades, se presentan desafíos que requieren normas válidas que

evoquen la responsabilidad universal para la protección de los derechos de tercera generación o de solidaridad como son: el derecho a la paz o al medio ambiente. Ante los avances científicos, plantea la necesidad de recurrir a cuestiones ético-jurídicas nuevas y restaurar la regla de la prudencia: “ante la duda, abstente”, a fin de reflexionar, aunque esta abstención sea temporal pues, al final, se tendrá que decidir el camino a seguir pues “(d)ecir quién tiene qué, quién hace qué y quién es quién, es el rol esencial del derecho” (p. 194).

Roger Zavaleta afirma que:

El juez tiene la potestad de interpretar las normas jurídicas y, de ser el caso, utilizar el método de la ponderación para establecer la regla que sirva para resolver el caso, pero ello no significa que quepa cualquier interpretación ni cualquier ponderación. El ejercicio de la potestad jurisdiccional está sometida a métodos jurídico-rationales, y es en la racionalidad donde tiene su límite (2014, p. 206).

Sobre la base de lo expuesto, en este capítulo se analizará si la interpretación de las medidas de protección realizadas por los jueces de familia en Lima se sustenta en los elementos interpretativos de Savigny o son interpretados como métodos independientes, o se amparan en el modelo de la situación irregular o protección integral, conforme a la Convención.

4.2. Interpretación judicial de las medidas de protección realizada por los Jueces de Familia de Lima. Análisis de las Guías de Análisis de Expedientes.

Es necesario aclarar que la Corte Superior de Justicia de Lima no tiene información precisa sobre el número de casos que ingresan y en los cuales se solicita la aplicación de estas medidas de protección a favor de niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal. Ello se evidencia a partir de la información otorgada por la Secretaria General de la Corte Superior de Justicia de Lima a través de las Cartas N° 312 y 322 -2015-SG/LT-CSJLI/PJ, en respuesta a la solicitud de información presentada en el año 2015, cuando se inició la presente investigación.

En tales documentos la Secretaría General informa que no cuentan con los reportes sobre los ingresos de medidas de protección y por edades de los denunciados, ya que su base de datos no almacena la fecha de nacimiento de las partes. Es más, mediante la Carta 292-2018-LT-SG-CSJLI/PJ, de fecha 8 de noviembre de 2018 –como respuesta a una nueva solicitud de información- la misma institución precisa que “la información recolectada de los órganos jurisdiccionales no diferencia los tipos de materia de los expedientes, ni precisa los demandados o demandantes” por lo cual no otorgan el número de expedientes ingresados donde los denunciados tienen 14 años o menos. De igual manera, indican que el 3er y 5to Juzgado de Familia de Lima no recibe “demandas sobre medidas de protección”, a pesar de que en la solicitud se especificó que la información era respecto a “denuncias” pues se conoce que

estos juzgados, al ser de la subespecialidad penal no reciben demandas, con lo cual se aprecia que en el área administrativa tampoco tienen conocimientos de la tramitación de tales medidas de protección.

Esta información otorgada por la Corte permite inferir que al momento de registrar por primera vez los casos en el SIGA (Sistema Integrado de Gestión Administrativa del Poder Judicial) no suele registrarse la edad del adolescente pese a que existe un rubro para agregar este dato; y, en el área donde se consigna la “materia” (esto es, si se trata de un caso de infracción a la ley penal o de medidas de protección) se coloca únicamente “infracción”, lo que dificulta que se pueda realizar una búsqueda bajo estos criterios y determinar la cantidad de expedientes que han ingresado a los Juzgados de Familia de Lima durante el periodo del 2012 al 2016 que es objeto de investigación.

En cuanto a la información registrada en el Ministerio Público específicamente, en las Fiscalías de Familia de Lima, tampoco se puede advertir con exactitud el número de casos que han conocido en este rubro pues, no siempre se registra en el SIATF (Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal) la edad de adolescente y en ciertas oportunidades puede ingresarse un caso como infracción o como investigación tutelar y -sin mayores referencias del SIATF- se suele confundir estas investigaciones con aquellas seguidas a favor de niños por presunto estado de abandono, como sucede en el sistema informático del Poder Judicial. Estas afirmaciones se encuentran demostradas con la información otorgada por la Oficina de Productividad Fiscal, a través del Oficio N° 13258-MPFN-PJFS-LN, el 03 de diciembre de

2018, donde indican que solo el 25.44% de los casos registrados desde el 2013, han indicado la edad. De ahí que no pueda en esta investigación precisarse la cantidad de casos ingresados para aplicar las medidas de protección para aquéllos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal en el distrito judicial de Lima.

Por ello, se ha optado por analizar en promedio de 4 a 7 casos por año que han sido conocidos por los Juzgados de Familia de Lima, conforme se observa en las Guías de Análisis de Expedientes (Figuras 1-4).

Con relación a los casos analizados, cabe resaltar que en algunos se ha detectado que un mismo caso tiene más de un número de expediente debido a que el expediente ingresó a un juzgado de familia y al inhibirse el juez, se distribuyó a otro juzgado de familia de una subespecialidad distinta y se generó un nuevo número, lo que, sin duda ha dificultado aún más el acceso y seguimiento de los casos que son materia de análisis en esta investigación. Por ello, en las Guías de Análisis de Expedientes se ha colocado en el rubro de Número (N°) el caso identificado por un número cardinal seguido de una letra, por ejemplo, 1 a), b), etc., donde el número cardinal identifica al caso y las letras representan a los expedientes que corresponden al mismo caso.

Respecto del contenido de las resoluciones, es de precisar que varios de los expedientes (especialmente entre los años 2012 al 2014) han sido conocidos por juzgados de familia penal y también por juzgados de familia tutelar de Lima ante las contiendas de competencia que se suscitaban entre

ambas subespecialidades. Es aquí donde se evidencia las diferentes posiciones que los jueces de familia del distrito judicial de Lima tienen respecto a la competencia para emitir medidas de protección. Esencialmente, para esta investigación se han analizado los casos ingresados al Tercer y Quinto Juzgado de Familia de Lima, por ser los únicos con la subespecialidad penal o de infracciones en el Distrito Judicial de Lima, como se explicó en el capítulo I de este trabajo de investigación.

4.2.1. Decisiones judiciales emitidas en expedientes iniciados en el año 2012.

En este año se observa (Figura 1) que hubo frecuentes contiendas de competencia entre los Jueces de Familia de Lima, donde el juez de la subespecialidad tutelar consideraba que su par, de la subespecialidad penal, debía conocer el caso. De las resoluciones consultadas se aprecia que la jueza del 3er Juzgado de Familia penal orienta su posición a la inimputabilidad de aquéllos con menos de 14 años y su imposibilidad de ser sometidos a un proceso judicial similar a los mayores de 14 años. Lo debatible se encuentra en la vía que propone como alternativa para remitir estos casos pues, en algunas oportunidades considera que deben ser derivados a su par de la subespecialidad tutelar (Exp. N°s 5887-12, 1584-12); y, otras veces, que se remitan al MIMP para que realice la investigación tutelar en vía administrativa (Exp. N°s 9822-12 y 10527-12).

Ciertamente, la argumentación varía sobre todo si una instancia superior ordena al juez de primera instancia de la subespecialidad penal que conozca este caso. Por ejemplo, en el Expediente N° 9822-2012 citado, la jueza de primera instancia de la subespecialidad penal declaró no ha lugar a promover acción penal contra un adolescente de 13 años porque tiene “irresponsabilidad penal absoluta” por su edad y dispuso devolver el expediente a la 4ta Fiscalía Provincial de Familia de Lima (que solicitó las medidas de protección) para que lo remita a un juzgado tutelar.

Esta decisión fue apelada por la Fiscalía accionante y confirmada por la 2° Sala Superior de Familia de Lima. Posteriormente, la 4ta Fiscalía Provincial de Familia de Lima recurrió la decisión de la Sala Superior en casación y la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (SCT CSJR, en adelante) en la Casación N° 1646-2012 (24.06.13) declaró fundado el recurso. Los jueces supremos interpretaron las normas del CNA y afirmaron que las instancias inferiores no han considerado que, al tratarse de un caso de presunta infracción a la ley penal, es el juez de familia especializado en infracción quien debe pronunciarse promoviendo la investigación y si éste determina que la conducta del adolescente es contraria a ley, emitirá las medidas de protección correspondientes para menores de 14 años, conforme al art. 242 del CNA.

La decisión casatoria resulta controversial si se tiene en cuenta que la Sala Civil Transitoria de la CSJR pretende ampliar la aplicación de la vía de investigación y juzgamiento en casos de medidas socioeducativas, para el juzgamiento de aquellos por debajo de la edad mínima de responsabilidad

penal, pasibles a medidas de protección. Sin embargo, lo más llamativo en este proceso es que en el Juzgado de primera instancia (de origen), luego de recibir este fallo casatorio, se emitió una nueva resolución pronunciándose en los mismos términos que la resolución anulada. Es decir, no promueve la acción penal y esta vez dispone que se envíen copias al MIMP para que asuma su competencia tutelar, de tal forma que se aparta de lo dispuesto por los jueces supremos, sustentándose nuevamente en la edad mínima de responsabilidad penal. No obstante, omite fundamentar su desvinculación con lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la CSJR que, aun cuando no sea un precedente al no haberse emitido a través de un pleno casatorio, la sentencia casatoria sí vincula al órgano jurisdiccional del caso concreto pues fue emitida por la Sala Civil de conformidad con el último párrafo del artículo 396° del Código Procesal Civil.

Una situación similar ocurre en el Expediente N° 5189-2012. La 4° Fiscalía Provincial de Familia de Lima solicitó se emita medidas de protección a favor de 5 niños con menos de 14 años) por la presunta infracción a la ley penal en la modalidad de faltas contra la persona, en agravio de un niño de 10 años. Este caso ingresó al 6° Juzgado de Familia de Lima y fue calificado conforme al proceso único (tutelar) establecido en el CNA, se declaró inadmisibile la demanda y se concedió plazo para subsanarla. El Fiscal de Familia dedujo la nulidad de la resolución por considerar que dicho juez no era competente en razón a la subespecialidad establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y requirió se remita el expediente al Centro de Distribución General para que sea derivado a uno de estos juzgados de la subespecialidad penal. El juzgado declaró improcedente el pedido fiscal (Resolución N° 3) y rechazó la demanda

no subsanada (Resolución N° 4). Por estas decisiones, el Fiscal apeló y la 1° Sala de Familia de Lima revocó ambas decisiones y ordenó al Juzgado que se remita el caso al MIMP por ser el competente para emitir medidas de protección en atención al artículo 243° del CNA que regula las medidas aplicables en caso de presunto estado de abandono moral o material, a pesar de que el fiscal no alegó la aplicación de dicho artículo. Esta decisión fue recurrida en casación por el Ministerio Público y generó que la SCT CSJR emita el 03.07.13, la Casación N° 431-2013, mencionada a lo largo de esta investigación.

En esta casación destaca la interpretación que hacen los Jueces Supremos de las normas del CNA. Pues, al declarar fundada la casación consideran indispensable la intervención judicial para el otorgamiento de las medidas de protección ya que los niños con menos de 14 años no se encuentran excluidos del sistema de responsabilidad penal, es decir, también son considerados infractores y no le corresponde intervenir al MIMP porque los hechos no están relacionados a una situación de abandono. Ante ello, se derivó el expediente al 3° Juzgado de Familia de Lima (subespecialidad penal) y se emitió la Resolución N° 01 (27.12.13) en donde la jueza se preguntó si corresponde establecer que el caso se debe ver en vía tutelar (dentro de su competencia penal) y observando el plazo prescriptorio; o, por el contrario, en la vía tutelar debe conocer los hechos a pesar de que los niños tienen padres que no han evitado los riesgos de sus hijos y debieron ser llamados al orden.

Para responder a esta interrogante, la jueza citó el hábeas corpus interpuesto por Emilio García Méndez ante la Corte Suprema de Justicia de la

Nación Argentina, en la Causa 7537 quien solicitó el excarcelamiento de adolescentes por debajo de los 16 años, que es la edad mínima de responsabilidad penal en Argentina y solo pueden ser dispuestos tutelarmente. Tomando en cuenta esta posición y la existencia de garantías judiciales indispensables, la Jueza ponderó que archivar la investigación por haber prescrito el plazo de la acción penal.

Es decir, a pesar de la decisión casatoria, la jueza de primera instancia sostiene que la vía para aplicar medidas socioeducativas a los adolescentes entre 14 y 17 años no resulta aplicable a aquéllos con menos de 14 años y ensaya una vía tutelar en su propio juzgado (penal) para determinar qué será materia de proceso: la aplicación de normas beneficiosas del sistema penal o decantarse por una investigación tutelar propiamente dicha sobre la responsabilidad parental cuya duración es discrecional. Finalmente, optó por aplicar el plazo de prescripción penal en una vía aparentemente tutelar, sustentándose en el interés superior del niño.

Aun cuando podría considerarse que esta decisión en la práctica es más beneficiosa para los niños porque evita la continuidad indefinida del proceso es manifiestamente contradictoria porque aplica una figura penal en el ámbito tutelar. Aunado a ello, no resuelve la situación de fondo de estos niños (denunciados y agraviado) porque durante el tiempo que sus nombres o iniciales (con las que se protege su identidad) estuvieron inmersos en un proceso no se supo en qué condiciones estaban y cómo este proceso los perjudicó o benefició, ya que, al final no se tomó medida alguna respecto a

ellos o sus padres. Únicamente fue un proceso entre el juzgador (de primera y segunda instancia además de casación) y el fiscal.

En resumen, de las resoluciones analizadas se aprecia que el juez de primera instancia va más allá de la interpretación legal de Savigny ya que busca realizar un análisis normativo ponderando aquello que resulta más beneficioso o acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño a través del interés superior del niño, a pesar de las limitaciones normativas del Código de los Niños y Adolescentes peruano que resalta en su propia resolución. No obstante, esta decisión no genera el impacto deseado pues no se verifica cómo esta decisión beneficia a ambas partes involucradas que son niños.

4.2.2. Decisiones judiciales emitidas en los expedientes iniciados en el año 2013.

Se advierte que el criterio anterior es el que sigue aplicándose. Por ejemplo, en el caso N° 1 de la Guía de Expedientes del año 2013 (Figura 2), se aprecia que una misma investigación tuvo 3 números de expedientes distintos. Inició con el Expediente N° 2236-13, cuando el 5° Juzgado de Familia de Lima se inhibió de conocer la investigación fiscal por presunta infracción a la ley penal por actos contra el pudor, en agravio de una niña de 6 años, al considerar que el adolescente J.A.A.C. (13) era inimputable y un juez de la subespecialidad tutelar era el competente para aplicarle las medidas de protección. Ante ello, decidió que se distribuya a un juzgado de familia tutelar.

Luego, el proceso se identificó como el Expediente N° 4914-13, cuando el 18° Juzgado de Familia de Lima abrió investigación tutelar, pero 4 meses después devolvió el expediente al juzgado de origen; y, finalmente, cuando el expediente retorna al 5° Juzgado de Familia de Lima después de 4 meses adicionales se le asignó otra numeración: Exp. N° 6680-13 y la jueza declaró extinguida por prescripción la acción judicial contra el citado adolescente.

Similar trámite se otorgó al Caso N° 2 que inició en el 3° Juzgado de Familia de Lima (Expediente N° 6680-2013) que se inhibió de conocer la investigación contra el adolescente M.G.C.O. (13) por faltas contra la persona, con fundamentos similares a los expresados en el Caso N° 1 y se derivó al Centro de Distribución General (CDG) para que éste remita el expediente a un juzgado de familia tutelar. El caso ingresó al 6° Juzgado de Familia de Lima (Expediente N° 8096-2013) señalándose que las medidas de protección del artículo 242 del CNA son aplicadas por el MIMP conforme al artículo 243 del CNA, ya que esta institución asumió competencia tutelar a través de la Resolución Administrativa N° 117-2006- MIMDES. Por ello, resolvió que la investigación sea devuelta a la 1° Fiscalía de Familia para que ésta la derive al MIMP, conforme a la Resolución N° 1 (19.06.13); sin embargo, no devolvió la investigación.

Ante el requerimiento de la Fiscalía respecto a la calificación de las medidas de protección en la Resolución N° 3 (08.11.13), la jueza declaró inadmisibles las demandas por no haber adjuntado copia de la credencial fiscal y el nombre de los padres del adolescente. Una vez subsanado este requisito, a

través de la Resolución N° 4 (06.12.13) dispuso que el expediente sea devuelto al juzgado de la subespecialidad penal debido a que la Casación N° 431-2013 determinó que aquéllos eran competentes para conocer estos casos. Al recibir el expediente, el 3° Juzgado de Familia de Lima emitió el 27.12.13, la Resolución N° 1 (sic) y declaró no ha lugar a promover la acción penal por haber prescrito. Esta decisión fue apelada y la 1° Sala Superior de Familia de Lima el 10. 04. 14 confirmó la prescripción. Es decir, este caso estuvo en trámite 1 año únicamente para que se determine la autoridad competente para emitir las medidas de protección y luego se archivó por prescripción sin que se haya adoptado medida alguna sea a favor del adolescente M.G.C.D. (13) o del agraviado.

El Caso N° 3 muestra la investigación contra el adolescente P.P.G. de 13 años y que al día siguiente de recepcionarlo verificaron que su nombre era otro y tenía 14 años (Exp. N.º 7958-2013). En suma, correspondía investigarlo por infracción a la ley penal y determinar si debía aplicarse medidas socioeducativas, que no es materia de esta tesis. Sin embargo, lo resaltante es que la jueza del 10° Juzgado de Familia de Lima el 13.06.13 cuando aún creía que el adolescente tenía 13 años promovió en la vía tutelar una investigación por infracción a la ley penal en su contra y dispuso como medida de protección la inmediata entrega a sus padres y en caso de no encontrarlos, su internamiento provisional en un centro preventivo hasta el día siguiente que se realizaría la audiencia aunque en otro punto señaló que los casos de abandono se deben comunicar al INABIF lo que no sucedió en este caso. Esta decisión evidencia que la magistrada consideró que la vía tutelar era adecuada para

resolver esta materia.

En el Caso N° 4 también se aprecia que hubo una contienda de competencia. En el Expediente N° 10811-2013, el 3° Juzgado de Familia de Lima siguiendo su posición, se inhibió de conocer la solicitud de medidas de protección al adolescente J.G.CH.V. (13) en agravio de una niña de 04 años por tocamientos indebidos. Éste fue derivado al 6° Juzgado de Familia de Lima (Expediente N° 12569-2013) que, a diferencia de lo decidido en el Caso N° 2 (Expediente N° 8096-2013) admitió a trámite la investigación tutelar a través de la Resolución N° 2 (09.10.13) enmarcando su trámite en el proceso único. Ello generó que un año después se pronuncie definitivamente sobre los hechos, conforme a la Resolución N° 19 (16.09.14). El razonamiento esgrimido en esta resolución grafica notoriamente la confusión que existe en la judicatura respecto a la aplicación de estas medidas de protección.

Al respecto, la jueza del 6° Juzgado de Familia indicó que el hecho ilícito se encuentra sancionado en el artículo 176-A, pero no se le puede atribuir culpabilidad al adolescente que es inimputable en razón a su edad (menos de 14 años al momento de ocurrido los hechos) pero es pasible de medidas de protección conforme al artículo 242 CNA. Asimismo, reconoció que para aplicar una medida “socioeducativa” requiere el análisis del marco punitivo en correlación a principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad. Por ello, declaró la responsabilidad del adolescente por los hechos investigados y le aplicó la medida de protección de atención integral en un establecimiento de protección especial por parte de sus padres.

En otras palabras, la jueza emite una resolución incongruente pues su análisis versa sobre las medidas socioeducativas que son sanciones aplicables a mayores de 14 años, aunque la solicitud estaba referida a la aplicación de las medidas de protección; y, sostiene que no debería existir pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del adolescente en atención su inimputabilidad; sin embargo, lo declaró responsable sobre los hechos que le imputan. En tal sentido, estaría otorgando un carácter sancionador a las medidas de protección, aunque intenta distinguirlos de las medidas socioeducativas. Luego de emitida la citada resolución, no se advierte que haya sido impugnada, aunque tampoco consta que los padres hayan cumplido con dicha medida de protección o que el propio juzgado haya realizado el seguimiento sobre la ejecución de lo ordenado.

El Caso N° 5 corresponde al Expediente N° 14614-2013. En él se aprecia que el 3° Juzgado de Familia de Lima, al inicio promovió investigación contra C.S.M.M. (13) por la presunta infracción de actos contra el pudor y dispuso la medida de protección en el propio hogar sustentándose en la interpretación sistemática de las normas del CNA y de la protección especial que gozan los niños por su falta de madurez, la promoción de la no judicialización para fomentar su dignidad y el respeto a sus derechos para la aplicación de la medida de protección especial, conforme a la Resolución N° 1 (11.11.13).

Sin embargo, a través de la Resolución N° 8 (30.09.14) y luego de realizarse algunas diligencias propias del proceso único (penal) para mayores de 14 años, declaró improcedente el pedido de la Fiscalía de Familia respecto

a la aplicación de medidas de protección a C.S.M.M. (13) por ser inimputable y estar bajo el cuidado de sus padres. También por ello dejó sin efecto la Resolución N° 01, es decir, hubo un cambio de interpretación en un mismo proceso y la Resolución N° 01, resulta contradictoria y adolece de una motivación interna deficiente al no existir una relación lógica entre los argumentos utilizados y la conclusión a la que arriba ya que su fundamentación se orienta a evitar su judicialización, pero su decisión es opuesta ya que inicia el proceso judicial. Tal vez, eso fue lo que observó la jueza de manera posterior cuando decidió declarar nula esta resolución, aunque no lo menciona.

En resumen, se aprecia una activa participación de los juzgados de familia de la subespecialidad tutelar-civil para decidir sobre estos casos y algunas decisiones contradictorias de sus pares en la subespecialidad penal; sin embargo, el común denominador de todas estas decisiones es que recurren a la normativa de la Convención para sustentar formalmente sus fallos, aunque sus interpretaciones son disímiles.

4.2.3. Decisiones judiciales emitidas en los expedientes iniciados en el año 2014.

Durante este año se aprecian resoluciones de gran interés y que permiten visualizar el tratamiento judicial de las medidas de protección (Figura 3).

Por un lado, el 3° Juzgado de Familia de Lima en los Expedientes N.º 271-14 y 1736-14 (Casos N°s 01 y 02) cambia de posición y opta por promover la

acción penal contra niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal utilizando la misma fundamentación de la resolución que declaró nula en el Exp. N° 14614-13 (Caso N° 5 del año 2013). Posteriormente, aplica en tales expedientes la prescripción de la acción y archiva definitivamente el proceso, sin que tales decisiones hayan sido impugnadas.

Por otro lado, el 5° Juzgado de Familia de Lima en los Casos N° 5 y 6 (Expedientes N°s 2005-14 y 8540-14, respectivamente) afirmó que aquéllos con menos de 14 años son inimputables, salvo prueba en contrario y corresponde se le aplique medidas de protección luego de haber recabado las declaraciones y evaluaciones necesarias, respetando las garantías de la administración de justicia. Por ello, promueve investigación judicial a su favor y dispone como medida de protección que los denunciados sean entregados a sus padres.

Después de realizar una investigación similar a aquella destinada a los adolescentes mayores de 14 años (con la gran diferencia que los propios investigados no son llamados a declarar sino sus padres) emite sentencia otorgando medidas de protección de cuidado en el propio hogar “como autor de la infracción penal” y fija una reparación civil de S/. 1000 en el Caso N° 6 y S/. 200 en el Caso N° 5, aunque no se aprecia que haya un seguimiento sobre el cumplimiento de pago del monto fijado. Pues, en el Exp. N° 2005-2014 (Caso N° 6), se observa que los padres han cumplido con hacer consignaciones judiciales por montos pequeños (50 soles) de manera periódica al inicio y discontinua al final, sin que hasta la fecha de la última consulta (agosto del

2019) haya concluido con depositar la totalidad.

Mediante la Resolución N° 13 del 30.10.2015, se notificó para el pago de la suma restante (S/. 800) bajo apercibimiento del embargo de sus bienes. Hasta ahora no se precia que se efectivice tal medida, aunque los progenitores realizaron diversos depósitos durante los años 2015, 2016 y 2017 pero subsiste una deuda de S/. 700. Mientras que en el Caso N° 5 se requirió el pago, de oficio el 20/01/15 y debido a que el agraviado no lo solicitó, el 29/09/15 se archivó el caso dejando a salvo el derecho a que lo solicite en ejecución, pero ello no ocurrió.

Cabe resaltar que esta posición es abiertamente opuesta a la adoptada por el 3° Juzgado de Familia de Lima pues, procesa a aquellos con menos de 14 años, determina su responsabilidad y a partir de ello aplica las medidas de protección otorgando a estas medidas una connotación sancionatoria. Además de ello, resulta contradictorio que sostenga la inimputabilidad de los menores de 14 años, salvo prueba en contrario. Esta última frase “salvo prueba en contrario” representa una excepción a tal inimputabilidad en razón a la edad, por ende, se infiere que para el juez podría admitirse prueba que permita incluir a los niños con menos de 14 años al sistema de responsabilidad penal de 14 a 17 años y ser pasibles de medidas socioeducativas, aunque no establece cómo podría acreditarse esta excepción. Por ello, se colige que la decisión judicial se fundamenta en el elemento gramatical del artículo 242° del CNA que reconoce al juez la función de determinar las medidas de protección.

Aun cuando busca realizar ciertos ajustes para evitar la victimización de los niños o adolescentes involucrados, se interpreta la norma desde la doctrina de la situación irregular al considerarlo pasible de responsabilidad penal. Es decir, la decisión sería contraria a la Convención que requiere el establecimiento de la EMRP y la Observación General N° 1 donde el Comité sobre Derechos del Niño expresó su preocupación por el establecimiento de estas excepciones amparado en la gravedad del delito o madurez de aquél con menos de la EMRP, por ello recomendó a los Estados no permitirlo (Comité, 2007, párr. 34). Siguiendo esta interpretación, no podría admitirse en el Perú que se pueda juzgar en el sistema penal adolescente a aquellos con menos de 14 años.

Finalmente, en 2 expedientes iniciados este año (2014), se emitió casación y es preciso detenerse para analizarlos.

En el Caso N° 3 (Expediente N° 6331-2014) a cargo del 3° Juzgado de Familia de Lima se decidió no promover acción penal el 01.07.14, al adolescente J.A.H.R. (13) denunciado por actos contra el pudor y violación sexual de una niña y una adolescente. Argumenta que por la edad del adolescente J.A.H.R., corresponde aplicar medidas de protección y debe emitir un auto de no ha lugar conforme al artículo 77 párrafo 3 del Código de Procedimientos Penales, de manera supletoria. Esta resolución fue apelada por la Fiscalía y la 2° Sala Superior de Familia de Lima confirmó lo decidido porque el adolescente es inimputable por su edad, falta de madurez y carencia de capacidad cognoscitiva y volitiva de darse cuenta del carácter delictuoso de

los actos que le imputan. Asimismo, los jueces superiores consideraron que las actitudes del adolescente sí denotan el incumplimiento de los deberes de los padres y requirieron que el MIMP abra una investigación por presunto abandono moral y material del adolescente.

Esta decisión fue recurrida en casación y la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República el 10.08.15 emitió la Casación N° 518-15. En ella, los jueces supremos establecieron que la controversia consistía en determinar si las decisiones que declaran a los menores de 14 como inimputables y excluidos del Derecho penal, contienen la debida motivación o incurre en falta de ella. Afirmaron que, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando se alegue que un niño ha infringido la ley penal debe ser tratado fomentando su sentido de la dignidad y garantizarle la presunción de inocencia mientras no se pruebe lo contrario. Asimismo, concordaron que según las normas del CNA es el juez de infracciones quien aplica las medidas de protección; por tanto, al declararse su calidad de inimputable y ser excluido del derecho penal, advierten que esa decisión adolece de motivación aparente al infringir el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú. Por ello, casaron el auto de Sala y declararon insubsistente el auto apelado ordenando que el Juez “proceda conforme sus atribuciones”.

De acuerdo con los argumentos expresados en esta casación se colige que los jueces supremos de la SCT continúan aplicando el criterio establecido en la Casación N° 431-2013, en otras palabras, consideran que los niños con

menos de 14 años pueden ser responsables penalmente, declarados culpables y por ello corresponde al juez de familia de la subespecialidad penal la aplicación de las medidas de protección.

Una vez que devolvieron el expediente anteriormente señalado, el juzgado de origen emitió la Resolución N° 04 (09.12.15) promoviendo la investigación y dispuso como medida de protección provisional el cuidado del niño en el propio hogar mientras dure el proceso. Esta disposición argumenta que si bien se ha identificado como presunto autor del ilícito al adolescente J.A.H.R. no se debe promover la judicialización de estos casos debido a la protección especial de la que gozan los niños conforme a su interpretación sistemática; no obstante, la legislación establece que le corresponde aplicar medidas de protección. Posteriormente, el 24.06.16 a través de la Resolución N° 8, la jueza extingue la acción penal por prescripción.

De igual modo, se desarrolló el Caso N° 4 (Expediente N° 939-2014) ya que, el 3° Juzgado de Familia de Lima y la 2° Sala Superior de Familia deciden de manera similar al caso anterior, aunque esta vez la casación se elevó a la Sala Civil Permanente de la CSJR y no a la Transitoria (Casación N° 358-2015). Antes de analizar lo dispuesto en la Corte Suprema en la citada casación, se evidencia que el juzgado de primera instancia -a diferencia de las resoluciones antes citadas- expone la responsabilidad solidaria que tiene en los padres por los daños que ocasionen sus hijos por la presunta infracción. Así, la jueza afirma que, al haber establecido el legislador un trato distinto a aquéllos con más de 14 años y aquéllos por debajo de esta edad permite distinguir que a los

primeros se les atribuye una responsabilidad penal especial mientras que, los segundos carecen de responsabilidad civil, solo se les aplica medidas de protección y los daños deban ser reparados a través de la aplicación de las normas de la responsabilidad civil extracontractual y la práctica de la responsabilidad solidaria de los padres, en concordancia con los artículos 1975 y 1976 del Código Civil (considerandos décimo tercer y décimo cuarto).

En cuanto a la Casación N° 358-2015 enunciada en el párrafo anterior, se observa que los jueces supremos de la Sala Civil Permanente establecieron que la controversia está en determinar si se ha vulnerado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y las disposiciones del CNA, al no promover acción penal para dictar medidas de protección. Argumentaron que las decisiones de primera y segunda instancia omitieron lo establecido en los arts. IV, 184° y 242° del CNA, esto es, los menores de 14 años que cometan infracción a la ley penal son pasibles de medidas de protección; y, la medida del cuidado en el propio hogar no es la única. Aunado a ello, no puede ser inobservada al no haber sido derogada ni declarada inconstitucional, caso contrario estaríamos ante el delito de prevaricato.

De igual importancia, afirmaron que previamente a dictar medidas de protección se requiere determinar si el “menor” es autor o partícipe de la infracción atribuida, lo cual solo puede ser establecido en un proceso judicial y el competente es el Juez de Familia en materia de infracciones. Consideran que las omisiones advertidas afectan la garantía del debido proceso y motivación de resoluciones judiciales al no haberse respetado los principios de

jerarquía normativa y congruencia. Por ello, declararon fundado el recurso de casación, nula la resolución de vista e insubsistente la resolución apelada y ordenaron que 3° JFL emita nuevo fallo.

El nuevo fallo se emitió el 04.03.16 y la jueza promovió la acción penal usando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 del Expediente N° 14614-13 (Caso N° 5 del año 2013) auto declarado nulo. Después de ello, se declaró la prescripción de la acción penal el 29.08.16. En otras palabras, durante 2 años se siguió un proceso en contra de un niño con menos de 14 años, respecto al cual no se realizó ninguna acción a su favor ni de las agraviadas.

4.2.4. Decisiones judiciales emitidas en los expedientes iniciados en el año 2015.

En consonancia con la Casación N° 431-2013, se observa que el 5° Juzgado de Familia de Lima durante este año continúa con su criterio de procesar a los niños con menos de 14 años para aplicarles medidas de protección a través de una sentencia donde se pronuncia por la responsabilidad penal de éstos, como se aprecia en los Casos N°s 1, 2, 4 al 8 (Expedientes N°s 78015, 8976-15, 1336-15, 10373-15, 13676-15, 9637-15 y 9091-15). Aquí conviene resaltar que son las Salas de Familia de Lima quienes adoptaron posiciones distintas (Figura 4).

Por un lado, en el Caso N° 2 (Expediente N° 8976-2015) la 2° Sala de Familia de Lima conoció la apelación de sentencia (14.10.15) interpuesta por el padre del niño de iniciales S.T.C. (10) a quien se le otorgó la medida de protección de cuidado en el propio hogar como infractor de faltas contra la persona, en agravio de su compañera de estudios de iniciales N.F.D.C. (10) por haberle golpeado con su mochila (con ruedas) en la cabeza y cuello cuando ella se agachó a recoger una bolsa, ocasionándole 5 días de incapacidad médico legal. El padre del niño denunciado apeló señalando que la sentencia era nula debido a que su hijo no tenía edad para ser considerado como infractor y la motivación es aparente porque el niño había negado los hechos y se ha fijado una reparación sin que se sustente cómo se determina el monto de S/. 2000 soles.

La Sala Superior, a través de la Resolución N° 4 del 29.01.2016, confirmó la sentencia en el extremo que dispone el cuidado en el propio hogar del niño S.T.C (10), como medida de protección. Por otro lado, declaró nulo el extremo que declara a éste como autor de la infracción a la ley penal -faltas contra la persona – lesiones, por ser un imposible jurídico establecer su grado de participación como se tratara de una investigación penal cuando su naturaleza es tutelar.

De otro lado, a través de la Resolución N° 4 (29.01.16) los jueces superiores de la 2° Sala Superior de Familia de Lima señalaron que las medidas de protección son aplicadas por el juez, conforme al art. 242 del CNA y debe contarse con elementos que permitan evidenciar la conducta atribuida

al niño a fin de disponer la medida de protección adecuada. Aclararon que el niño no tiene capacidad para infringir leyes penales y el juez promueve investigación, pero no para establecer su responsabilidad sino para determinar si es o no posible de medidas de protección:

el sistema pretende abstenerse de acudir al proceso judicial y en todo caso, el Juez no va a investigar o dilucidar si el hecho se cometió en tal o cual forma, si existía o no causa de justificación, o si existían circunstancias agravantes o atenuantes, sino que se deberá evaluar la personalidad del menor y sus condiciones durante el hecho, labor a realizar en una investigación tutelar para determinar la medida que resulte más favorable, como en todos los casos de niños, niñas y adolescentes (considerando duodécimo).

Es decir, las medidas de protección no se sustentan en un hecho previo típico ni establece una duración determinada, sino que son discrecionales, como aclaran los jueces superiores en el considerando décimo cuarto de la Resolución N° 4 citada. Contradictoriamente, en un considerando posterior de la decisión ahora comentada, los jueces superiores afirmaron que la investigación tutelar le correspondía al MIMP, institución que renunció de manera tácita e inmotivada al ejercicio de esta función a través de la Resolución Ministerial N° 273-2013-MIMP, a pesar de ser el ente rector.

Igualmente, señalan que, al haberse tramitado la investigación tutelar en sede judicial, se cuenta con elementos suficientes que permiten evidenciar la conducta del niño. Entre estos elementos, la Sala analiza las pericias y

declaraciones que se habían practicado en el proceso que no solo tenía la declaración de la niña agraviada sino la de otros compañeros que expresaban el comportamiento agresivo del niño S.T.C. y la pericia psicológica donde consta que el niño tenía problemas de conducta desde sus estudios en el nivel educativo inicial y que usaba la agresión como método para integrarse al grupo, además se encontraba atravesando situaciones complicadas como la separación de sus padres y por ello actuaba de manera defensiva e impulsiva. En cuanto a la reparación civil señala que ello es una obligación de los padres que ejercen la patria potestad y que se ha acreditado el daño ocasionado a la niña.

Por estos argumentos la sala confirmó la sentencia apelada, pero declaró nulo el extremo que resuelve declarar al niño como infractor de la ley penal. Del último seguimiento de este caso, en el mes de diciembre del 2019, se verificó que los padres continúan realizando depósitos judiciales de manera mensual o trimestral, cada depósito es de S/. 20 soles. El último depósito se realizó el 04.10.2019 por esta misma cantidad y a la fecha los depósitos judiciales suman S/. 390 soles.

De esta decisión se infiere que la Sala Superior modifica su criterio pues ya no considera la necesidad de un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de aquéllos con menos de 14 años; sin embargo, esta posición tampoco resulta del todo ventajosa para el niño S.T.C. pues, al haberse acreditado con la pericia psicológica su comportamiento agresivo, no se adoptó medida alguna para procurar que reciba un tratamiento adecuado y se puede realizar un

seguimiento de su evolución.

Por otro lado, en el Caso N° 1 (Expediente N° 780-2015) la 1° Sala Superior de Familia de Lima conoció la apelación interpuesta por los padres de B.S.G.Q. (13) a quien el juez de 5° Juzgado de Familia de Lima el 03.08.15, le otorgó la medida de protección en el propio hogar y asistencia psicoterapéutica, bajo vigilancia judicial, en su calidad de infractor a la ley penal, por actos contra el pudor, en agravio de un niño de 7 años y fijó en S/. 800 soles los daños y perjuicios ocasionados al niño agraviado.

Los jueces superiores emiten la Resolución N° 6 (18.05.16) argumentando que, para la aplicación de las medidas de protección establecidas en el artículo 242° del CNA, el Juez de Familia Especializado (no especifica la sub especialidad) debe contar con elementos que permitan evidenciar la conducta del niño a fin de disponer la medida de protección más adecuada para él, si fuera el caso; además, los menores de 14 años que infringen la ley penal carecen de responsabilidad; por tanto, la investigación se promueve para determinar si es o no posible de tales medidas y no para establecer su responsabilidad.

En cuanto al adolescente señala que éste no tenía madurez para asumir la trascendencia de sus actos por su edad al momento que ocurrieron los hechos. Por ello, revocaron la sentencia y reformándola declararon no ha lugar a promover acción judicial para dictar medidas de protección al adolescente, quien está exento de responsabilidad penal y se encuentra bajo la protección

y cuidado de sus padres, pero la Sala omitió pronunciarse sobre la indemnización.

Se advierte que hubo un voto en discordia del Juez Superior Padilla Vásquez quien consideró que, al tratarse de un adolescente con menos de 14 años, la aplicación de las medidas de protección requiere iniciar un proceso en el que se ordene las diligencias pertinentes que coadyuven a determinar las medidas de protección más favorables, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00162-2011-PHC/TC y la Casación N° 431-2013. También, resaltó que por la gravedad de los hechos denunciados se requiere un análisis de todo lo actuado para determinar si el adolescente resulta responsable y correspondía dictarle alguna medida de protección. Del análisis de éstos, el juez llegó a la convicción de la autoría del adolescente respecto al hecho imputado y como tal estableció que el juez de la causa debía dictar medidas de protección; por lo cual votó por confirmar la sentencia. Con lo resuelto por la Sala, el juzgado de origen archivó el caso.

De estos casos se colige que las posiciones de las Salas de Familia de Lima son diametralmente distintas y confusas en su argumentación. Aun cuando ambas Salas parten por reconocer que los niños con menos de 14 años no responden penalmente conforme a la norma, cada Sala interpreta las consecuencias de esta inimputabilidad de manera distinta. En un extremo, la 1° Sala -en su posición mayoritaria- señala que el Juez de Familia Especializado promueve investigación para determinar si corresponde o no la aplicación de las medidas de protección señalados en el artículo 242 del CNA.

Omite señalar qué subespecialidad (penal o tutelar) asume ese deber y cuál es concretamente el análisis que debe realizar el juez. Ello, sin contar con la opinión del Juez Superior Padilla cuyo voto se adecúa a la línea de interpretación de los jueces superiores de la 2° Sala, quienes; por otro lado, sostienen que corresponde al juez de familia (de primera instancia) aplicar las medidas de protección luego del análisis de los hechos imputados. Claro está que la diferencia entre el voto singular antes citado y la posición de los jueces de la 2° Sala Superior de Familia de Lima es que la Sala establece que no debe pronunciarse expresamente sobre su responsabilidad y este análisis probatorio solo serviría para determinar las medidas de protección aplicable. Pero, en la misma resolución la 2° Sala señala que es el MIMP el encargado de realizar la investigación tutelar. En tal sentido, hay una evidente contradicción en la motivación.

Lo más preocupante -como puede verse en el Caso N° 1- es que la decisión en mayoría de la 1° Sala Superior de Familia de Lima no tomó en cuenta la verdadera repercusión de su decisión y el mensaje que brinda a los padres del niño violentado. Si bien puede considerarse que los padres pueden acudir a la vía civil para solicitar la reparación civil, es poco probable que ello ocurra por su desconocimiento o los limitados recursos económicos para contratar un abogado. De otro lado, con relación al niño a quien pretendían aplicarle las medidas de protección no se aprecia que la Sala considere siquiera necesario que siga una terapia que permita evitar o encontrar el origen de su comportamiento para ayudarlo a que este hecho no suceda otra vez. Ya que únicamente se declaró no ha lugar a promover acción judicial para dictar

las medidas de protección argumentando que el adolescente está exento de responsabilidad y se encuentra al cuidado de sus padres.

Precisamente, en este año también se observa una nueva posición adoptada por la Sala Civil Suprema Permanente de la CSJR a través de la Casación N° 2977- 2016, emitida el 13.12.16. en el Caso N° 3.

En breve recuento de los antecedentes de este Caso N° 3, cabe indicar que en el Expediente N° 1541-2015, el 5° Juzgado de Familia de Lima declaró no ha lugar a promover investigación a favor del niño D.I.B.D. (10) por ser inimputable y no ha lugar a promover la acción penal contra el adolescente S.A.P.Z. (17) por hurto agravado, debido a que no existen indicios que ambos participaran en el hecho, solamente existe sindicación de la presunta víctima. El fiscal apeló ambos extremos de la resolución.

La 1° Sala de Familia de Lima declaró nula la resolución apelada respecto al adolescente S.A.P.Z. (17) porque su vinculación con el acto infractor debe dilucidarse en el proceso. Mientras que, confirmó el extremo respecto al niño por considerar que él está exento de responsabilidad penal y en vía fiscal se dispuso su entrega a sus padres, con lo cual se cumplió la medida de protección y carece de objeto abrir una investigación tutelar en su contra. Nuevamente el Juez Superior Padilla presentó su voto en discordia a fin de que se declare la nulidad de toda la resolución y se determine si corresponde o no aplicar medidas de protección después de la investigación. El Fiscal interpuso el recurso de casación en el extremo que confirma lo resuelto.

La SCP CSJR declaró improcedente el recurso de casación argumentado que el Fiscal no ha precisado en qué consiste la infracción normativa denunciada o el apartamiento inmotivado al precedente judicial. De otro lado, señala que el Fiscal alegó la infracción al art. 242 CNA y al art. 53 LOPJ, a pesar de que no se puede discutir en sede casatoria la competencia de los jueces para emitir medidas de protección y la 1° SFL ya indicó que la medida de protección (entrega a sus padres) ha sido otorgada por el Fiscal antes de accionar judicialmente, por lo cual, resulta innecesario el debate procesal para desarrollar un acto formal cuyo cumplimiento ya se efectuó. La Jueza Del Carpio Rodríguez a través de su voto singular considera que el casacionista sí cumple con el requisito de procedencia al haber señalado que la 1°SFL habría infringido el artículo 242 CNA y el artículo 53 LOPJ. Por ello, votó por la procedencia del recurso de casación.

Pese a que se declaró improcedente el recurso de casación, se observa que la Sala Civil Permanente cambia la posición. Pues, en la Casación N° 358-2015, resaltó que se requiere un proceso y es el juez quien emite las medidas de protección; en cambio, ahora opta por señalar que el fiscal puede emitir tales medidas, sin recurrir al ámbito judicial.

Una posición similar a la adoptada en la Casación N° 2977-2016, se aprecia en el Caso N° 9. Como se observa del Expediente N° 7231-2015, el 3° Juzgado de Familia de Lima declaró improcedente el promover la acción judicial para dictar medidas de protección a la adolescente S.C.J.N. (13), por ser inimputable. La 2° Sala Superior de Familia de Lima confirmó este extremo.

Al interponer la Fiscalía denunciante el recurso de casación, la Sala Civil Permanente de la CSR emitió la Casación N° 302-2016-LIMA (el 02.05.17 y notificada el 27.04.18) donde se declaró infundado el recurso por voto mayoritario.

Es interesante analizar el voto los jueces Rodríguez Chávez, Calderón Puertas, de la Barra Barrera y Sánchez Melgarejo (voto dirimente) ya que, admiten: a) que los hechos imputados a la adolescente constituyen una infracción a la ley penal, b) por eso es pasible de medidas de protección y c) el juez de familia en materia de infracciones es el competente para emitir las. Al mismo tiempo, afirman que no se requiere someter al adolescente a un proceso judicial (al que denominan “investigación tutelar”) debido a que la medida de protección (entrega a sus padres) se emitió en el Acta Fiscal.

En contraste, los jueces supremos Carpio Rodríguez y Yaya Zumaeta votaron en minoría por declarar fundado el recurso de casación. Los jueces sostienen que, de acuerdo con el CNA, las Reglas de Beijing y la doctrina de la protección integral reconocida en la Convención, los menores de 14 años merecen una consideración especial debido a su falta de madurez mental y capacidad cognoscitiva y volitiva; por lo cual, están exentos de responsabilidad penal “inimputabilidad absoluta” y solo les pueden aplicar medidas de protección. Mientras que, las medidas socioeducativas y el sistema de justicia penal juvenil solo son aplicables para los mayores de 14 años. Es decir, los menores de esa edad no pueden ser sometidos a un proceso de infracción a la ley penal pues ello implica una desviación de la jurisdicción determinada por

la ley y la Convención. En este caso, corresponde al Juez la aplicación de las medidas de protección a través de un proceso de naturaleza tutelar y no al MIMP que solo tiene competencia para procedimientos tutelares por abandono. Por ello, consideran que se ha incurrido en nulidad insalvable al haber desviado la jurisdicción predeterminada por ley.

En un voto singular, la Jueza Suprema Del Carpio Rodríguez fundamenta que el recurso es procedente por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 388 del CPC.

De ahí se colige que en una misma Sala existen 2 criterios sobre la vía en la cual se aplica las medidas de protección. De un lado, consideran que en sede fiscal se puede adoptar esta medida; de otro lado, es la vía judicial tutelar la competente. En ambos casos justifican su decisión en la interpretación conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.2.5. Decisiones judiciales emitidas en los expedientes iniciados en el año 2016.

En cuanto a los jueces de primera instancia de la subespecialidad penal se observa en la Figura 5 que ellos conservan sus posiciones: en el 3° Juzgado de Familia no se promueven investigaciones para pronunciarse respecto a las medidas de protección (Casos N° 4: Exp. N°s 1319-16) y en el 5° Juzgado de Familia se sentencia determinando la responsabilidad y la medida de protección correspondiente (Casos N°s 01, 02, 03, 07, 08: Exp. N°s 7070-16,

4496-16, 4498-16, 3486-16, 19814-16).

Mención aparte merece el pronunciamiento de la 2° Sala de Familia de Lima que, en los Casos N°s 5 y 6 (Expedientes N°s 8420-2016 y 11254-2016) ya que varió la orientación de su pronunciamiento al señalar que las medidas de protección a aquellos con menos de 14 años que carecen de discernimiento para asumir su responsabilidad deben ser aplicadas por el MIMP. Pero, aclaró que el MIMP aún no asume sus competencias en forma general sino progresiva, de tal forma que el Poder Judicial continúa conociendo estos casos. Además, afirmó que es el Juez de familia tutelar a quien le correspondería conocerlos, pero como el juez de primera instancia no alegó su incompetencia no se pronunciará en este extremo. Respecto a la situación de los niños investigados, los jueces de dicha Sala señalaron que los niños fueron entregados a sus padres en vía fiscal, es decir, se cumplió con otorgar la medida de protección y por su edad no deben ser estigmatizados al judicializar sus casos. Por ello en los expedientes mencionados la Sala confirma la resolución apelada que resuelve no promover la acción judicial para dictar medidas de protección.

Un análisis similar realizó la 2° Sala en el Exp. N° 19814-16, donde ratifica que es el MIMP el competente de dictar estas medidas de protección, aunque en este caso ya no vincula a los jueces de familia como vía supletoria para su aplicación. Así sostiene que debe no debe promoverse la acción judicial, declarándose nulo todo lo actuado y remitiendo copias al MIMP para que la Dirección de Investigación Tutelar brinde terapias psicológicas sexual al niño y

sus padres, así como tratamiento psicológico para los afectados. Si bien esta decisión fue recurrida en casación, se declaró improcedente (Casación N° 1522-2018).

Como se puede apreciar, de los casos analizados líneas arriba las opiniones sostenidas por los Jueces Especializados de Familia no mantienen concordancia, como tampoco las posiciones de las Salas Superiores de Familia de Lima ya que cada magistrado o colegiado otorga una interpretación diferente a los artículos 184° y 242° del CNA y todos ellos pretenden concordarlo con la Convención sobre los Derechos del Niño y aluden implícitamente que su interpretación se adhiere a la doctrina de la protección integral del niño, sin cuestionar en algún momento la constitucionalidad o no de este texto normativo. Ello, a pesar de las frecuentes colisiones entre lo estipulado en el CNA y los principios que rigen la protección a los niños como se reconoce en la Convención citada.

Un análisis diferenciado merece las decisiones que han sido emitidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema pues, de los casos antes relatados se puede advertir que en ellas tampoco existe uniformidad. A continuación, se exponen las decisiones adoptadas por la Salas Civiles Supremas no solo en los casos que han sido analizados en las Guías de Expedientes antes citados sino también en otros casos en los cuales se tuvo acceso a las casaciones y que constan el Cuadro signado como Anexo 6.

4.3. Posiciones adoptadas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República durante el periodo 2012-2016.

En el Anexo 6 donde se han recopilado las decisiones de la Corte Suprema en los casos analizados (de Lima) y aquéllos que provienen de otros distritos judiciales, donde se colige que las decisiones han sido variadas. Asimismo, se tiene en cuenta la Casación N° 3091-2017-LIMA (04.06.18).

4.3.1. Casaciones resueltas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (SCT CSJR).

Sobre la base de las 8 casaciones analizadas y emitidas por la Sala Civil Transitoria, se puede afirmar que su colegiado -de manera continua- sostuvo que aquéllos con menos de 14 años:

1. Son pasibles de infringir la ley penal y por ello deben ser investigados.
2. Se les aplica medidas de protección como consecuencia del hecho infractor (ya sea entendida como responsabilidad penal o como protección especial).
3. El órgano competente es el juez de familia de la subespecialidad penal (infracciones), que es la jurisdicción determinada por ley.
4. Esta es una función jurisdiccional, por tanto, no puede ser de competencia del MIMP.

Respecto a la naturaleza de las medidas de protección, se aprecia que existen posiciones que parecen contradictorias pues, en la Casación N° 431-2013, la Sala afirmó que es erróneo sostener que “los menores (niños) se encuentran “excluidos del sistema de responsabilidad” ya que pueden hacerse acreedores de medidas de protección, como argumentó la Sala Superior en la decisión impugnada (considerando noveno). Vale decir que, consideraría a las medidas de protección como una sanción para aquéllos con menos de 14 años. En cambio, en la Casación N° 513-2015, la Sala Civil Transitoria sostuvo que los “menores (niños) se encuentran ´excluidos del derecho penal” como también lo indicó la Sala Superior, pero esta vez aclara que las medidas de protección forman parte de un sistema independiente y especial de protección (considerando noveno).

Esta última posición es la que desarrolla en la Casación N° 3091-2017-Lima. La Sala Suprema precisa que “los niños menores de catorce años” carecen de responsabilidad penal especial, de responsabilidad civil y si bien tienen la capacidad de infringir la ley penal, no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un proceso penal, como establece el apartado 31 de la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño (considerando décimo octavo). Lo novedoso de esta última casación es la responsabilidad civil solidaria de los padres que no ha sido desarrollada en ninguna de las casaciones revisadas.

Así, en el considerando décimo quinto reconoce que:

(...) compete practicar la responsabilidad civil

extracontractual solidaria de los padres frente a los actos de sus hijos, en agravio de terceros, el cual tiene su fundamento en la presunta culpa traducida en la infracción de la buena educación y vigilancia respecto del menor, deberes que derivan de la patria potestad. Aspecto que guarda relación con lo previsto por los artículos 1975° y 1976° del Código Civil.

Adicionalmente, la Sala Civil Transitoria indica como referencia bibliográfica de este argumento a la jueza argentina Graciela Medina. De la revisión de un artículo escrito por la citada autora, se aprecia que la responsabilidad civil extracontractual solidaria deriva del propio texto del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) que en su artículo 1754 establece que “Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos.”

Es oportuno señalar que la citada autora al comentar esta norma argentina interpreta que esta responsabilidad es solidaria y concurrente con la de los hijos y es de carácter objetivo ya que “busca proteger a la víctima, no brindándole una merecida reparación, sino que obliga a la toma de más medidas de prevención del daño que en la responsabilidad subjetiva” (Graciela Medina, 2015, p. 41).

En opinión de la Sala Civil Transitoria de la CSJR, nada impide que en el caso peruano se opte por la vía civil para resarcir el daño. Esta posición me parece acertada ya que los artículos 1975 y 1976 del Código Civil regulan expresamente que los incapaces con discernimiento pueden ser responsables solidarios con su representante legal; y, en el caso de los incapaces sin discernimiento, la responsabilidad es únicamente del responsable legal. Desafortunadamente, la SCT no desarrolla en qué supuesto se encuentran aquellos con menos de 14 años; mejor dicho, si considera que poseen o no discernimiento.

A propósito de ello, ni el Código Civil ni el CNA establece cuándo se considera que un niño o un adolescente carece de discernimiento. Únicamente el artículo 43° del Código Civil reconoce como incapaz absoluto a aquéllos con menos de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. Esto es: el trabajo adolescente y la responsabilidad penal juvenil, conforme a los artículos 51° y 183° del CNA.

En otras palabras, quienes tengan menos de 14 años y estén en conflicto con la ley penal, son considerados como incapaces absolutos y carecerían de responsabilidad civil. Por lo cual, solo sus padres o responsables legales afrontarían la obligación de resarcir a la víctima, salvo que la víctima no haya podido obtener la reparación y se permite la intervención del juez para fijar una “indemnización equitativa a cargo del autor directo”, acorde con la situación económica de las partes, como reconoce el artículo 1977 del Código Civil. De tal manera que, no es una responsabilidad solidaria y ni concurrente como

ocurre en la legislación argentina donde: “implica que la víctima del hecho ilícito cometido por un menor tiene acción directa contra el niño, situación que resulta relevante cuando el hijo tiene más bienes que el padre” (Graciela Medina, 2015, p. 42), sino subsidiario y como señala Beltrán Pacheco:

La afectación del patrimonio del incapaz no está justificada en la asunción de un deber de indemnizar (puesto que no tiene capacidad de ejercicio por ser inimputable), sino en un mandato legal para lograr la adecuada satisfacción del interés perjudicado, logrando la redistribución (2011, p. 129).

De igual importancia estimamos a la Casación N° 2295-2012-Arequipa donde la Sala Civil Transitoria de la CSJR adopta una decisión sui generis. Cabe aclarar que el pronunciamiento en este caso no se contrapone con las decisiones antes referidas. Si bien se pronuncia sobre la aplicación de la remisión judicial, ello se debe a que ésta fue aplicada por la Sala Superior. Así, se aprecia que los jueces supremos -que consideran que incluso por debajo de los 14 años se puede investigar la presunta responsabilidad penal- también están de acuerdo en que se aplique la remisión por resultar más beneficiosa. Claro que expresamos nuestro desacuerdo en la manera en que fue aplicada, como se explicó en el Capítulo III (3.4.2.3).

Con esta posición adoptada por los jueces supremos se aprecia que intrínsecamente existe una interpretación guiada por la doctrina de la situación irregular pues le atribuyen a la Convención un sentido que no está acorde con su esencia al considerar que la judicialización de estos casos y la investigación

penal se condice con la protección a los niños y adolescentes. Y, aun cuando advierten interpretaciones disímiles que generan incertidumbre y falta de predictibilidad, además de la afectación a los derechos del niño, no se evidencia que pretendan establecer una posición unificada a través de un pleno casatorio.

4.3.2. Casaciones resueltas por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (SCP CSJR).

En cuanto al criterio adoptado por esta Sala Civil se aprecia que ellos consideran que aquéllos con menos de 14 años:

1. Carecen de capacidad cognoscitiva y volitiva para darse cuenta del carácter delictuoso de su conducta. Son inimputables.
2. Los hechos cometidos por ellos no constituyen infracción a la ley penal.
3. No están sujetos a sanciones sino a medidas de protección.
4. El Juez de familia de la subespecialidad tutelar es el competente para aplicar las medidas de protección.

En la Casación N° 358-2015-Lima establece un criterio diferente al que venía desarrollando esta Sala en casos anteriores pues, aunque reconoce su inimputabilidad señala que la aplicación de las medidas de protección requiere un pronunciamiento previo sobre su responsabilidad en los hechos (autoría o participación) para que puedan aplicarse las medidas de protección y de ello se encarga el juez de familia de la subespecialidad penal.

Eventualmente la Sala Civil Permanente, en las Casaciones N° 302 y 2977-2016- LIMA cambia su criterio y reconoce -en mayoría- que es el juez de infracciones quien debe aplicar las medidas de protección, aunque -al mismo tiempo- señalan que basta la existencia de una disposición fiscal de entrega a sus padres para que no se requiera judicializar el caso.

Respecto a estas contradicciones, cabe mencionar a la Casación N° 4974-2015- CALLAO, emitida por la Sala Civil Permanente de la CSJR, el 26.05.16 conformada por los Jueces Supremos Rodríguez Chávez, del Carpio Rodríguez, Calderón Puertas, de la Barra Barrera y el voto singular del Juez Supremo Yaya Zumaeta. En ella figura como sumilla del caso lo siguiente: “Los menores de catorce años de edad no son pasibles del proceso de infracción a la ley penal, por ser inimputables”.

Esta casación fue interpuesta por la madre de la niña M.M.T.P. (05) contra la Sentencia de vista emitida por la Sala Civil Permanente del Callao que confirma la sentencia de primera instancia que declara no ha lugar a la aplicación de medida de protección por infracción a la ley penal al niño A.Z.I. (11) por la presunta infracción a la ley penal (actos contra el pudor) en agravio de la citada niña. La señora sostiene que se inaplicó diversos artículos del CNA e infringió las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Conforme a la casación, los jueces de primera y segunda instancia habían valorado las contradicciones de la niña al sindicar a su compañero de colegio (A.Z.I.) como el causante de la mordedura en el labio y tocamientos que le habrían realizado, ya que inicialmente señaló que había sido un compañero de

su aula de 05 años.

La Sala Civil Permanente de la CSJR estableció que, para determinar si se infringieron las normas denunciadas, se requiere establecer si los menores de 14 años son susceptibles a ser sometidos a un proceso por infracción a la ley penal. Sin embargo, los jueces supremos empezaron por analizar la motivación de la sentencia de vista y establecieron que el pronunciamiento estuvo motivado pues en ella se determinó que no existía congruencia en las declaraciones de la agraviada. Respecto a las demás infracciones normativas, señalaron que conforme al artículo 40 numeral 3 inciso a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, a los niños menores 14 años no se les puede atribuir culpabilidad por su falta de madurez mental; al ser inimputables están excluidos de sanciones; y, por el contrario, son sometidos a medidas de protección que “deberán velar por su corrección y freno a dichas acciones” (considerando séptimo).

Ante ello, los jueces supremos consideran que el niño A.Z.I. (11) era inimputable al momento que ocurrieron los hechos que se le atribuyen por lo cual debe ser declarado infundado este recurso en todos sus extremos.

Por su parte, el Juez Supremo Yaya Zumaeta emitió su voto singular afirmando que las medidas de protección deben aplicarse dentro del proceso a cargo del Juez de Familia especializado en infracciones y en este caso se advierte que la Sala Superior se ha pronunciado al respecto, pero la recurrente pretende la revaloración del material probatorio que es ajeno al debate en sede

casatoria por no ser instancia de mérito, en consecuencia, vota porque se declare infundado el recurso de casación.

En esta decisión se muestran las contradicciones que existen respecto al tema investigado pues, aun cuando en la sumilla resume que en esta casación esta Sala Suprema establece que los menores de 14 años no son pasibles del proceso de infracciones por ser inimputables, la mayoría de la Sala Suprema considera que deben aplicarse medidas de protección, aunque no señala cuál es la vía y su finalidad pues parecería que propugnan su cuidado sin connotación penal. Pero, al analizar la resolución impugnada los jueces supremos afirman que ésta se encuentra debidamente motivada por haber examinado probatoriamente la responsabilidad penal del niño. Esto es, omiten discutir el trato de infractor que se le ha brindado al niño a lo largo del proceso en primera y segunda instancia.

Por otro lado, en la Casación N° 1522-2016-Lima, la 2° Fiscalía Superior de Familia de Lima impugnó la Resolución emitida por la 2° Sala de Familia de Lima en el Expediente N° 19814-2016 (Caso N° 8 del 2016) donde declaró nulo el proceso que promovió acción judicial contra el niño de iniciales B.D.L.M.D, no ha lugar promover acción penal en su contra y ordenó que se remitan copias al MIMP para que la Dirección de Investigación Tutelar brinde terapias psicológica sexual al niño y sus padres, así como tratamiento psicológico para los afectados. Ante ello, la 2° Fiscalía Superior de Lima señaló que la Sala incurrió en interpretación errónea de los artículos 184 y 242 del CNA y la Quinta disposición Transitoria pues, la correcta interpretación es que el MIMP solo

tiene competencia para emitir medidas de protección cuando no posean soporte familiar o éste sea insuficiente para cubrir sus necesidades o ejercer sus derechos lo que no necesariamente requiere la trasgresión de leyes penales, como en este caso. Por tanto, la Sala le atribuyó una competencia que no ostenta ni ha sido otorgada por la ley.

Sobre estas causales, la SCP señala que el juez de familia en materia de infracciones es el competente para dictar las medidas de protección en caso se acredite la infracción (considerando 7.1. y 7.2.). A primera vista, este argumento avalaría la resolución de primera instancia que promovió la acción judicial; no obstante, de manera posterior señala que en atención al interés superior del niño era innecesario someterlo a un proceso ya que se encontraba acompañado de sus padres, acto que está considerado como un medida de protección, por lo cual no demuestra la incidencia directa de la infracción sobre la resolución impugnada y sustentándose en este interés superior, avala que la 2° Sala Superior de Familia haya resuelto declarar nulo todo lo actuado y resalta que dicha Sala realizó una adecuada fundamentación y valoración de los medios probatorios. Con estos argumentos se declaró improcedente el recurso de casación.

Con ello se evidencia que aún no existe una delimitación en este ámbito y seguimos interpretando conforme a la doctrina de la situación irregular pues si bien sostiene que, aquellos con menos de 14 años carecen de responsabilidad penal juvenil aún se considera a la medida de protección como sanción al pretender que éstas sirvan de “freno a sus acciones” y no como un instrumento para velar por alguna situación de vulnerabilidad en la que se

encontraría. De igual manera, pareciera que la sola permanencia de los niños con sus padres comprueba la aplicación de las medidas de protección y al consignarse en las actas fiscales esta permanencia basta para no recurrir a la vía judicial, a pesar de que ello únicamente refleja que los niños no se encuentran detenidos ilegalmente. Además, se deja de lado que la entrega a sus padres no es la única medida de protección reconocida en el artículo 242° del CNA.

Si bien esta investigación se circunscribe al distrito judicial de Lima, estimamos ejemplificador mostrar cómo interpretan los jueces a nivel nacional este mismo tema, a través de los plenos jurisdiccionales.

4.4. Interpretación jurídica de las medidas de protección a través de Plenos Jurisdiccionales.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en su artículo 116 faculta a los jueces (integrantes de las Salas especializadas) a reunirse a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a través de plenos jurisdiccionales distritales, regionales o nacionales. Por tanto, estos plenos constituyen un foro para discutir posiciones sobre temas específicos en el quehacer judicial y se orientan a crear una línea de análisis y fijar posturas para resolver un problema legal, con la finalidad de soslayar la falta de predictibilidad de sus decisiones.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó una Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales para ejecutar lo prescrito en la LOPJ a través del

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, como órgano de apoyo. Esta guía considera que los Plenos Jurisdiccionales:

constituyen reuniones de Magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto (2008, p. 4).

Asimismo, establece que de manera posterior al debate sobre las posiciones y conclusiones alcanzadas por los magistrados como producto de las conferencias y trabajos en talleres), en la Sesión Plenaria se procede a la votación para adoptar el Acuerdo Plenario. Al respecto, esta guía prescribe expresamente la no vinculatoriedad de estos acuerdos para la solución de casos particulares; contradictoriamente señala que estos acuerdos “orientan a los Magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo cual conlleva a la predictibilidad de las resoluciones judiciales” (p. 15).

Consideramos que resulta inconcebible que un acuerdo no vinculante coadyuve a que un juez decida en ese sentido, más aún si el magistrado vota en contra de dicho acuerdo. Por ello, no se entiende cómo los plenos promueven la predictibilidad y menos aún que “concuermen jurisprudencia” que es el fin buscado por el artículo 116 de la LOPJ.

Sobre los plenos jurisdiccionales se ha escrito poco, como lo resalta el profesor Fort Ninamancco, quien realiza un análisis sobre los plenos jurisdiccionales civiles que resulta de gran aporte porque cuestiona la vinculatoriedad de plenos jurisdiccionales en general. Así, el citado autor considera que el “concordar jurisprudencia” establecido en el artículo 116, dota a los plenos jurisdiccionales de fuerza vinculante, donde no solo es una vinculatoriedad ética o moral que pertenece al fuero íntimo personal, sino legal, porque “no tiene sentido alguno que el sistema legal establezca deberes éticos sin trascendencia jurídica. Esto último no admite discusión.” (2016, pp. 14-15).

Resalta el autor que, a través de la interpretación literal de este artículo de la LOPJ, se evidencia la fuerza vinculante de los plenos jurisdiccionales, a diferencia de la interpretación dominante que viola el texto legal y desconoce que esta labor está encaminada a la uniformización de la jurisprudencia (p. 16). Además, resalta que esta interpretación no viola el principio de independencia jurisdiccional que busca proteger de interferencia del poder político y en este caso la vinculatoriedad no lo afectaría, como no lo afecta la fuerza vinculante de un pleno casatorio. Asimismo, sostiene que el reconocimiento de esta fuerza legal permitiría respetar el principio de separación de poderes y de igualdad pues, ante casos iguales, las personas no pueden obtener decisiones diferentes del Poder Judicial (p. 18-19).

En un video, Fort Ninamancco reafirma esta posición de la vinculatoriedad de los plenos jurisdiccionales e incluso asevera que un Pleno Jurisdiccional Nacional debe primar sobre una sentencia casatoria ordinaria (que no es un

pleno casatorio) porque el primero es vinculante y la segunda, no (La Ley, web, 27.06.18).

En respuesta a esta posición, Renzo Cavani discrepa al aseverar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que otorgue competencia para que el acuerdo plenario sea un documento normativo del cual se extraiga una regla jurídica y que además esa norma imponga la obligatoriedad de dicha regla, como sí ocurre con los plenos casatorios civiles (art. 400 del Código Procesal Civil) y los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional (art. VII del Código Procesal Constitucional). Más aún si la interpretación que realiza Ninamanco de la vinculatoriedad de los plenos jurisdiccionales con la predictibilidad judicial parece más un voluntarismo doctrinal (2018, web).

En cuanto a la primacía de los plenos jurisdiccionales nacionales (celebrados por jueces superiores) sobre una sentencia casatoria (elaborada por jueces supremos de una Sala determinada) sostenida por Ninamanco, afirma Cavani que éste no es claro y que ello podría entenderse de diversas maneras como, por ejemplo, que las Salas Supremas estarían vinculadas a los acuerdos adoptados por jueces superiores en los plenos nacionales (a pesar de ser órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores), que los jueces a nivel de todas las instancias (salvo supremos) estén vinculados por dicho acuerdo plenario; o, que sean los ciudadanos quienes deban orientar su conducta según el pleno jurisdiccional nacional. De otro lado, Cavani sostiene que no es necesario defender la vinculatoriedad de un acuerdo plenario para

preferirlo sobre lo resuelto en una sentencia casatoria ordinaria pues, al no tener ninguna fuerza vinculante, la prevalencia se encuentra en la calidad de la motivación de las resoluciones (2018, web).

Apreciamos que la postura asumida por Cavani resulta certera pues no existe norma que permita avalar la obligatoriedad de los acuerdos que puedan adoptarse en estos plenos; no obstante, conocer cómo interpretan piensan los jueces en los demás distritos judiciales este tema resulta ilustrativo y permite visualizar si existen similitudes de posiciones en su aplicación o claridad en el abordaje de éste.

4.4.1. Plenos Distritales.

a) Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Ica 2007.

Se llevó a cabo los días 3 y 10 de diciembre del 2007, donde uno de los temas en discusión fue: “Medidas de protección al niño que comete infracción a la ley penal”. El texto consultado no contiene cuáles fueron las posiciones debatidas; sin embargo, por unanimidad decidieron lo siguiente:

Que, el Juez de Familia en ejercicio de las facultades de dirección contenidas en el inciso 3 del artículo 51° del Código Procesal Civil disponga la realización de una Audiencia Especial en la cual se escuche al niño, se interroge a los padres o responsables y se actúe cualquier otro acto procesal que se considere conveniente a fin de tener los elementos necesarios para determinar cuál o cuáles de las medidas de protección que establece la ley deban

imponérsele al niño que comete infracción a la ley penal. (Poder Judicial, 2007, p. 217).

De lo cual se infiere que los jueces de dicha Corte Superior estaban de acuerdo con someter al niño a un proceso de naturaleza penal.

b) Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Arequipa 2009

Llevado a cabo el 19 de octubre del 2009, en el cual se planteó textualmente lo siguiente:

El artículo 184º del Código de los Niños y Adolescentes establece que el menor de 14 años no es pasible de medida socioeducativa, pero sí de medida de protección; ¿quién es la autoridad competente para aplicar la medida? (Poder Judicial, 2009).

Se presentaron 3 ponencias. La primera abogaba por el Juez de Familia en lo Penal. La segunda, por el Juez de Familia en lo Tutelar y la tercera por el MIMDES. Por unanimidad se concluyó lo siguiente:

Que, tratándose de un tema de infracciones penales, cometidas por niñas o niños menores de 14 años siendo que este tema puede estar vinculado a un tema de abandono moral es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo tutelar quien asuma competencia de tales hechos mediante el proceso tutelar.

c) Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia del Callao 2010.

Se realizó los días 7 y 9 de septiembre del 2010, en el cual se estableció como tema a debatir: “¿Existe procedimiento establecido en el Código del Niño y el Adolescente en el caso de los niños menores de 14 años que infringen la ley penal?”

No se tiene información de las propuestas presentadas, el documento oficial consultado únicamente señala que por unanimidad se concluyó que: “No existe procedimiento por cuanto existe un vacío normativo en que la Ley solamente trata la investigación y juzgamiento de adolescentes en los menores de catorce años.”

Como consecuencia de este debate, se propuso un tema nuevo: “Si no existe ¿cuál sería la forma del procesamiento de estos casos?”

Nuevamente por unanimidad se decidió lo siguiente:

El grupo de trabajo al calificar los actuados el Juez de Familia deberá de establecer si abrirá o no investigación por infracción a la Ley Penal por un niño o adolescente menor de catorce años, disponiendo la actuación de medios probatorios a fin de establecer la comisión del hecho y la responsabilidad del que infringió la Ley Penal, además deberá evaluar - de ser el caso - si debe de remitir copias certificadas a la U.G.I.T, si considera que el niño se

encuentra en presunto estado de abandono a efectos de que se ordene una investigación tutelar conforme a las disposiciones del Decreto Supremo N° 11-2005- MINDES (Poder Judicial, 2012).

d) Pleno Jurisdiccional distrital Cusco 2013.

Se realizó el 14 de junio del 2013 y donde los jueces debatieron el siguiente tema: “Las medidas de protección a favor de infractores de la ley penal menores de 14 años, se dictan con o sin audiencia”. Por unanimidad se adoptó que tal medida de protección debe ser impuesta a través de la actividad procesal judicial luego de una audiencia (Poder Judicial, 2013).

4.4.2. Plenos Regionales.

a) Pleno Regional de Familia del 2011.

Se llevó a cabo en la ciudad de Chimbote los días 16 y 17 de septiembre del 2011, con la participación de diversos jueces pertenecientes a los distritos judiciales del Santa, Ancash, Cajamarca, La Libertad, Lambayeque, Piura, Sullana y Tumbes. Propusieron como Tema N° 2 el siguiente:

Contra los menores infractores de 14 años, en el entendido que éstos no tienen capacidad para infringir las leyes penales, ¿son impuestas medidas de protección sólo con los actuados policiales y fiscales, o es que se someten

previamente a un proceso investigatorio? (Poder Judicial, 2011)

Hubo 2 ponencias. La primera señala que no requiere un proceso investigatorio porque la ley busca protegerlos, no sancionarlos. La segunda ponencia sostiene que según el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, se debe acreditar en forma indubitable la participación del menor favorecido, mediante un proceso investigatorio. El Pleno adoptó por mayoría la segunda posición (21 votos a favor, 2 abstenciones y 1 en contra). Por consiguiente, las medidas de protección adoptaban una connotación sancionatoria impuesta luego de comprobarse su responsabilidad.

4.4.3. Plenos Nacionales.

a) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1997.

Es importante mencionar este pleno pues debate los criterios que deben tenerse en cuenta para calificar las denuncias a presuntos infractores a la ley penal. Determinan que debe considerarse la edad, el delito, el entorno familiar, la escolaridad y el nivel familiar. Este pleno puso en relieve la importancia del resguardo de las garantías que la Convención promueve. De esta forma, al momento de fijar el primer criterio de calificación de las denuncias, interpretó que la responsabilidad por el acto infractor comienza a los 12 años, edad a partir de la cual se aplicaban medidas socioeducativas, y que luego modificada conforme al D.L. N° 990, amplía la aplicación de las medidas de protección a los adolescentes con menos de 14 años (Poder Judicial, 1997).

De tal manera que, en esta investigación este sería el indicador más antiguo encontrado respecto a la opinión de los jueces respecto a la edad mínima de responsabilidad penal.

b) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 2009.

Se llevó a cabo los días 23 y 24 de octubre de 2009, en la ciudad de Lima con la participación de 90 jueces de las Cortes Superiores de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cañete, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Huaura, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Lima Norte, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Del Santa, Tacna, Tumbes y Ucayali. El tercer tema debatido fue el siguiente:

El artículo 184º del Código de los Niños y Adolescentes establece que el menor de 14 años no es pasible de medida socioeducativa, pero sí de medida de protección; ¿quién es la autoridad competente para aplicar dicha medida? (Poder Judicial, 2009).

En el debate se presentaron 4 ponencias. La primera, propuso que el Juez de Familia en lo penal asuma competencia para conocer tales hechos debido a que el artículo 53º de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente establece que es el Juez de Familia especializado en materia penal el competente para conocer casos de infracciones a la ley penal. Y además porque la Resolución Ministerial N° 177-2006-MIMDES en su artículo 2 (vigente en ese momento) estableció que el MIMDES no asumirá investigaciones

tutelares respecto a adolescentes presuntamente infractores o infractores de la ley penal, las que continuarán siendo de conocimiento del Poder Judicial.

La segunda ponencia optó por designar al Juez de Familia en lo Tutelar como competente debido a que este tema puede estar vinculado al abandono material y moral de niños menores de 14 años. Aunado a ello, antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 990 (que modifica la edad a partir de la cual se aplican medidas de protección) eran los Juzgados Tutelares los que aplicaban las medidas de protección en caso de adolescentes infractores a la ley penal.

La tercera posición, propone al MIMDES (hoy MIMP, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) como la autoridad competente para aplicar estas medidas por ser la encargada de velar por dicho procedimiento al tratarse del ente rector que ejecuta la política pertinente a los asuntos de los niños, niñas y adolescentes.

La cuarta ponencia, resaltó que el problema no está en qué autoridad es competente sino en el trámite a seguir o la vía pertinente para otorgar medidas de protección, sea como infracción a la ley penal o como proceso tutelar.

Por mayoría se acordó que:

tratándose de un tema referido a infracciones penales cometidas por niñas, niños y adolescentes menores de 14 años, siendo que este tema puede estar vinculado a uno de

abandono moral y material, es pertinente que sea el Juez Especializado de Familia en lo Tutelar, quien asuma la competencia ante tales hechos (Poder Judicial, 2009).

Entre los diversos grupos que se formaron, cabe resaltar que en el grupo 5 (conformado por 14 magistrados) hubo una abstención de uno de los miembros al emitir su voto pues el juez consideró que no puede tramitarse como proceso de investigación tutelar porque no se encuentra en abandono y tampoco como proceso de infracción a la ley penal porque ello causaría mayor daño o perjuicio al someterlo a un proceso penal que lo estigmatizaría, sobre todo si en un mismo proceso asiste un adolescente de 13 y otro de 16. Ante este vacío sugiere que creativamente se implemente otro tipo de procedimiento distinto a las vías antes mencionadas, aunque no detalla en qué consistía.

c) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 2011.

Se llevó a cabo los días 11 y 12 de noviembre del 2011, en la ciudad de Ica. Como Tema N° 2 planteó lo siguiente: “Contra los menores infractores de 14 años, en el entendido que éstos no tienen capacidad para infringir las leyes penales, ¿son impuestas medidas de protección sólo con los actuados policiales y fiscales, o es que se someten previamente a un proceso investigador?”

En la documentación consultada, no se cuenta con la información que indique cuáles eran las propuestas de los jueces participantes, únicamente se

tiene el resultado de esta votación. Por mayoría se determinó lo siguiente: “La imposición de las medidas de protección previstas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requiere que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido mediante un proceso investigador.” Es decir, los jueces determinaron que se requería someter al niño a un proceso judicial para que se emitan las medidas de protección (Poder Judicial, 2011).

No se aprecia que los plenos Nacionales desde el 2012 al 2017 hayan puesto este tema en debate nuevamente, ya que se han concentrado en otros temas de interés actual, como el proceso seguido para otorgar medidas de protección conforme a la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (publicada el 23.11.15) desarrollado en el último Pleno Nacional del 2017.

d) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 2018.

Se llevó a cabo en la ciudad de Ica, los días 20 y 21 de setiembre del 2018 y contó con la participación de jueces de las 34 Cortes Superiores de Justicia del Perú. Se debatió como primer tema, el procedimiento judicial para menores de 14 años que infringen la ley penal, resaltando que esta discusión tiene por finalidad lograr predictibilidad, pues existen resoluciones contradictorias que se han dictado en todos los niveles. La premisa por discutir era la siguiente:

la situación de los menores de 14 años responde a una consideración especial, a quienes no se les puede atribuir el mismo juicio de reproche de un adolescente mayor de 14

años, quien dada las condiciones biológicas y psicológicas que lo caracterizan, ha alcanzado cierto grado de madurez que le permite conocer la trascendencia de sus actos.

Si bien es cierto que las personas menores de 14 años de edad que incurren en un hecho ilícito serán pasibles de medidas de protección:

¿para determinar ello deberán ser sometidas a un procedimiento judicial en el que se investigue su responsabilidad? ¿Será de naturaleza penal o tutelar? (Poder Judicial, 2018, p. 13).

Conforme a la publicación realizada por el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial existieron 2 ponencias. Por un lado, consideraron que:

(d)ebajo de los 14 años de edad, debe presumirse que los niños son inimputables y no tienen responsabilidad por infringir la ley penal, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal; en consecuencia, las medidas de protección que resulten necesarias se aplicarán a través de un proceso de naturaleza tutelar, siendo de aplicación la Ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297 (2018, p. 13).

Para ello, se sustentaron en la Casación N° 4974-2015- CALLAO emitida por la Sala Civil Permanente de la CSJR que reconoce esta inimputabilidad por

su falta de madurez mental para tomar conciencia de sus acciones por lo cual no podría atribuírsele culpabilidad. Aunque en ella no menciona la vía (tutelar o penal) pues en el distrito judicial del Callao los jueces de familia no tienen competencias diferenciadas como ocurre en Lima.

La posición opuesta, también reconoce que no se puede atribuir responsabilidad a las personas con menos de 14 años; sin embargo, requiere iniciar una investigación judicial “y en el decurso del proceso determinarse su responsabilidad por los hechos imputados a fin de no vulnerar sus derechos de defensa, plasmándose la decisión en una sentencia, mediante un proceso de infracción a la ley penal” (2018, p. 14). Ello, en la línea de la Casación N° 302-2016-LIMA que reconoció la competencia del Juzgado de Familia de la especialidad de infracciones a la ley penal para dictar las medidas de protección establecidas en el artículo 242° del CNA.

La mayoría del pleno acordó seguir la primera ponencia (La Ley, 27.09.18), aunque no se especifica con cuántos participantes se contó para el debate y posterior votación.

Como se observa de los plenos citados, también existen posiciones discordantes, aunque sus variantes giran irremediabilmente en torno a la judicialización de estos casos. Ya sea para que un juzgado de familia tutelar emita las medidas de protección (como establecen los plenos nacionales) o para que un juzgado de familia penal determine la responsabilidad penal de un niño con menos de 14 años, en un proceso judicial antes de otorgarse una

medida de protección, aunque posteriormente sea visto en un juzgado tutelar como presunto abandono (como acuerdan los plenos distritales).

4.5. Predictibilidad de la interpretación jurídica de las medidas de protección por los Jueces de Familia de Lima.

De las decisiones analizadas en los casos citados (Guías de Expedientes) y que han sido analizados en el acápite 4.2., se colige que -en el periodo estudiado- no existió entre los Jueces de Familia de Lima una posición definida para interpretar la naturaleza de estas medidas de protección, el ente competente para otorgarlos ni la vía en la que debían emitirse. Inclusive en la Corte Suprema de Justicia de la República se constata posturas discordantes entre la Sala Civil Permanente y la Sala Civil Transitoria. Consideramos importante que, en concordancia con el artículo 400 del Código Procesal Civil que otorga “autonomía a las Salas Civiles Supremas Casatorias, al emitir por sí solas precedentes vinculantes” (Carlos Celis Zapata, 2013, p. 31) ambas Salas Civiles Supremas elaboren el precedente judicial que permita conocer qué fundamentos y doctrinas enmarcan su pronunciamiento en estos casos, pues al ser de obligatorio cumplimiento para los órganos judiciales permitirían unificar criterios en estos casos.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE ENCUESTAS REALIZADAS: RELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDAS A NIÑOS CON MENOS DE 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL Y PARA AQUELLOS EN ESTADO DE ABANDONO

5.1. Similitudes y diferencias.

El CNA -a diferencia del ECA de Brasil tal y como se desarrolló en el Capítulo III- realiza una división entre las medidas de protección. En un extremo, aquéllas aplicables por el juez, a niños con menos de 14 años que infringen la ley penal (artículo 242 del CNA). En el otro, aquéllas que aplica el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) cuando un niño (con menos de 18 años) se encuentra en presunto estado de abandono (vigentes al realizarse la investigación).

Si bien las premisas son distintas, las medidas de protección son exactamente iguales, como se observa a continuación:

Artículo 242º Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: a) El cuidado

en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Artículos 243°. El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables del cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa; b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedita por el juez especializado.

Al analizar el CNA, Mary Beloff destaca que, de manera similar a Brasil, nuestro código hace una “derivación automática” de los niños al sistema de protección, pero retrocede sensiblemente al establecer que en el sistema de protección al niño se aplican medidas de protección, por un lado, al niño que

cometa infracción a la ley penal y es el Juez quien las otorga. Por otro lado, al niño y adolescente en presunto estado de abandono, siguiendo una “clásica formulación tutelar” (2006, pp. 18-19).

Como ha destacado esta autora (2006), del análisis sobre los supuestos en los cuales se declara el abandono artículo 248 del CNA:

(e)s del caso señalar la mezcla de concepciones de uno y otro modelo, que pueden advertirse en el artículo que se acaba de transcribir, por un lado, y el párrafo final de ese artículo, compatible con el art. 252 que establece que “en la aplicación de las medidas de protección señaladas se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.”

Señala la autora que la exclusión de los niños del sistema penal juvenil es una cláusula problemática en nuestro código “que, de no ser interpretadas de modo armónico, con otros estándares que caracterizan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes.” (Beloff, p. 20).

Si bien las medidas de protección establecidas en los artículos 242 y 243 del CNA son similares en el texto (lo que agudiza su erróneo uso) se entiende que se aplican a situaciones diversas. Por un lado, el artículo 242 se aplica a los casos de niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal como hemos evidenciado y suele interpretarse, como una medida sancionatoria por

la infracción, aunque de menor gravedad que las medidas socioeducativas.

Es decir, aún se aboga por un tratamiento penal a aquéllos que, si se respetara una interpretación acorde con el modelo de protección integral, deberían estar exentos de responsabilidad penal. Por otro lado, el artículo 243 se aplica a niños (hasta los 17 años) que se encuentren en estado de abandono. Sin embargo, su diferencia no suele ser clara como se advierte en el Expediente N° 5189-12 (que originó la Casación N° 431-2013 y que puso en evidencia que la Sala Superior invocaba erróneamente el artículo 243 cuando correspondía el 242 del CNA). En similares términos se aprecia que el 6° Juzgado de Familia de Lima en el Expediente N° 8096-13 sostiene la aplicación de este artículo, así como la intervención del MIMP, equiparándolo a un caso de abandono.

Estos desaciertos de la redacción normativa han sido denominados por Nelly Luz Cárdenas Dávila como una “diferenciación no diferenciada” quien luego de analizar estas normas juntamente con los artículos 183, 184 y 248 del CNA recalca la naturaleza sancionadora de las medidas de protección del artículo 242° del CNA en los siguientes términos:

el niño y adolescente menor de 14 años, no está excluido del sistema de responsabilidad penal, el cual debe entenderse como un sistema independiente y especial, es decir es responsable del hecho ilícito que cometió, pero por su especial condición y estado de desarrollo no se le puede aplicar la misma pena que la de un adolescente mayor de 14 años y menos la de un adulto, sino

medidas de protección, por cuanto la situación del menor de 14 años es de mayor vulnerabilidad (2009, p. 47).

Respecto a la vía para su aplicación, la autora parece concordar en la judicialización del caso a través de la vía tutelar pues afirma que, si un “menor de 14 años” es culpable, se aplica medidas de protección donde “no se le someterá a un proceso con características penales sino a una investigación tutelar” (2009, 59).

Asimismo, Christian Hernández Alarcón citado por Cárdenas Dávila abogaría por una postura similar:

Estamos de acuerdo que, a los menores de 14 años, a quienes se les ha excluido del sistema de responsabilidad penal, se les aplique una medida de protección; pero, no estamos de acuerdo en que dicha medida responda a la comisión de ilícito penal alguno, pues de lo contrario no se le estaría excluyendo del sistema de responsabilidad. Consideramos por ello, que para la razonable aplicación de alguna de las medidas de protección a un menor de catorce años que cometió infracción a la Ley Penal, debe encontrarse éste también dentro de alguna de las causales que justifiquen y fundamenten dicha protección, como por ejemplo, que sea expósito, que carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades

morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación y las demás señaladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, no siendo suficiente la acreditación de la comisión de la infracción a la Ley Penal (2009, p. 47).

En tal sentido, Hernández Alarcón reconoce que las medidas de protección del artículo 242 del CNA tendrían en la práctica, un uso sancionatorio; sin embargo, aboga por una interpretación protectora y aplicable únicamente si se requiere una intervención estatal para el resguardo de su integridad frente a agentes agresores, como lo sugiere el artículo 248° del CNA.

Como se indicó en el primer capítulo de esta investigación, el artículo 243° estaba vigente mientras se elaboraba la presente tesis y cuando se analizaron los casos que se encuentran en las Guías de Análisis de Expedientes. Sin embargo, debe precisarse que actualmente el citado artículo ha sido derogado al publicarse el Decreto Supremo N° 01-2018-MIMP (10.02.18), que reglamenta el Decreto Legislativo N° 1297, para la protección de los niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. En el reglamento se establece que el MIMP -a través de las Unidades de Protección Especial (UPE) o las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente (DEMUNAS)- inicia un procedimiento para evaluar si un niño, niña o adolescente se encuentra en riesgo de desprotección o en situación de desprotección familiar (carente de cuidados parentales).

Con este propósito, estas dependencias realizan una evaluación a fin de determinar si corresponde aplicar medidas como: apoyo a la familia para fortalecer competencias de cuidado y crianza, acceso a servicios de educación y salud, servicios de atención especializada, apoyo psicológico a favor de la niña, niño o adolescente y su familia, acceso a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia, acceso a servicios de cuidado, acceso a servicios de formación técnico productivo para la/el adolescente y su familia, inclusión a programas sociales y otros como acogimiento familiar o residencial o adopción.

La importancia de esta normativa reside en la amplitud de casos que abarca, pues si antes podía considerarse que el MIMP únicamente conocía en investigación tutelar los casos de abandono, ahora su competencia también incluye casos en los cuales habría riesgo de perder los cuidados parentales, situaciones en las cuales muchas familias podrían contar con asistencia psicológica y social que evite una situación de desprotección. Hasta el 2019, no se conocía si estos casos también incluían a niños con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal a fin de aplicar las medidas de protección, pues el decreto legislativo o su reglamento no los excluía de manera expresa. Posteriormente, con la publicación del Decreto de Urgencia N° 001-2020 que modificó el Decreto Legislativo N° 1297 y la incorporación de la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final, ya comentada en el apartado 3.4.2.1. se verificó que el MIMP rehúye de su función y apunta al Juez de Familia como competente para emitir estas medidas de protección.

Lo cierto es que el reglamento del Decreto Legislativo N° 1297 señaló en su artículo 100 que en ningún caso un Centro de Acogida Residencial hace las veces de un Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación o el lugar donde se aplica la medida de protección para adolescentes menores de catorce (14) años que han infringido la Ley Penal, precepto que también se reiteró en la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final aprobada en el Decreto de Urgencia N° 01-2020. Entiendo que esta disposición busca evitar que se aplique arbitrariamente el internamiento, a pesar de ser una medida socioeducativa que aplica el juez por infracción grave a la ley penal y que no correspondería aplicarles a aquellos con menos de 14 años. Como grafica bien Zulita Fellini, al comentar la legislación argentina y el tratamiento otorgado a aquéllos con menos de la edad mínima de responsabilidad penal y los sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil:

(l)a propuesta 'tutelar' para menores no responsables, o para menores relativamente responsables por un lado, y las respuestas represivas para menores responsables, no alcanza a ser en la práctica, una diferencia que pueda ser efectivamente identificable. Cuando un menor está encerrado en un establecimiento cumpliendo una pena o medida, desde el punto de vista externo no tiene ninguna diferenciación; su inclusión en uno u otro sistema solo depende de la edad (2007, p. 61).

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1297 y su reglamento omiten precisar si el conflicto con la ley penal puede considerarse como un factor de riesgo o como un factor de desprotección a los cuidados parentales. Después

de todo, la Tabla de Valoración de Riesgo al que se refiere el Decreto Legislativo N° 1297 y su Reglamento, (aprobado mediante Resolución Ministerial N° 065-2016-MIMP y publicada el 13.03.18) sí permitiría que éste sea evaluado. Ello se evidencia cuando se describe la “conducta de riesgo en la familia de origen”; si bien se refiere al comportamiento fuera de la ley o de riesgo social de los padres o responsables del niño, niña o adolescente, sí establece como un signo de alerta para identificar este riesgo que el niño, niña o adolescente tenga antecedentes de actos violentos y/o delictivos.

Si nos encontramos ante este signo de alerta, el MIMP considera que puede tratarse tanto de una situación de riesgo como una de desprotección familiar, dependiendo de la gravedad. Por ejemplo, si la familia manifiesta su interés por recibir ayuda para que (los adultos) dejen las conductas de riesgo, se considerará que es una situación leve y el niño, niña o adolescente permanecerá con su familia. Por el contrario, si la familia no muestra una actitud favorable para modificar estas conductas que perjudican el desarrollo integral del niño, niña o adolescente o exponen a situaciones de consumo de drogas, inducen a cometer delitos o a convivir en situaciones de prostitución de los familiares, se considera que están en un supuesto de desprotección familiar y conlleva a la separación de dicho entorno familiar y puedan establecerse -según el caso- medidas de protección como el acogimiento familiar o residencial o la adopción. Sin embargo, el Decreto de Urgencia N° 001-2020 dejaría sin efecto esta valoración al eludir su competencia en casos de niñas, niños o adolescentes en conflicto con la ley penal, sin importar la edad ni las condiciones de vulnerabilidad que puedan presentar.

5.2. Análisis de resultados de instrumentos.

5.2.1. Encuestas a operadores jurídicos nacionales.

Se realizó entrevistas a operadores jurídicos que laboran en el Distrito Judicial/ Fiscal de Lima y también a aquéllos que laboran en otros distritos. En este acápite se expresarán las conclusiones de las encuestas. Aun cuando esta tesis centra su investigación en la competencia territorial de Lima, considera importante conocer cuál es la visión de los operadores jurídicos en otros distritos.

Las preguntas se elaboraron en función al problema planteado, las hipótesis y variables. Por ello, se realizaron las siguientes preguntas:

1. ¿Qué autoridad otorga las medidas de protección a niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, reconocidas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes?
 - a) MIMP (Dirección de Investigación Tutelar).
 - b) Juez de Familia de la subespecialidad penal.
 - c) Juez de Familia de la subespecialidad tutelar.
 - d) N.A. especificar.

2. ¿Cuál es el proceso o procedimiento que se requiere para el otorgamiento de tales medidas de protección?

- a) Procedimiento administrativo.
 - b) Proceso único (similar a adolescentes mayores de 14 años).
 - c) Proceso único (vía tutelar).
 - d) N.A. especificar.
3. ¿Existe duda en los operadores de justicia respecto a la autoridad competente (según la especialidad) que deba otorgar estas medidas?, ¿por qué?
4. ¿Considera usted que se puede equiparar la aplicación de las medidas de protección antes señaladas y aquellas medidas de protección para niños, niñas o adolescentes en abandono (artículo 243º) ?, ¿por qué?

5.2.1.1. Operadores jurídicos del Distrito Judicial/ Fiscal de Lima.

Debido a que son los Fiscales de Familia quienes conocen primigeniamente estos casos y deciden a nivel prejudicial cuál será el trámite que se otorgará, se consideró importante que ellos sean los principales entrevistados. Por ello, en el Distrito Judicial/Fiscal de Lima se entrevistaron a 11 Fiscales de Familia, 1 Juez Superior de Familia y 1 Defensora Pública de adolescentes en conflicto con la ley penal con la finalidad de plasmar la interpretación que le otorgan a las medidas de protección aplicables a los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal. Se han situado las entrevistas en el orden cronológico que han sido realizadas.

Las respuestas han sido muy variadas como se aprecia del Anexo 7.

Así, a la primera pregunta: ¿Qué autoridad otorga las medidas de protección a niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, reconocidas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes? se observa que la mayoría de los entrevistados considera que el juez de familia con competencia en materia penal es quien emite las medidas de protección. Mientras que, la minoría de entrevistados considera que el competente es de la subespecialidad en materia tutelar. Únicamente una entrevistada considera que no se encuentra definida a la autoridad competente. Por otro lado, el Juez Superior entrevistado realiza una observación que también se evidencia en las Guías de Expedientes de esta investigación: los jueces de la subespecialidad penal en su mayoría deciden no abrir investigación en la cual se emitirían las medidas de protección.

A la segunda pregunta: ¿Cuál es el proceso o procedimiento que se requiere para el otorgamiento de tales medidas de protección? La mayoría (8 entrevistados) considera que el proceso seguido es similar al aplicado a los infractores de 14 años (inclusive el Fiscal 4). Cinco entrevistados difieren. Uno de ellos (Fiscal 3) considera que es un procedimiento especial, aunque no precisa en qué sentido, sí plantea algunas propuestas de cómo debería ser este proceso al contestar la pregunta 4; entre ellas, que en esta vía penal se le otorguen todas las garantías e inclusive sea incluido en la Línea de Acción de Justicia Juvenil Restaurativa. El segundo entrevistado (Fiscal 2) señala que no está regulado el proceso, pero no otorga detalles de esta idea en el

cuestionario de entrevista. A diferencia de otra entrevistada (Fiscal 11) que sugiere la implementación de un procedimiento, alejándolo del proceso; mientras que, otro (Juez Superior) aún preserva la participación judicial. Únicamente una entrevistada (Defensora Pública) considera que la vía tutelar es la requerida para emitir medidas de protección en estos casos.

Al responder la tercera pregunta: ¿Existe duda en los operadores de justicia respecto a la autoridad competente (según la especialidad) que deba otorgar estas medidas?, ¿por qué? Se verificó que la mayor parte de los entrevistados (12) identifican que la duda en los operadores de justicia proviene de causas diversas: la falta de uniformidad jurisprudencial, las opiniones fiscales sobre el órgano competente para conocer el caso y las dudas sobre la edad de inimputabilidad de niños, niñas o adolescentes. Únicamente una entrevistada (Defensora Pública) considera que no existe duda porque considera que el Juez con especialidad penal tiene competencia para emitir medidas de protección a niños o adolescentes en conflicto con la ley penal; empero, se refiere a casos de abandono.

En cuanto a la cuarta pregunta: ¿Considera usted que se puede equiparar la aplicación de las medidas de protección antes señaladas y aquellas medidas de protección para niños, niñas o adolescentes en abandono (artículo 243°) ?, ¿por qué? Tampoco existe uniformidad en las posiciones expresadas por los entrevistados. A pesar de la respuesta inicial (sí/no), lo cierto es que la mayoría (12 entrevistados) concuerdan en indicar que aun cuando con el texto es similar, se aplican para situaciones distintas. Salvo el último entrevistado que,

de la lectura de esta repuesta y la anterior, se aprecia que considera que en estos casos el juez emite medidas de protección por encontrarse en abandono.

Aun cuando las respuestas han sido diferentes, el resultado de las entrevistas me permite inferir que (salvo la entrevistada: Fiscal 11) los entrevistados coinciden en designar al Juez de Familia (sea de la subespecialidad penal o tutelar) quien emite las medidas de protección. De tal forma que, interpretan que nuestra normativa estipula la judicialización de estos casos.

De otro lado, la mayoría de los entrevistados (salvo la entrevistada: Defensora Pública) considera que existe una diferenciación entre el proceso que debe seguirse para emitir medidas de protección a favor de una persona con menos de 14 años en conflicto con la ley penal y el proceso para emitir medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes en abandono (con la legislación derogada), en riesgo de desprotección o en desprotección parental. Cabe resaltar que la opinión de la defensora pública entrevistada se orienta a considerar que, tanto en casos de “abandono” como de conflicto con la ley penal (menos de 14 años) son supuestos de una misma situación jurídica: abandono. Por ello, sugiere que se unifique en un solo proceso ambos supuestos.

5.2.1.2. Operadores jurídicos de diversos distritos judiciales/fiscales.

El segundo grupo de operadores jurídicos entrevistados se encuentra conformado por 8 entrevistados que laboran en otros distritos fiscales/judiciales

y se les formularon las mismas preguntas para conocer si sus respuestas son similares a las del primer grupo. El resultado se detalla a continuación:

A la primera pregunta: ¿Qué autoridad otorga las medidas de protección a niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, reconocidas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes? y de manera similar al grupo de entrevistados de Lima, se observa que la mayoría de entrevistados (05) consideran que el juez de familia con competencia en materia penal es quien emite las medidas de protección. De otro lado, la minoría (3) considera a aquél con competencia en materia tutelar.

En la segunda pregunta: ¿Cuál es el proceso o procedimiento que se requiere para el otorgamiento de tales medidas de protección?, la mayoría de entrevistados (05) consideran que el proceso para aplicar estas medidas de protección es la vía tutelar del proceso único. Aquí se advierte una contradicción ya que 3 de los entrevistados (Fiscal Amazonas, Fiscal Lima Este y Asistente de Juez) que en la pregunta 1 consideraron que el juez competente para otorgar las medidas de protección es el de la subespecialidad penal, estipulan que la vía para esta aplicación es la tutelar.

Si bien no hacen ninguna acotación a esta elección, consideramos que debe analizarse esta decisión con las respuestas a la pregunta 3.

En la tercera pregunta: ¿Existe duda en los operadores de justicia respecto a la autoridad competente (según la especialidad) que deba otorgar estas

medidas?, ¿por qué? Se observan opiniones muy diferentes entre sí y que no pueden ser agrupadas, pues algunos consideran que la ley es clara pero no adicionan datos que permitan entender cuál es su interpretación. En cuanto a los entrevistados a los que me referí en el párrafo anterior, se aprecia lo siguiente: el Fiscal Amazonas (Fiscal Provincial de Civil y Familia de Moyobamba) reconoce la existencia de dudas en la vía aplicable (penal o tutelar), lo que permite inferir que él opta por aplicar la vía tutelar (en la pregunta 2). Esta situación se repetiría con los otros 2 casos (Fiscal Lima Este y Asistente de Juez) más aún si se tiene en cuenta que los juzgados de familia del país (excepto Lima) tienen competencia penal, civil y tutelar a la vez. De tal forma que, esta respuesta devela que, si bien es el mismo juez quien verá el proceso, el Fiscal lo presenta como un caso tutelar y no de infracción.

En cuanto a la cuarta pregunta: ¿Considera usted que se puede equiparar la aplicación de las medidas de protección antes señaladas y aquellas medidas de protección para niños, niñas o adolescentes en abandono (artículo 243°) ?, ¿por qué? La posición mayoritaria sostiene la existencia de diferencia entre las medidas de protección de los artículos 242 y 243 del CNA basado en la naturaleza los casos. Por un lado, la infracción y por el otro, el abandono.

De la información recabada se colige que, todos los entrevistados concuerdan en que exista intervención judicial en estos casos, aunque allí debe tenerse presente que en los distritos judiciales de Ancash y San Martín (en donde laboran 2 entrevistados) no está presente el MIMP a través de las Unidades de Investigación Tutelar, de tal forma que los casos en los que

requieren medidas de protección por riesgo o desprotección parental (antes, abandono), tienen que solicitarlo judicialmente de manera obligatoria. Por lo cual, la vía administrativa no resultaría una alternativa para ellos, a diferencia de Lima Sur, Lima Norte, Lima Este y otras provincias que sí tienen esta opción.

Regresando a las respuestas obtenidas, al ser un mismo juez el que tiene competencia en familia penal, tutelar y civil, esta delimitación del juez competente por subespecialidad carece de sentido. No obstante, las diferencias remarcables surgen al delimitar el proceso a seguir, es decir, cómo presentar el caso ya sea como denuncia en la vía de infractores o como demanda en la vía tutelar. Es allí donde no existe este acuerdo.

5.3. Informes del Perú ante el Comité de los Derechos el Niño.

Conforme al artículo 44° de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité de los Derechos del Niño, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. El primer informe debía presentarse 2 años después de entrar en vigor la Convención y los demás, cada 5 años.

En el caso de Perú se han presentado 4 informes, como lo informó el área de acceso a la información pública del MIMP, vía mail el 23.08.2017.

5.3.1. Informe inicial.

El informe inicial fue presentado el 28 de octubre de 1992. Respecto al rubro de “niños en conflicto con la justicia” señaló que al “menor” se le considera inimputable (en su relación con los adultos) salvo que sea autor o partícipe del delito de terrorismo y además sea mayor de 15 años; es decir, era juzgado como adulto conforme al Decreto Ley N° 25564. En cambio, si tenía 14 años, era juzgado por el juez de menores quien “deberá disponer su internamiento en áreas especiales dentro de los establecimientos de menores”.

De esta breve referencia se podría inferir que aquéllos con menos de 14 años no podían responder penalmente por el delito de terrorismo. Sin embargo, ello no significa que aquéllos con menos de 14 años estaban a salvo de ser internados, conforme se ha detallado en el Capítulo II, pues al estar vigente el Código de Menores de 1962, el juez podía disponer que ellos sean colocados en la Escuela de Preservación, por el tiempo que considerase necesario. El 27 de junio de 1995, el Perú presentó el Documento Básico que forma parte integrante de los Informes de los Estados Partes donde comunica los cambios generados a partir de la aprobación de la Constitución de 1993, sin referirse de manera específica a la regulación sobre los derechos de los niños ni de la emisión del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102) publicado el 29.12.1992.

El 18 de octubre del 2013, el Comité de los Derechos del Niño a través del documento CRC/C/15/Add.8 emitió las Observaciones finales a este

informe resaltando su preocupación por la falta de garantías del sistema de justicia de menores para los niños entre 15 y 18 años sospechosos de actividades terroristas, por lo cual recomienda su revocatoria.

5.3.2. Informe periódico II.

El Informe Periódico Nacional sobre la Aplicación de la Convención 1993-1997, fue examinado por el Comité el 25 de marzo de 1998. Se aprecia que en este informe el Perú comunicó la vigencia del Código de los Niños y Adolescentes, pero fue más allá al indicar que “en caso de conflicto entre el Código de los Niños y Adolescentes y la Convención sobre los Derechos del Niño prima la Convención ya que ésta fue una de las normas base para la elaboración del mencionado código” por ser un tratado y formar parte del derecho nacional (parr. 73). También establece que el régimen de rebaja de inimputabilidad para los mayores de 15 años por delitos de terrorismo fue excepcional y para evitar que los terroristas aprovechen su inimputabilidad; pero, fue derogado con la Ley N° 26447. Ahora bien, al tratar la edad mínima de responsabilidad penal en el párrafo 142, establece lo siguiente:

Los menores de 12 años no sólo son inimputables, sino que además son penalmente irresponsables. A un menor de 12 años, que comete un hecho sancionable (debidamente comprobado), no corresponde aplicarle una medida socioeducativa, sino una medida de protección. Por ese mismo hecho, cometido por un adolescente, éste pudiera constituir alguna infracción penal (1998, p. 48).

En este sentido, se colige que la edad mínima de responsabilidad penal juvenil era 12 años. Lo que se corrobora en el párrafo 821 donde establece que un niño menor de 12 años no es responsable de los actos que realiza. Aún con estas afirmaciones, cuando desarrolla las medidas que se adoptan al infringir la ley penal, establece que a los adolescentes le aplican medidas socioeducativas “mientras que el niño menor de 12 años que infrinja una ley penal será pasible de medidas de protección” (párr. 139).

A través del documento CRC/C/15/Add.120, del 22 de febrero del 2000, el Comité de los Derechos del Niño, entre las observaciones finales que realiza en el tema de administración de justicia de menores, reconoce la creación de salas y juzgados especializados en familia y derechos del niño. De otro lado, recomienda al Perú que se amplíe el ámbito de este servicio especializado y el respeto a la garantía de los niños. Sin embargo, no realiza ninguna especificación adicional respecto a las edades y medidas que adopta el Estado.

5.3.3. Informe periódico III.

El tercer informe periódico peruano se presentó el 28 de enero del 2004; sin embargo, no proporciona ninguna información relevante sobre este aspecto. Por su parte las Observaciones del Comité efectuadas el 14 de marzo del 2006 (CRC/C/PER/CO/3) resaltan la necesidad de amplificar a nivel nacional el sistema justicia especializado.

Respecto a los 3 primeros informes y las observaciones realizadas por el Comité se aprecia que no están directamente relacionadas con el procedimiento para la aplicación de las medidas de protección; no obstante, lo único que queda claro es que sí se considera la aplicación de estas medidas como evidencia de su desvinculación con el sistema de responsabilidad penal juvenil. Indicativo que también ha sido ratificado por la Defensoría del Pueblo al señalar que, a través del Decreto Legislativo N° 990 “ha sido elevada la edad para que una persona menor de edad pueda cometer infracciones a la ley penal” (2011, p. 79).

Respecto a la posición de la Defensoría del Pueblo cabe resaltar que esta institución no ha dado mayor énfasis o análisis en este tema. Para ello, basta con revisar los 3 Informes Defensoriales que ha emitido en materia de “administración de justicia en menores de edad” a los que hace referencia al analizar las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado Peruano.

En primer lugar, el Informe Defensorial N° 51 establece que los niños hasta los 12 años (antes del D. Legislativo N° 990) son absolutamente irresponsables por la infracción de una norma penal y quienes serán pasibles de medidas de protección. Empero, al desarrollar su informe menciona a las medidas de protección y establece que ellas están reservadas “únicamente para el caso de infracciones cometidas por un niño” (2000, p. 87). De ello, se interpreta que la Defensoría considera que se requiere de un proceso y la acreditación de una infracción para que se apliquen las medidas de protección.

En segundo lugar, el Informe Defensorial N° 123 abarca la situación de los adolescentes infractores privados de libertad en centros juveniles, de tal forma que no hace referencia alguna respecto a edades inferiores a 14 años. En tercer lugar, el Informe Defensorial N° 129, en el extremo de reformas a la normativa penal juvenil, se pronuncia expresando su desacuerdo con el incremento de años en la medida socioeducativa de internación.

5.3.4. Informe periódico IV y V.

En octubre del 2013, el Perú realizó el IV y V Informe Periódico Combinado. En los rubros: “sistema de justicia para NNA” y “adolescentes en conflicto con la ley” resaltan el número de adolescentes detenidos a nivel policial, las medidas socioeducativas aplicadas y la implementación del enfoque restaurativo; sin embargo, no informa cuántos de los detenidos a nivel policial son menores de 14 años y cuál es el procedimiento que se siguió en dichos casos.

En sus Observaciones Generales, el Comité saluda la adopción de planes orientados a la protección de los derechos del niño como: El Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal (2013-2018), Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2012-2021), así como la instauración del programa de “Justicia Juvenil Restaurativa”. Por otro lado, muestra su preocupación por el aumento del plazo del internamiento preventivo (de 50 días a 180 días) a través del Decreto Legislativo N° 1204 (publicado el 23.09.2015) y por la limitada disponibilidad de datos respecto a

los niños en conflicto con la ley penal. Con relación a estos 2 temas, el Comité establece que el Estado peruano debe derogar el D. Legislativo N° 1204 y establecer una base de datos general sobre los niños en conflicto con la ley para facilitar el análisis de su situación y utilizar los resultados para mejorar el sistema de justicia juvenil (párr. 70).

Estas observaciones sin duda son válidas y estas limitaciones en la base de datos son actuales ya que se han podido evidenciar con las respuestas otorgadas por la Secretaría General del Poder Judicial a las solicitudes de acceso a la información señaladas en el Capítulo IV (4.2). En conclusión, de estos informes se corrobora que no han existido avances en la regulación de las medidas de protección ni cuestionamientos específicos del Comité salvo - de manera genérica- el pedido de respeto de las garantías de niños en el rubro de la administración de justicia y las estadísticas aludidas.

5.4. Control difuso y control de convencionalidad.

Como se ha podido observar en los expedientes analizados, en las entrevistas presentadas y en los plenos jurisdiccionales celebrados, no existe uniformidad en las decisiones que adoptan los Jueces de Familia de Lima. Esta situación afecta la predictibilidad que deben ofrecer los órganos jurisdiccionales al resolver casos similares. Por ello, se retoma el planteamiento realizado en el último acápite del Capítulo II de esta investigación referente a la necesidad de recurrir -como primera alternativa- al control difuso para resolver este conflicto normativo.

Como ya se ha explicado, el artículo 242° del CNA reconoce al juez de familia como la única autoridad competente en emitir pronunciamiento sobre las medidas de protección aplicables a aquellos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal. Al encontrarse vigente esta norma y no haberse declarado su inconstitucionalidad, su aplicación es obligatoria, más aún si el artículo 242° es el único que regula a la autoridad competente para emitir estas medidas de protección. No obstante, su texto y las interpretaciones que se hacen de ella colisionan con la Convención sobre los Derechos del Niño, que es una norma de rango constitucional y cuyo contenido promueve la desjudicialización de estos casos sin que se sancione o reconozca su responsabilidad penal, por encontrarse debajo de la edad mínima de responsabilidad penal juvenil.

En tal sentido, el artículo 138 de la Constitución Política del Perú faculta a los jueces en general al ejercicio del control difuso; y, al encontrar la incompatibilidad entre una norma con rango de ley y una con rango constitucional, prefieran la segunda inaplicando la norma con rango inferior. Ello es lo que se presumiría, a primera vista. Sin embargo, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que estas decisiones sobre el fondo deben ser elevadas a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en caso de no ser impugnadas, de lo contrario (si son impugnadas) la segunda instancia será quien la eleve en consulta.

Ahora bien, para ejercer el control difuso se deben observar 5 criterios, en el orden que se detalla a continuación: i) fundamentación de incompatibilidad

constitucional concreta, ii) juicio de relevancia, iii) examen de convencionalidad, iv) presunción de constitucionalidad; e, v) interpretación conforme. Éstos han sido aprobados por unanimidad en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo, realizado en la ciudad de Lima los días 2 y 10 de diciembre del 2015, con la participación de los Jueces Supremos integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitorias (publicado el 02.02.16). Este pleno también detalla en qué consiste cada uno de estos criterios que, como se podrá observar a continuación, constituyen los pasos para decidir cuándo ejercer o no el control difuso.

En primer lugar, el criterio de fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta está referido al deber del juez de identificar la norma legal controvertida y cómo es incompatible con la Constitución, en el caso concreto. En el juicio de relevancia, como segundo paso, el juez debe argumentar cómo esa norma es de aplicación exclusiva y excluyente para el caso concreto. En tercer lugar, el juez realiza un examen de convencionalidad que especifique si la norma cuestionada es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados internacionales sobre derechos humanos de los que formamos parte.

En cuarto lugar, al existir la presunción de constitucionalidad, el juez deberá verificar si se ha confirmado la constitucionalidad de la norma cuestionada sea por el Tribunal Constitucional (normas legales) o por la Corte Suprema (norma infralegal) pues no puede aplicarse control difuso en dichos

casos. Finalmente, la interpretación conforme; es decir, si luego del examen realizado en los pasos previos se aprecia que respecto a esa norma no existe pronunciamiento en los tratados internacionales, ni se ha confirmado su constitucionalidad, el citado Pleno señala que el juez debe buscar de manera rigurosa una interpretación compatible con la Constitución y solo cuando ello no sea posible podrá ejercer el control difuso e inaplicar la norma para el caso concreto (Poder Judicial, 2016, *web*).

Aun cuando podría pensarse que el establecimiento del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo sería suficiente para que se pueda delimitar el uso del control difuso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la CSJR en el Expediente N° 1618-2016- LIMA NORTE (publicado el 07.12.17) debido al “incremento de procesos en que los jueces vienen inaplicando indistintamente normas legales e incluso contrariando el ordenamiento constitucional” (considerando segundo, p. 1) reiteró el carácter vinculante del pleno antes citado y además estableció como doctrina jurisprudencial 4 reglas para el ejercicio del control difuso judicial: i) partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, ii) realizar el juicio de relevancia, iii) labor interpretativa exhaustiva; e, iv) identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.

Con la finalidad de verificar si en algunos de los expedientes mencionados se podría recurrir al control difuso, cabe remitirnos a las Guía de Expedientes (Anexos 1-5). Así, de las decisiones de primera instancia que han sido analizadas en este capítulo se observa que el magistrado del 5° Juzgado de Familia de Lima estaba de acuerdo con lo establecido en el artículo 242° del CNA, ya que consideraba que el juez de familia (subespecialidad penal) era quien emitía las medidas de protección a los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal. De tal forma que no cuestionaría la constitucionalidad de esta norma. En cambio, en las resoluciones provenientes del 3° Juzgado de Familia de Lima se evidencia que la magistrada sí cuestiona esta interpretación y considera que estos casos no deben ser judicializados, generando posteriores impugnaciones y pronunciamientos casatorios que fueron desarrollados en el Capítulo III. Por ello, opinamos que esta última posición puede analizarse a través de los criterios antes reseñados para corroborar si correspondía que la magistrada ejerza control difuso.

De acuerdo con los criterios establecidos en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo estimo que el análisis debe partir por especificar que sí existe una incompatibilidad entre lo regulado en los artículos 184° (segundo párrafo) y 242° del CNA con la Convención sobre los Derechos del Niño, pues esta última propugna la exclusión del sistema penal juvenil a aquéllos con edad inferior a la EMRP y del sistema judicial; mientras que, las normas internas citadas obligan la judicialización de estos casos y la adopción de medidas de protección que algunos interpretan como una providencia para el caso que exista amenaza o

vulneración de sus derechos y otros magistrados interpretan como sanciones penales, en ambos casos aplicados por el juez y como resultado de los hechos de connotación penal que se le imputan. En tal sentido, existen dos disposiciones (enunciados lingüísticos), una contenida en el segundo párrafo del artículo 184 y la otra en el 242 del CNA, que se complementan; sin embargo, de estos enunciados también se desprenden dos sentidos interpretativos denominados “normas”, como señala el Tribunal Constitucional en el Fundamento jurídico N° 16 de la sentencia emitida en el Expediente N° 2132-2008-AA del 09 de mayo del 2011.

En segundo lugar, en los casos que se han presentado a lo largo de esta investigación se corrobora que los artículos 184° (segundo párrafo) y 242° del CNA son las únicas normas que regulan el tratamiento que se otorga aquéllos con menos de 14 años que infringen la ley penal; de tal manera que su relevancia para resolver estos casos resulta incuestionable y se requiere dilucidar su inaplicación en cada caso concreto.

En tercer lugar, se aprecia que lo estipulado en tales enunciados normativos y la interpretación que una parte de los órganos judiciales adoptan es incompatible con los tratados internacionales, en este caso con la Convención y tampoco resultaría acorde con la Constitución que reconoce la especial protección a niños y adolescentes además de buscar el cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño. De otro lado, aun cuando pueda interpretarse que estas medidas no implican el acceso a una vía penal sino a

una tutelar, es innegable que el texto expresamente las somete al órgano judicial ya que expresamente designa al juez como autoridad competente para emitir las medidas de protección. En tal sentido, optar únicamente por una vía tutelar judicial tampoco podría salvar la constitucionalidad de la disposición. Por ende, no existiría una interpretación compatible con la Constitución.

En cuanto al cuarto requisito (presunción de constitucionalidad), no se aprecia que su constitucionalidad haya sido cuestionada o confirmada, de tal forma que se presume la validez de aquéllas y el cumplimiento este requisito.

Finalmente, para interpretarla, se recurre al examen de proporcionalidad de las normas citadas. Así en el examen de idoneidad debe identificarse el objetivo y finalidad de la intervención en los derechos fundamentales, además de verificar si esta medida estatal es adecuada para lograr tal finalidad. Por un lado, el objetivo de las normas materia de análisis es la protección judicial de los derechos de aquéllos con menos de 14 años que infringen la ley penal, a quienes se le aplican las instituciones del derecho penal para favorecer su derecho de defensa y se investigue su responsabilidad penal, aun cuando se considere que no puede imputárseles responsabilidad por los hechos que cometen al estar por debajo de la EMRP. En este caso, las medidas de protección aplicadas son una sanción por los hechos cometidos, pues no responden a una situación ajena a ella o vinculada a la vulneración de otro derecho del niño con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

La finalidad es el respeto del interés superior del niño a fin de privilegiar su tutela frente a los agentes que amenazan su integridad, principio que es concordante con la protección especial de la Constitución hacia los niños y adolescentes (artículo 4). Por ello, se colige que la medida, en teoría, cumple con el objetivo ya que judicializa estos casos. Ello no implica su aceptación como la mejor medida para cumplir el fin constitucional que se persigue. Para ello cabe recurrir al examen de necesidad y determinar si existen medios alternativos menos gravosos que los cuestionados.

Así se observa que el legislador tenía la opción de establecer una vía extrajudicial que se pronuncie sobre las medidas de protección sin responsabilizar penalmente al niño o adolescente y designar, por ejemplo, al Ministerio de la Mujer como autoridad competente para determinarlas y ejecutarlas por ser el ente rector que dirige el sistema nacional de atención integral al niño y adolescentes (arts. 27 y 28 del CNA).

El fundamento se encuentra en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención a través de la interpretación que realiza el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en la Observación General N° 10, el cual establece que no pueden ser acusados ni considerárseles responsables en un proceso judicial penal a aquéllos por debajo de la EMRP, aunque admite que puedan adoptarse medidas especiales para su protección (párrafos 31 y 33). Por ello, esta medida a adoptarse debe ubicarse extrajudicialmente. De igual manera, se advierte que las normas analizadas intervienen intensamente en el fin que se pretende, pero el grado de efectividad para conseguir ese fin

es leve, pues las medidas judiciales o el mero acceso a la vía judicial no beneficia en la protección de los derechos de los niños investigados como se pretende, ya que en algunos casos simplemente se archivan sin adoptar medida alguna (por prescripción) o se entregan a sus padres. Inclusive, se deja de lado la protección de la contraparte que, en la mayoría de los casos analizados también resulta ser un niño, niña o adolescente.

De tal manera que, legislar la judicialización de estos casos para la aplicación de las medidas de protección atenta contra el interés superior del niño y la especial protección que propende la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, esta medida normativa no supera el examen de necesidad; por tanto, es inconstitucional.

Aun cuando no haya superado el examen de necesidad, si fuera sometido al examen de proporcionalidad en sentido estricto, también se evidenciaría que la intensidad de la intervención en el derecho fundamental (interés superior del niño) es grave, mientras que el grado de optimización o realización del fin constitucional (seguridad jurídica y principio de legalidad) es elevado. Bien podría interpretarse que esta relación entre el alto grado de realización de la seguridad jurídica (cumplimiento del principio de legalidad) y la grave intervención al interés superior del niño es justificada, no es menos cierto que tal posición no tomaría en cuenta la especial protección que la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce tanto a los niños como a los adolescentes. De tal forma que este examen ratifica la inconstitucionalidad de la normativa analizada.

5.5. Propuesta.

Hasta el momento se ha evidenciado que la intención de la Convención es evitar la acusación formal, la declaración de responsabilidad penal y la atribución de sanción a aquéllos por debajo de la EMRP, a pesar de reconocer que éstos tienen la capacidad de infringir la ley penal. Esta afirmación de ninguna manera significa que esos casos no merezcan alguna intervención estatal, pues la propia Convención en su artículo 40.3 -a través de la interpretación que realiza el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 10- reconoce que se les puede aplicar las medidas para la protección de su interés superior.

Inclusive, UNICEF señala que el establecimiento de la EMRP “no implica que no haya ningún tipo de reacción o intervención institucional, sino que no puede ser realizada desde el ámbito de la justicia penal y deben actuar los organismos de protección de la infancia” (2012, *web*).

En este sentido, Deymonnaz y Freedman interpretan que la Observación N° 10:

sostuvo que no deben aplicarse procedimientos judiciales, es posible concluir que ello se restringe a las sanciones penales, y que estos jóvenes deben gozar de las garantías del debido proceso judicial o administrativo destinado a aplicar medidas especiales de protección. En particular, se hace referencia a la remisión a los servicios sociales basados en la comunidad (...) (2017, p. 351).

Al mismo tiempo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez emitió un informe denominado Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas; y, en cuanto al enfoque con el que se evalúa su especial situación enfatizó que: “el sacarlos del sistema de justicia juvenil no debe implicar el desconocimiento de la responsabilidad de sus acciones y tampoco implica negarles el debido proceso para determinar si lo alegado contra ellos es verdadero o falso.” (CIDH, 2011, párr. 59).

De ahí que esta intervención estatal debe ser administrativa y aun cuando el movimiento del aparato estatal se genera ante la presunta comisión de un hecho delictivo por parte del niño con menos de 14 años, su intervención no estará destinada a sancionarlo por esta conducta, pues se pretende evitar que se aplique el régimen destinado a aquéllos sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil, como María José Jiménez Díaz (2010, pp. 49-51) afirma que ocurre en España.

En efecto, María Jiménez menciona que las normas emitidas en su país estarían adoptando medidas similares a los mayores de 14 años sujetos a la LORPM, Ley 5/2000. Citando a Berdugo Gómez y otros, la autora señala que: “(e)l sistema *tutelar* pervive en nuestro Ordenamiento para menores de catorce años, para los que se ha configurado una especie de *sistema sancionador administrativo tutelar* que carece de reconocimiento constitucional y que lesiona derechos fundamentales del menor” (cursiva original, citado en Jiménez, 2010, p. 50).

Con el propósito de seguir estas directrices hacia una intervención sin acusación penal, pero sin vulnerar sus derechos, la presente propuesta enmarca una intervención estatal administrativa, donde la vía judicial será usada excepcionalmente cuando se pretenda limitar los derechos de aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal.

Actualmente, la institución que interviene ante la presunta comisión del hecho delictivo imputado suele ser la Policía Nacional del Perú, ya sea porque los detienen en flagrancia (y no se conoce la edad de aquéllos), porque son alertados por las presuntas víctimas o porque las presuntas víctimas u otros ciudadanos los trasladan a la comisaría. Aunque ahora, de manera más frecuente de lo que quisiera admitir, suelen ser los representantes de los centros educativos quienes informan a la comisaría de su sector la presunta comisión hechos delictivos por sus estudiantes en las instalaciones del colegio. Por ello, precisamos que no solo la Policía Nacional del Perú, sino también los representantes del centro educativo o cualquier ciudadano podría comunicar a la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta el hecho delictivo que se atribuye a aquél con menos de 14 años.

En segundo lugar, la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta tendría la función de corroborar si el hecho denunciado ocurrió y si éste fue cometido por aquél con menos de 14 años. Ello, únicamente para que derive el caso al MIMP y aplique las medidas de protección que sean adecuadas, conforme a la evaluación interdisciplinaria de su contexto psicológico-social se determine la intervención que requiera, entre ellas atención psicológica para que se apliquen

técnicas de modificación de conducta, terapia familiar, visitas domiciliarias o visitas a centros educativos para verificar su avance escolar o de comportamiento, etc.

El plazo para emitir una decisión fiscal sería de 15 días hábiles, salvo que se trate de algún caso donde se requiera una atención a aquél con menos de 14 años, el fiscal decide dentro de las 24 horas de conocido el hecho.

En caso no se encuentre acreditado el hecho y; adicionalmente no se verifique que el niño con menos de 14 años se encuentre en alguna causal de riesgo de desprotección o desprotección de cuidados parentales, especificados en el Decreto Legislativo N° 1297, el caso se archivaría y anularía su registro en el sistema informático, sin necesidad de ser derivado al MIMP.

Si en alguno de estos casos, el niño con menos de 14 años admite su participación en los hechos denunciados -previa asesoría del defensor público o abogado particular- el caso se deriva automáticamente al MIMP para que adopte las medidas de protección que sean adecuadas de acuerdo con la evaluación interdisciplinaria que realicen.

Si el niño con menos de 14 años niega haber cometido los hechos, independientemente que la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta decida archivar la investigación o derivarla al MIMP, la resolución sería impugnabile a través de la queja de derecho, establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Ante ello, la Fiscalía Superior de Familia o Mixta intervendría para resolver la queja de derecho en 2 días hábiles y puede confirmar el archivamiento o disponer que la investigación sea enviada al MIMP. En todo caso, esta decisión es inimpugnable.

En tercer lugar, el MIMP como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente le corresponde otorgar las medidas de protección del artículo 242° del CNA, luego que realice su evaluación interdisciplinaria, para lo cual tendría el plazo de 15 días útiles. Inmediatamente después, emite la resolución otorgando la medida que será notificada a la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta juntamente con el programa o plan de trabajo que detalle cómo se pretende implementar las medidas de protección y por cuánto tiempo. Con la finalidad que la Fiscalía verifique su cumplimiento, a través de un seguimiento periódico.

En caso de urgencia, el MIMP -a través de su equipo interdisciplinario- deberá realizar una evaluación inmediata del niño y emitir las medidas de protección dentro de las 24 horas de informado el caso y notificado a la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta con el plan de trabajo.

Si, respecto al niño existiera una investigación en curso por riesgo de desprotección o desprotección familiar, en esta investigación primigenia se emitirán tales medidas de protección con la finalidad de realizar un abordaje completo a la situación del niño y se informará de esta situación a la Fiscalía de origen. De igual manera, si de la evaluación que realiza el equipo

multidisciplinario luego de recibir el caso de la Fiscalía, se advirtiera que también existe alguna causal de riesgo o desprotección de cuidados parentales, de oficio abrirán la investigación, conforme al Decreto Legislativo N° 1297, adoptando las medidas de protección que requiera tanto para el caso de desprotección como por el caso derivado de la Fiscalía, en un solo procedimiento administrativo.

Si, de la evaluación que realice el equipo interdisciplinario, verifican que el niño requiere se fije como medida de protección de una atención especializada a través del tratamiento ambulatorio o del internamiento por dependencia farmacológica o adicción que ponga en riesgo su integridad o de los demás, y, los padres se niegan a autorizarlo, el MIMP deberá solicitar la autorización judicial para que se aplique esta medida de protección.

En cuarto lugar, el Juez Especializado de Familia únicamente interviene en el caso antes expuesto, vale decir, cuando el MIMP solicita de manera fundamentada su autorización para que el niño sea sometido a un tratamiento farmacológico ambulatorio o con internamiento y los padres se niegan a autorizarlo, a pesar de que esta omisión pone en riesgo la vida del niño y de las personas que interactúan con él. Para ello, el Juez de turno deberá resolver el pedido en 7 días hábiles con el informe oral u escrito del solicitante y del abogado defensor del niño.

En quinto lugar, el MINJUS designará un defensor público (de no tener abogado particular) para el niño con menos de 14 años que conocerá el caso

desde su inicio y durante todo el procedimiento administrativo, inclusive si se recurre excepcionalmente a la vía judicial.

Finalmente, al apreciarse que los hechos denunciados pueden generar víctimas, aunque no exista pronunciamiento judicial sobre su responsabilidad, no puede dejarse desatendida a esta parte, pues la imposibilidad de sancionar al niño no desvanece el perjuicio que sufren, sea en su patrimonio o en su integridad personal.

De ahí que, corresponde que la víctima sea incluida al Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos del Ministerio Público que cuenta con Unidades Distritales (UDAVIT) a fin que reciba la atención que requiera, implementando la modificación de su reglamento que hoy en día tiene como finalidad “apoyar la labor fiscal, adoptando las medidas de asistencia legal, psicológica y social a favor de las víctimas y testigos que intervengan en la investigación (...)”, conforme al artículo 6 de su Reglamento, aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 053-2018-MP-FN, del 12.11.2018.

Con esta medida se pretende que la víctima reciba orientación a nivel social, psicológica y legal respecto al procedimiento que seguirá aquél denunciado con menos de 14 años. En cuanto a las medidas asistenciales a las que hace referencia el reglamento del Programa de Asistencias a Víctimas y Testigos, es de precisar que son distintas a aquéllas que podrían ser aplicadas por el MIMP al niño denunciado, ya que están referidas a aquéllas que se obtengan ante la activación de la red asistencial. Por ejemplo, la

intervención de los centros de salud para recibir terapias o atención médica o derivación de su caso a la Dirección de Defensa Pública del MINJUS para que puedan brindarle asistencia legal en la siguiente etapa que consiste en iniciar un proceso civil contra los padres del niño denunciado por indemnización, en caso lo desee.

En cuanto a la indemnización que ha sido mencionada (mas no desarrollada) por la SCT de la Corte Suprema en la Casación N° 3091-2017-Lima y en algunas resoluciones emitidas por el 3° Juzgado de Familia de Lima, cabe destacar el pedido de indemnización que supone recurrir al Juez Especializado en lo Civil con la finalidad de obtener la indemnización por parte de los padres o responsables como establece el artículo 1976 del Código Civil, o al resarcimiento equitativo por parte del propio niño con menos de 14 años, cuando la indemnización no sea posible, conforme al artículo 1977 del citado código.

Es necesario admitir que, al proponer que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables emita las medidas de protección se aspira que esta entidad reasuma sus funciones como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente y que autoexcluyó de su competencia en 3 oportunidades resaltantes que detallo en los párrafos siguientes:

La primera oportunidad, se evidencia cuando debía asumir su atribución de emitir medidas de protección por desprotección parental (antes, abandono) y que eran reguladas en el artículo 243° del CNA, como se explicó en el

Capítulo IV de esta tesis. Así, al emitirse la Ley N° 28330 que modificó el CNA (publicada el 14.08.2004) estableció que los procesos de investigación tutelar por abandono que antes de la vigencia del CNA eran de competencia judicial, pasarían a ser competencia de un ente administrativo: MIMDES (hoy MIMP). La intención era que el MIMDES intervenga multidisciplinaria e integralmente con los niños, pues el Poder Judicial no podía cubrir esta labor, a pesar del impulso que realizaba la Secretaría Nacional de Adopciones (que antes de la vigencia del CNA derivaba estos casos al Poder Judicial) y esta tardanza generaba que se prolongue la estadía de los niños en centros tutelares porque no existía un pronunciamiento sobre su situación. Ello, a pesar de que el CNA faculta al MIMDES para que realice la investigación tutelar y posteriormente sea el Juez quien resuelva la extinción de la patria potestad, en caso corresponda (Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, 2004). De tal manera que, desde la vigencia del CNA (publicado el 29.12.1992 y vigente desde el 28.06.1993), el MIMP no asumió a nivel nacional las funciones para realizar la investigación tutelar, compartiendo estas funciones con el Poder Judicial.

Lamentablemente, esta “implementación progresiva” de las competencias tutelares del MIMDES (MIMP) hoy, 15 años después de emitirse la Ley N° 28330, no ha concluido y el MIMP solamente asume competencia en investigaciones tutelares por abandono (hoy, desprotección), en las provincias (distritos judiciales/fiscales) donde funciona las Unidades de Protección Especial (UPE), es decir, en Arequipa, Ayacucho, Apurímac, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Junín, Lima, Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Loreto,

Lambayeque, Madre de Dios, Piura, Tacna, Tumbes. Mientras que, en los distritos donde no existe UPE, es el juzgado de familia quien asume este rol de investigador y posterior juzgador de la situación tutelar del niño.

El segundo momento que evidencia esta autoexclusión de funciones, sí está relacionado directamente con las medidas de protección en caso de aquéllos en conflicto con la ley penal y pareciera que no distingue si son o no mayores de 14 años. Esta situación se evidencia en la Resolución Ministerial N° 177-2006- MIMDES cuando establece que el MIMDES asume progresivamente las investigaciones tutelares que estaban a cargo de la Secretaría Nacional de Adopciones, exceptuando aquéllas referidas a infractores a la ley penal, como se detalló en el acápite 3.4.2.1. de esta tesis.

El tercer momento se evidencia con el Decreto de Urgencia N° 001-2020 emitido en un periodo de conmoción política y social generalizada, donde se zanja de manera definitiva su exclusión del conocimiento de casos relacionados a niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, sin importar su edad a pesar de encontrarse en situación de desprotección, como se explicó previamente. Por ello consideramos oportuna la recomendación realizada en Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Permanente encargado del examen del Decreto de Urgencia N° 001- 2020; esto es, que el MIMP sea competente para aplicar las medidas de protección a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en desprotección familiar “aunque hayan infringido la ley penal, cumplan medidas socioeducativas en medio abierto”.

En contraste, se aprecia que la Comisión de Mujer y Familia del Periodo Anual de Sesiones 2020-2021, a través del Dictamen presentado el 03 de septiembre del 2020 no acoge esta recomendación pues, en el texto sustitutorio del Decreto de Urgencia N° 001-2020 cuya aprobación recomiendan, conserva el texto original de la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final sustentándose en la información remitida por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, vale decir, en la necesidad de evitar la institucionalización de niñas, niño y adolescentes por motivos ajenos a la situación de desprotección, distinguir entre el tratamiento por casos de desprotección y aquéllos en conflicto con la ley penal y, en la necesidad de presentar nuevos estándares que coadyuven a resolver la problemática de las niñas, niños y adolescentes antes de presentar el Informe periódico ante el Comité de Derechos del Niño de la ONU. Sin embargo, no se comprende cómo la renuncia de funciones que el MIMP pretende, podría considerarse como un avance en la protección de las niñas, niños y adolescentes (Comisión de la Mujer y Familia, 2020, pp. 5, 7, 33-34).

No cabe duda de que la propuesta efectuada en esta tesis es ambiciosa, por las razones antes expuestas y porque implica, de manera preliminar, que el MIMP asuma a nivel nacional su competencia en la investigación tutelar para casos de desprotección a través de la UPE. En concreto, proponemos que esa misma unidad orgánica (UPE) deberá ser la encargada de otorgar las medidas de protección establecidas en el artículo 242° del CNA ya que posee equipos

multidisciplinarios conformados por psicólogos, asistentes sociales y abogados preparados para realizar las evaluaciones que se requieran y es el único órgano del MIMP que se encuentra descentralizado, de tal forma que podría desempeñar esta función sin desnaturalizar sus competencias.

Sin perjuicio de ello, una alternativa viable en aquellos distritos judiciales donde no se ha implementado la UPE, sería la intervención de la DNA (Defensoría del Niño y el Adolescente) ya que se encuentran a cargo de la Dirección de Sistemas Locales y Defensorías de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes del MIMP, es decir, bajo el amparo del mismo ministerio. En ese contexto, se emitió el Decreto Legislativo N° 1377 (24.08.2018) y el Reglamento del Servicio de las Defensorías de la Niña, Niño y Adolescente (Decreto Supremo N° 005-20019- MIMP, publicado el 07.03.2019). De tal forma que su actuación, sobre la base de redes institucionales locales permitirían - momentáneamente- suplir esta deficiencia.

CAPÍTULO VI

REGULACIÓN IBEROAMERICANA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

6.1. Argentina.

La Ley 22.278 establece el Régimen Penal de la Minoridad (promulgada el 25.08.80 y publicada en el Boletín Oficial el 28.08.80) y fue modificada por la Ley 22.803 (promulgada el 05.05.83 y publicada en el Boletín Oficial el 09.05.83) establece en su artículo 1 la inimputabilidad absoluta para los menores de 16 años así como la imputabilidad relativa entre los 16 y 18 años para los delitos de acción privada o reprimidos con penas inferiores a los 2 años de prisión, con sanción de multa o inhabilitación. En el segundo y tercer párrafo faculta al juez a poner al menor en un lugar adecuado por un “tiempo indispensable” para su estudio y si de tal estudio se determina que el menor se encuentra abandonado, falta de asistencia, en abandono moral o material o presenta problemas de conducta, el juez dispone definitivamente de éste y plasma su decisión en una resolución previa audiencia con sus responsables legales.

Si bien el artículo 3 de la Ley 22.278 parecería indicar que la “disposición” se traduce en “encierro” pues, restringe a los padres del ejercicio de la patria potestad y faculta al juez para ejercer la custodia “para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral”, los autores Beloff, Freedman y Terragni

afirman que “la disposición tutelar no implica de manera necesaria ni menos obligatoria la privación de la libertad (internación) de la persona menor de edad imputada de cometer un delito” (2017, p. 202).

En cualquier caso, como detalla Zulita Fellini, el tratamiento judicial de la “disposición” de aquéllos con menos de 16 años si se encuentran en estado de abandono, peligro material, moral o con problemas de conducta conforme al artículo 1 párr. 5 de la Ley 22.278, es violatorio a diversos principios constitucionales.

Por un lado, la autora señala que la norma viola el principio de legalidad, pues la “disposición” es una sanción que no es consecuencia de una conducta típica sino de las condiciones personales. Por lo cual, extiende analógicamente la interpretación de la ley penal, actuación que está prohibida. Por otro lado, afirma que vulnera el principio de reserva, ya que basándose en los estudios que realizan de la vida anterior del adolescente, se busca obtener un pronóstico de su futura conducta, a pesar de que la norma exceptúa la intervención penal en estos casos (pp. 63-65). Finalmente, atenta contra los principios de culpabilidad, proporcionalidad y procesales constitucionales porque no puede considerarse culpable “por defectos del carácter o por la conducción de la vida” (p. 66). Además, se aplica únicamente la “disposición de los niños, niñas o adolescentes” sin importar el resultado de la evaluación que se realice, procedimiento que también se lleva a cabo sin garantía a su derecho de defensa o presunción de inocencia.

Respecto a esta “disposición” la autora Silvana Garelo afirma que aún se aplica el modelo de la situación irregular, pues a pesar de la inimputabilidad del niño- adolescente menor de 16 años, el juez puede disponer de éste cuando amerite tutela, utilizando como parámetro la noción de peligro moral o material y concluye cuando cese esta situación. Asimismo, aclara que la facultad de disponer del adolescente en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable se traduce como sanción a pesar de ser una medida tutelar ya que no difiere con la pena privativa de la libertad, puesto que ambas restringen derechos (2012, pp. 166-167). Por ello considera que su régimen penal juvenil se encuentra obsoleto y requiere de la promulgación de un modelo de justicia juvenil de acuerdo con los estándares internacionales.

Por otro lado, la Ley N° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (sancionada el 28 de septiembre del 2005 y promulgada el 21 de octubre del 2005) establece la aplicación de medidas de protección a nivel administrativo ante la amenaza o violación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA, en adelante) que provenga de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares o la propia conducta de los NNA.

Reconoce 2 tipos de medidas de protección, unas de carácter excepcional y otras a las que denominaremos comunes para distinguirlas de las anteriores. En caso de las comunes, esta ley específica que pueden adoptarse otras además de:

Art. 37 (...)

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) Asistencia económica.

La presente enunciación no es taxativa.

De otro lado, prohíbe expresamente la privación de la libertad como medida de protección.

Contrariamente, esta ley no establece qué medidas se adoptan en caso que un NNA estuviera temporal o permanente privado de su medio familiar o su interés superior exija que no permanezca en ese medio, aunque resalta que debe tenerse como criterio que los NNA permanezcan temporalmente en ámbitos familiares alternativos (líneas de parentesco, por consanguinidad o afinidad) y solo en forma subsidiaria y por lapso breve se puede recurrir a una forma convivencial alternativa sin que se fundamente en la falta de recursos económicos, físicos o de políticas o de programas administrativos. Igualmente, recalca que no puede considerarse a la privación de libertad como medida excepcional.

De la revisión de las medidas de protección reconocidas por la Ley N° 26.061 se colige que éstas se oponen a lo establecido en Ley 22.278 modificada por la Ley N° 22.803, ya que en la primera se veta la privación del NNA como medida de protección, mientras que la segunda abiertamente permite la “disposición de un menor por un tiempo indispensable para su estudio” que se materializa con el encierro o limitación a su libertad de tránsito.

En otras palabras, aun cuando la Ley 22278 reconoce que aquéllos con menos de 16 años no son punibles, sí puede privárseles de libertad. Sin embargo, la emisión de la Ley 26.061 implicaría una derogación tácita a lo establecido en el artículo 1 párr. 5 de la Ley 22.278

Para analizar esta contradicción normativa cabe citar la Causa N° 7537 del 02 de diciembre del 2008, referida al Hábeas Corpus interpuesto por los

representantes de la Fundación Sur Argentina (Emilio García Méndez y Laura Musa) y otras organizaciones, a favor de un grupo de NNA no punibles privados de libertad por jueces de la provincia de Buenos Aires en virtud del artículo 1 de la Ley N° 22.278. La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inconstitucional el artículo 1° de la Ley 22.278 y exhorta al poder legislativo para que en el plazo de un año adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares internacionales y se establezca un sistema coordinado con la Ley N° 26.061 y los jueces de menores convoquen a una mesa de diálogo con instituciones estatales y privadas para que en un plazo no mayor de 90 días ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años. Sin embargo, el Fiscal General interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Respecto a las motivaciones que tuvo en Poder Judicial argentino para emitir estas decisiones y las consecuencias generadas, a continuación, se rescatan algunos argumentos esgrimidos por Aníbal Ezequiel Crivelli (2014, pp. 257-272).

El citado autor resalta el análisis jurídico penal de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual determinó que la privación de libertad de menores no punibles vulnera los principios de legalidad, reserva y estado jurídico de inocencia, pues el estado había renunciado a perseguir conductas de un menor de 16 años, por lo cual, era penalmente irrelevante, no existía expectativa de pena alguna. De otro lado, señala que la privación de libertad tampoco podía responder a una cuestión cautelar ya que los procesos en los

que se encuentran involucrados indefectiblemente terminarán en el sobreseimiento, de tal forma que no existía riesgo procesal que amerite esta decisión.

En cuanto al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 18.03.2008, al ser admitido a trámite, suspendió lo resuelto por la Sala III. Finalmente, generó que lo resuelto por la Cámara de Casación Penal sea revocado defraudando las expectativas de muchos operadores y precursores de la transformación legislativa a estándares internacionales y generó un reclamo internacional contra el Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A manera de síntesis, Crivelli afirma que los fundamentos esgrimidos por la Corte para eludir la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley N° 22.278 y legitimar la privación de libertad de los NNA no punibles son 6. En primer lugar, la normativa vigente en materia penal juvenil es incompatible con el sistema constitucional porque subsiste la doctrina de la situación irregular y recorta los principios que conforman el debido proceso. En segundo lugar y conectado con lo anterior, no es posible declarar la inconstitucionalidad de dicha norma que no es competencia de la función judicial, ello, aun cuando son los jueces los principales responsables de velar por el respeto de la Constitución y en otros casos antepuso el respeto de las garantías constitucionales y tratados internacionales a las interpretaciones legales.

En tercer lugar, los órganos judiciales están vedados de dictar sentencias con carácter de norma general, a pesar de que la Sala III no derogaba el Régimen Penal de la Minoridad ni pretendía sustituirlo por otro, sino que cuestionaba la legitimidad del encierro de esos NNA, lo que remitía a cuestionar la validez únicamente del segundo y tercer párrafo del artículo 1 de la Ley N° 22.278 modificado por Ley N° 22.803. En cuarto lugar, la liberación de los NNA no remedia el problema sino, los coloca en una situación de mayor vulneración a sus derechos, con lo cual reutiliza las ideas del modelo tutelar o paternalista para establecer que el encierro es realizado por su bien. Al adoptarse como una medida de protección y no como un castigo, resalta el autor que la Corte se exime de argumentar sobre la amplia vulneración a las garantías constitucionales que sí se evaluarían en un sistema de sanciones. En quinto lugar, es el poder legislativo quien debe adecuar las normas a estándares internacionales en un plazo razonable, que es indefinido a diferencia de la Sala III que otorgó el plazo de un año. Finalmente, señala que la Ley N° 22.278 no debe ser interpretada de forma aislada sino en conjunto con el resto del ordenamiento jurídico.

Sobre este último fundamento me gustaría hacer énfasis puesto que el citado autor evidencia la imposibilidad de conciliar la Ley 22.278 de Minoridad con la Ley N° 26.061 porque esta última impide la privación de libertad como medida de protección, a diferencia de la primera. Asimismo, aclara que la facultad judicial de disponer a los menores no punibles contenida en la Ley de Minoridad tenía como único fundamento la Ley Agote que permitía el disponer de un menor cuando se encontraba en abandono moral o material, pero, al

haberse derogado esa ley con la emisión de la Ley N° 26.061, dicho régimen no puede subsistir.

Asimismo, recalca que el encierro no puede ser considerado como una medida cautelar (porque no existe proceso que asegurar ni pena expectativa que cautelar) ni como una medida de protección, pero cumple la función de mitigar la *alarma o el clamor social* que produce la comisión de hechos delictivos cometidos por aquéllos, para estabilizar las expectativas y confianza en el sistema, que constituye uno de los fines de la pena (pp. 257-272, cursiva original).

Ciertamente, coincido con Crivelli cuando demuestra la incompatibilidad del artículo 1 párr. 5 de la Ley 22.278 y la Ley 26.061. Más aún si esta última desjudicializa estos casos al crear en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) como órgano administrativo de protección a la infancia y la adolescencia. Así, tiene por función el garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia que efectiviza las políticas de protección y además crea la figura del defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para velar por sus derechos promoviendo medidas judiciales o extrajudiciales, así como supervisar las entidades públicas o privadas que los atendían con programas o su albergamiento. En consecuencia, los casos donde se requiere la aplicación de una medida de protección no son judicializados al existir un organismo administrativo especializado para pronunciarse.

Por otro lado, en la mayoría de las legislaciones la gran interrogante sobre este tema de investigación está relacionada al por qué se establece una determinada edad como la mínima de responsabilidad penal y Argentina no es la excepción. Sobre este punto, la Jueza de la ciudad de Buenos Aires Carla Cavaliere sostiene que “la punibilidad a partir de cierto tope etario en materia penal juvenil es una decisión de política criminal de cada Estado y no una causa de exclusión de culpabilidad (inimputabilidad)” (2015. p. 140).

Finalmente, se agrega la información obtenida de la entrevista realizada a la Jueza Correccional de Corrientes, Gabriela María Alejandra Aromí (Anexo 9). La entrevistada precisó que al tener su país una estructura federal, cada provincia tiene la “potestad de dictar las normas de forma y de organizar la justicia en sus territorios” y por ello algunos se ajustan a lo dispuesto en la Convención. Así, desde la experiencia en su provincia evidencia que tampoco existe acuerdo sobre el tratamiento que se le otorga a aquéllos con menos de 16 años, ya que señala que ellos están sujetos a medidas judiciales y si bien no se requiere acreditar su participación, algunos operadores sí lo requieren porque consideran que ello se ajusta más a la Convención.

De otro lado, la entrevistada hace una importante atinencia al indicar que, si bien el juez dispone la medida, su control lo realiza la CPNA que es el Consejo Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia. En suma, esta entrevista permitió visualizar que aún con la vigencia de la Ley 26.061 que creó la vía administrativa para emitir las medidas de protección, éstas se otorgan en la vía judicial y luego se ejecutan en la vía administrativa y el argumento al que

recurren los jueces argentinos es similar a sus pares peruanos: la Convención y el modelo de protección integral; sin embargo, su interpretación dista de ser favorable a los que están por debajo de la EMRP.

6.2. Brasil.

Como se ha indicado en el Capítulo III de esta investigación, la Ley N.º 8069, Estatuto del Niño y el Adolescente (13 de julio de 1990) establece como edad mínima de responsabilidad penal los 12 años, ya que, a partir de dicha edad se consideran adolescentes. De otro lado, en su artículo 105, indica que al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101, es decir, medidas de protección que carecen de naturaleza punitiva ya que no responden por estos hechos; por el contrario, se aplican tanto a niños como a adolescentes cuando sus derechos sean amenazados o violados por acción de la sociedad, el Estado, sus padres o responsables e inclusive la conducta del propio niño o adolescente.

En cuanto al trámite para su aplicación, la Resolución N.º 139 del 17 de marzo del 2010, emitida por el Consejo Nacional de Derechos de los Niños y Adolescentes (CONANDA) establece los parámetros la creación y funcionamiento de los Consejos Tutelares en el territorio nacional.

Aun cuando esta legislación ha sido detallada con mayor detenimiento en el capítulo III de esta tesis, en el cual se observó que las medidas de protección se aplican en la vía administrativa consideramos importante recurrir a la

entrevista realizada a Luís Roberto Jordão Wakim, Promotor de Justicia (Fiscal) de Barueri del Ministerio Público del Estado de Sao Paulo (email, 05 de marzo de 2018).

El entrevistado señala que el Consejo Tutelar es el ente que concede las medidas de protección para los niños con menos de 12 años cuando se produce alguna violación de derechos, sea por parte de su familia, el poder público o el propio niño. De otro lado, se entiende que el uso de este mecanismo administrativo sí funcionaría al no requerir de la noticia policial y su derivación al Ministerio Público como el caso de adolescentes entre 12 y 17 años, sino que actúan ante la llamada del público y usualmente son las escuelas quienes comunican estos hechos.

Este modelo normativo, sin duda, desvincula los casos del ámbito penal a través de la exclusión del Ministerio Público y la policía del procedimiento a favor de los niños. A pesar de ello, este procedimiento administrativo aún no podría aplicarse sin la intervención de estas dos instituciones ya que, en el Perú, éstas son las principales entidades que reciben las denuncias y se propone una vía que incluya un pronunciamiento previo sobre la ocurrencia de estos hechos. De tal manera que, justificaría su inclusión.

En cuanto al papel de los colegios en Brasil, la entrevista realizada corrobora aquella situación que se evidenció en la propuesta, vale decir, la necesidad de incluir a las instituciones educativas como entes comunicadores de situaciones que requieren una investigación sumaria.

6.3. Chile.

A través de la Ley 20.084 (publicada el 07.12.2005 y vigente desde el 08.06.2007) se estableció un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Así, la Ley Penal de Responsabilidad del Adolescente considera responsables a los mayores de 14 y menores de 18 años, los mismos que forman la categoría de: adolescentes. Gonzalo Berríos afirma que el factor predominante para modificar el sistema penal y tutelar de los menores de edad fue el proceso de adecuación legislativa a los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño (2011, pp.165-166).

Conforme al Servicio Nacional de Menores (Sename) del Ministerio de Justicia, antes de la entrada en vigor de la Ley 20.084, los jóvenes entre 16 y 18 años que cometían un delito debían, en primer lugar, someterse a una declaración de discernimiento por parte del Juez de Menores competente. Si el joven era declarado con discernimiento, era juzgado como un adulto; por el contrario, si era declarado sin discernimiento, el propio juez dictaba a su respecto las medidas de protección que estimase necesarias.

En cuanto a las medidas de protección, cabe señalar que la Ley N° 16618, Ley de Menores (publicada el 08.03.1967) y modificada por la Ley 20032 (25.07.2005) establece taxativamente aquéllas que el juez puede aplicar. Si bien se entiende que estas medidas serían aplicables a los niños con menos de 14 años a quienes se le impute un hecho delictivo; cabe aclarar que la Ley de Menores, al haberse otorgado antes de la Ley de Responsabilidad Penal

del Adolescente, hace referencia a la edad de 16 años como EMRP. Como medidas de protección reconoce las siguientes:

- Artículo 29° En los casos de la presente ley, el Juez de Letras de Menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes:
- 1°) Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;
 - 2°) DEROGADO “Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento;”
 - 3°) Disponer su ingreso a un centro de diagnóstico, tránsito y distribución o rehabilitación o a un programa especializado de carácter ambulatorio, según
 - 4°) Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

Estas medidas durarán el tiempo que determine el Juez de Letras de Menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias que hubieren llevado a decretarlas, oyendo al director o encargado del centro o programa respectivo. Tratándose del N°3), la medida de internación solo procederá en los casos y por el plazo que sea estrictamente necesario.

En caso alguno el juez de letras de menores podrá ordenar el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos.

Asimismo, establece que previamente a la aplicación de estas medidas en el proceso, el juez debe establecer la circunstancia del hecho y la participación del tutelado. Para lo cual se cita y se sigue el proceso respectivo, conforme a la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral. Este último caso será determinado discrecionalmente por el juez puesto que la norma no establece cuales son las causales para determinar esta peligrosidad.

Es decir, el trato que se brinda a los niños con menos de 14 años no difiere sustancialmente con el modelo peruano porque continúa otorgándose las medidas de protección con intervención judicial. Aunque cabe señalar que la medida derogada en el numeral 2° del artículo 29 antes citado denota que se practicaba la limitación a la libertad individual de aquéllos; sin embargo, con la Ley N° 20032 se busca revertir el excesivo carácter discrecional de los jueces limitando la aplicación de estas medidas en el tiempo.

6.4. El Salvador.

La Ley Penal Juvenil (Decreto N° 683) establece las franjas etarias de aquéllos inmersos en el sistema de responsabilidad penal juvenil. Así en su artículo 2 establece que los menores entre 16 y 18 años pueden ser considerados responsables como autores o partícipes de una infracción a la

ley penal y se le aplican medidas que tienen una finalidad primordialmente educativa. A manera de numerus clausus establece que estas medidas son: a) Orientación y apoyo sociofamiliar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicios a la comunidad; e) Libertad asistida; y, f) Internamiento.

Mientras tanto, el delito o falta cometido por los menores entre los 12 y 16 años se considera conducta antisocial y le aplican las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al menor y de la Ley Penal Juvenil, en caso sea más beneficiosa. Asimismo, indica que a los menores de 12 años que presenten una conducta antisocial están exentos de responsabilidad y debe ser comunicado al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

Conforme a la Ley del Instituto Salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y adolescencia (Decreto N° 482) para determinar el otorgamiento de medidas de protección se abre una investigación cuando algún menor de 18 años se encuentra amenazado o violado en sus derechos o en situación de orfandad.

Adicionalmente, la Ley N° 839, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) publicada el 16.04.2009, en su artículo 119 establece que las medidas de protección son órdenes de obligatorio cumplimiento que impone la autoridad competente en favor de las niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, cuando hay amenaza o violación de sus derechos o intereses legítimos que provenga de la acción u omisión del Estado,

por medio de sus instituciones, funcionarios y empleados, la sociedad, su madre, padre, representante y responsable o del propio niño, niña o adolescente.

De otro lado, precisa que, en ningún caso las medidas de protección podrán consistir en privación de libertad. Entre las medidas administrativas que pueden establecerse se encuentran la inclusión del niño y su familia en programas, tratamiento médico, orden de matrícula o permanencia en centros educativos, acogimiento de emergencia, amonestación o declaración de responsabilidad de los padres. Asimismo, establece que las Juntas de Protección de Niñez y Adolescencia, son las dependencias administrativas del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA) que tiene la función de otorgar tales medidas administrativas. Mientras que el acogimiento familiar y el acogimiento institucional son las únicas medidas de protección que requieren intervención judicial.

En comentario a este artículo, Yuri Buaiz indica que:

El fundamento de esta medida de protección se encuentra en la necesidad de proteger al niño o adolescente de que se trate a través de la restitución o preservación, según sea el caso, de un derecho violado o amenazado por la acción del niño mismo al incumplir con sus deberes. (...) De manera alguna la medida de protección puede privar derechos en la niña, niño o adolescente. De lo que se trata es de proveer una acción, una abstención o la aplicación de un programa determinado para que cese aquel incumplimiento de deberes que eventualmente vulneraría sus

propios derechos, como en el expuesto ejemplo del niño que abandona las tareas escolares por el Internet, o se ausenta de sus horas de clases, y en esa medida de protección se puede obligar tanto al niño como a los padres o maestros, o a todos, según sea el caso (2013, p. 485).

Resulta interesante la visión que este autor tiene de las medidas de protección pues sumerge a los distintos miembros de la comunidad como responsables – según el caso- de la ejecución de estas medidas, vale decir, retorna a los actores sociales sus genuinas funciones protectoras.

Existen cuestionamientos a la Ley Penal Juvenil por establecer rangos de edad inferiores a los 14 años ya que en la franja de edad entre los 12 y 14 años el grado de madurez psicológico, social y cultural no es suficiente para motivarse en la comisión de un hecho punible, tener conciencia de la antijuridicidad o de no exigibilidad de otra conducta acorde a derecho y deben quedar excluidos del ámbito penal juvenil (Miranda, 2010, p. 25).

De lo expuesto, se aprecia que las medidas de protección otorgables a aquéllos con menos de 12 años únicamente se aplican cuando existe riesgo de afectación de sus derechos y no por el hecho de imputársele una infracción penal.

6.5. Ecuador.

El Código Orgánico Integral Penal (03.02.2014) establece en el artículo 38 que las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Por su parte el Código de la Niñez y Adolescencia (publicado por la Ley N° 100 el 03.01.2003) establece la inimputabilidad de las personas menores de 18 años, con relación a la justicia para adultos. Distingue que los adolescentes (12 a 18 años) son responsables ante las infracciones penales que cometan y les aplican medidas socio educativas. En cambio, a las personas que no han cumplido los 12 años (niños o niñas) además de ser absolutamente inimputables tampoco son responsables penalmente, por lo cual no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socioeducativas contempladas en este Código, prohibiéndose su detención e internamiento preventivo. Pero si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención.

En síntesis, se entiende que no se adopta ninguna acción de carácter penal respecto a estos niños, únicamente medidas de protección. Ahora bien, estas medidas de protección pueden ser administrativas o judiciales, como en la legislación salvadoreña. Entre las medidas de protección administrativas establecidas en el artículo 217 del Código de la Niñez y Adolescencia, tenemos las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo

al núcleo familiar, la orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar; la reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica; la orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema, así como el alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y, la custodia de emergencia del NNA afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por 72 horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

Por otro lado, establece como medidas de protección judiciales el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción, las mismas que son otorgadas únicamente por un Juez de Niñez y Adolescencia. En cambio, las medidas de carácter administrativo establecidas en el artículo 217, pueden ser otorgadas tanto por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos a cargo de los municipios cantonales o regionales; o, por los Jueces de Niñez y Adolescencia, dependiendo quién conozca el caso primero, inclusive cuando el niño, niña o adolescente es víctima de trata de personas, explotación sexual, laboral (artículo 206).

6.6. España.

A partir del 13 de enero del 2001, se encuentra vigente la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores (12.01.2000).

Conforme a su exposición de motivos, se puede exigir la responsabilidad penal de los menores a partir de los 14 años “con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada a los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.” Efectivamente, José Cuesta e Isidoro Blanco concuerdan en que los menores de 14 años son los únicos que no pueden ser penalmente responsables (2010, p. 53).

Es por ello que, en el artículo 3 de la citada norma, se remite al menor de 14 años a las disposiciones del Código Civil para que le apliquen normas de protección y ordena que el Ministerio Fiscal derive el caso a la entidad de protección para que promueva las medidas de protección adecuadas conforme a la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero.

En cuanto a la remisión a normas civiles, Ágata Sanz aclara que “la ley no especifica qué preceptos en concreto son aplicables en esta materia, lo que resulta criticable, debiendo acudir principalmente a lo establecido en el Título VII del C.C. sobre las relaciones paternofiliales (arts. 154-180) y en el Título X sobre la tutela, curatela y guarda de menores (arts. 215-313) y a la L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor” (2004, p. 43).

Al respecto, José Luis de la Cuesta e Isidoro Blanco señalan que:

En coherencia, el artículo 3 de la LO 5/2000 ordena al Fiscal (tan pronto como verifique la concurrencia de esta circunstancia de

edad) remitir toda la información relevante a la entidad pública competente en materia de protección de menores, de modo que ésta pueda promover la adopción de las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor. Las entidades públicas competentes en materia de protección de menores están obligadas a intervenir directamente, con inmediatez y eficacia ante toda situación de riesgo o peligro para el bienestar del menor y a adoptar todas las medidas necesarias y convenientes de contenido educativo e interdisciplinar (art. 14 LO 1/1996). En caso de riesgo importante para el desarrollo personal o social del menor, puede ordenarse la separación de su familia con objeto de eliminar los factores de riesgo provenientes de la estructura familiar; si el incumplimiento de los deberes de protección por parte de los padres o la familia priva al menor de la necesaria asistencia material y moral, la entidad pública asume de manera directa y automática la tutela del menor y ha de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su guarda y protección (art.

172.1 Código Civil). En cualquier caso, la intervención debe comunicarse siempre a los representantes legales del menor y aplicarse en coordinación con todas las autoridades competentes y bajo el control del Fiscal y del Juez Civil. El Fiscal debe recibir información sobre cualquier medida administrativa aplicada; tiene que controlar cada seis meses la situación del menor y promover la adopción por el Juez Civil de las medidas de protección

necesarias. La jurisdicción civil es la competente para adoptar todo tipo de medidas preventivas (art. 158 Código Civil) y, en su caso, para resolver los recursos presentados contra cualquier decisión administrativa (2006, *web*).

En adición a lo antes expuesto, María José Jiménez Díaz resalta que la LO 1/1996 fue modificada por la LO 8/2015, la cual:

regula como novedad importante en un nuevo capítulo (IV del título II), el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e intervenciones que pueden realizarse en los mismos. (...) El apartado II del Preámbulo finaliza advirtiendo que estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la

necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades, además desde los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general (2015, p. 11).

De otro lado, Berdugo Gómez de la Torre, citado por Jiménez Díaz, sostiene que existen problemas en la aplicación de esta normativa en las Comunidades Autónomas debido a que algunas de ellas aún emplean un sistema sancionador administrativo tutelar donde se otorgan para menores de 14 años, las medidas que la LO 5/2000, aplica para los mayores de 14 años, que afectan los derechos fundamentales de aquéllos (2015, p. 17).

Esta normativa resulta controversial dado que podría considerarse que retoma un enfoque regido por la doctrina de la situación irregular donde la aplicación de un sistema de justicia penal no distingue edades para la aplicación de medidas sancionatorias en su contra.

Sumado a esto, cabe señalar que la aplicación de este sistema de protección se sustenta en el artículo 3 de la LORPM, de tal forma que, en caso el “menor de 14 años” no se encuentre en alguna de las circunstancias reconocidas en la Ley Orgánica 1/1996, es decir, ante una situación de desamparo por incumplimiento o inadecuado ejercicio del deber de cuidado, por violencia física, psicológica o sexual, ausencia de escolarización,

explotación, abuso sexual, inducción a delincuencia, etc.; la intervención estatal no debería producirse.

Con relación a la normativa española, entrevisté al doctor Sergio Cámara Arroyo (email 12 de mayo de 2017) conforme al cuestionario de entrevista consignado en el Anexo 10.

El docente entrevistado inicia explicando que los menores de 14 años están exentos de responsabilidad penal y se les considera inimputables; por ello, son remitidos a las normas de protección de carácter civil por los hechos delictivos. Señala que en esta vía regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil se tendrá que determinar su participación o comportamiento antisocial para la aplicación de medidas judiciales de carácter civil y asistencial. De otro lado, resalta que cada CCAA (comunidad autónoma) puede determinar las medidas a aplicar, la LO 1/1996 ofrece un catálogo genérico de estas medidas.

Así, el entrevistado detalla, por un lado, a las medidas de protección para el menor infractor inimputable para “la prevención y reparación de situaciones de riesgo con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.” En segundo lugar, a las medidas de atención inmediata que despliega los servicios públicos: sanitario, terapéutico, asistencial, etc., ante una denuncia que requiera actuación celeré. En tercer lugar, las medidas en situaciones de riesgo, con la finalidad de promover los factores de protección de su familia para reducir el riesgo, evitar la situación de desamparo,

donde se aplican “medidas de situación de desamparo” que está relacionada a la pobreza extrema, mendicidad y orfandad, no necesariamente por hechos delictivos. Así también, en estos casos podría aplicarse la guardia de menores.

Finalmente, también a aquéllos inimputables puede aplicárseles el acogimiento familiar cuando requieran supervisión familiar y control. Mientras que, de manera excepcional pueden ser internados en instituciones de carácter civil cuando se requiera un mayor control de su peligrosidad.

De otro lado, especifica que estas medidas pueden aplicarse tanto a “menores infractores inimputables” como a aquéllos en situación de riesgo o abandono, salvo las medidas de internamiento civil que está destinado a aquéllos con problemas especiales de conducta y requiere de autorización judicial.

Se observa que el modelo español es complejo pues aun cuando persigue la implementación de una vía administrativa y su alejamiento de la vía penal para diferenciarla de la aplicada a los mayores de 14 años, aún judicializa los casos para la aplicación de las medidas de protección. Por otro lado, se observa que unificaron su sistema de medidas de protección pues se aplica tanto a situaciones de abandono como a aquéllos por debajo de la EMRP.

Para la propuesta planteada en esta tesis se ha tenido en cuenta este modelo en cuanto a la judicialización del otorgamiento de medidas de protección, aunque nos limitamos a establecerlo cuando se pide autorización

para un tratamiento ambulatorio o con internamiento en el caso de adicciones y sus padres no lo autorizan a pesar del riesgo para la vida o la salud de éste y terceros que interactúan con él.

6.7. México.

En el año 2002, la Fundación Rafael Preciado Hernández de México realizó su presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002. Al desarrollar el tema de los niños como sujetos plenos de derechos, concordante con la doctrina de la protección integral y la diferencia del antiguo modelo tutelar que los consideraba objetos de derecho, señaló lo siguiente:

En el caso de México, se observa claramente la adopción del modelo tutelar. La legislación considera al niño inimputable e incapaz, y de esta forma le brinda un tratamiento similar al que corresponde a los discapacitados mentales, negándoles el acceso al debido proceso que se observa en las decisiones jurisdiccionales sobre adultos.

Según la legislación mexicana, los niños están sometidos a un proceso no jurisdiccional abstraído de la garantía judicial del debido proceso. Aquél implica un “tratamiento” que consiste en la privación de la libertad decidida sin garantía alguna, y que en vez de contribuir a la protección de los infantes trae consigo una serie de violaciones sistemáticas a los derechos y garantías de los niños niñas y adolescentes. La legislación mexicana debe adoptar

el modelo de protección reconocido por la normativa internacional (2002, pp. 32- 33).

Antes de la reforma constitucional del 2005, eran los Consejos Tutelares los encargados de intervenir cuando un menor de edad (sin distinguir la edad) infringía la ley penal o los reglamentos de policía y buen gobierno. Esta intervención era similar en aquellas ocasiones donde se requiere una actuación preventiva cuando se presume que el “menor” tiene inclinación a causar daños a él mismo o a terceros, conforme a la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del distrito y territorios federales del 2 de agosto de 1974. En esta ley se establece que los Consejos Tutelares trasladaban inmediatamente a los menores al Centro de Observación hasta que se decida -a través de un proceso sumario- si quedaba en libertad condicional, se entregaba a quienes ejerzan su patria potestad o su internamiento en el Centro de Observación. Después de esta primera medida adoptada, el instructor tiene 15 días naturales para obtener elementos que permitan determinar, entre otros, el comportamiento del menor. Luego se realiza el desahogo de pruebas y en ese acto se emitirá la resolución definitiva que será integrada, por escrito luego de 05 días.

Como destaca Sofía Cobo, con la modificación del cuarto párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (12.12.2005) se creó el sistema integral de justicia para adolescentes. Entre las características de este sistema se encuentra que únicamente era aplicable a los adolescentes, es decir, entre 12 y 17 años a quienes se les atribuya la

realización de delitos y la consecuencia jurídica era la aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento según el ordenamiento constitucional, especificando que el internamiento era aplicable únicamente a adolescentes mayores de 14 años por la comisión de conductas antisociales graves (2017, pp. 27-28).

Se aprecia que el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, sufrió diversas reformas y para esta investigación cabe mencionar la reforma del 02 de julio del 2015, mediante la cual se establece en el cuarto párrafo que "(...) Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social". Es decir, establece la intervención estatal a aquéllos con edad inferior a la mínima de responsabilidad penal. Asimismo, en el sexto párrafo, especifica que el internamiento a mayores de 14 años está motivado en la comisión o participación en un delito, dejando de lado la mera conducta antisocial (Cámara de Diputados, 2017, *web*).

Con la finalidad de implementar lo dispuesto por la Constitución desde la reforma del 2005, cada estado emitió leyes de justicia para adolescentes y de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes que buscaban cumplir con estos preceptos, como lo detalla Rubén Vasconcelos (2012). Sin embargo, me gustaría destacar que se emitieron 2 leyes importantes de aplicación estatal y federal. En primer lugar, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (16.06.16) que excluye de su aplicación a los niños a quienes se les atribuya la realización de un delito al estar exentos de responsabilidad penal

por su edad, sin perjuicio de la responsabilidad civil que conlleven los hechos.

En segundo lugar, la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes (vigente desde el 04.12.2014). Ella establece disposiciones específicas que busquen evitar el sometimiento de la niña o niño al sistema de justicia penal para adolescentes. Así, en el artículo 84 determina que las niñas y niños están exentos de responsabilidad penal y por ello no pueden ser sometidos a procedimiento penal ni privados de su libertad, conforme a la modificación publicada el 23 de junio del 2017.

También aclara que la asistencia social tiene por finalidad restituirles el ejercicio de sus derechos. De manera complementaria, en el artículo 85 establece a la Procuraduría de Protección como órgano competente para conocer estos casos. Ella solicitará las medidas de asistencia social que requiera la niña o niño. Esta decisión puede ser revisada por el órgano judicial y la niña o niño tiene derecho a ser oído y se garantice la asistencia de un abogado. Cabe señalar que la entidad que se pronuncia sobre este pedido de medidas es el Ministerio Público, conforme al artículo 122 de esta norma.

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró en el 2014 el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes donde señala que los niños y niñas con menos de 12 años no son sujetos de la justicia juvenil, pero considera que “(t)odo niño y niña menor de doce años posiblemente involucrado en actividades constitutivas de delitos es un niño/a que pudiera estar en

condiciones de riesgo y estar necesitado de atención.” Ante ello, considera que el Juez debe otorgar protección cuando exista una situación de riesgo para garantizar sus derechos y restituirla a su hogar evitando la separación familiar.

Aun cuando no otorga más información sobre esta posición, se entiende que esta facultad judicial se ejercería cuando la decisión de la medida de asistencia social requerida por la Procuraduría de Protección se eleva en revisión al ente judicial.

Con la finalidad de conocer en la práctica como se aplican y ejecutan estas medidas, se entrevistó el 12.05.17 (vía email) al Presidente de la Defensoría Social Mexicana: Elías Martínez Pérez quien especificó que aquéllos con menos de 12 años están excluidos de responsabilidad y si bien no son procesados, al realizarse la denuncia fiscal que acredita su participación, es sometido conjuntamente con sus padres a terapias psicológicas y se elabora un proyecto de seguimiento de su conducta a cargo de la Unidad de Medidas Cautelares (UMECA) dependiente de la Dirección de Seguridad Pública del Estado. Es decir, esta institución solo aplica la medida en casos de conflicto con la ley penal, aun cuando no sean procesados por ello. En cambio, si se trata de un caso de abandono, las medidas son similares, pero las aplica la institución pública denominada Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDF o DF Nacional).

En consecuencia, se colige que las legislaciones de los países consultados adoptan sistemas legales, en su mayoría orientados a la atención

administrativa de los casos desligando a las medidas de protección como sanción penal; sin embargo, no termina de ser una vía completamente administrativa pues reconoce la participación judicial en mayor o menor grado para emitir, modificar o confirmar las medidas de protección. De otro lado, no deja de evidenciarse que las interpretaciones que cada país realiza de la Convención generan estos matices en los modelos de protección que pueden ser cuestionables, pero constituye un avance que acuerden en la imposibilidad de sancionar o de internar a aquéllos con menos de la EMRP, como sucedió en el caso argentino. Aunque consideramos que acudir al internamiento cuando se aluda su peligrosidad requiere un análisis del caso concreto pues cualquier hecho podría considerarse como causal para su uso.

De ahí que en nuestra propuesta que también está plasmada en el proyecto de ley anexo a esta investigación, se concibe que el internamiento estaría restringido al caso de toxicomanía o adicciones donde un especialista del sector salud determine que el niño deba recibir atención y tratamiento en un centro especializado y los padres se nieguen a otorgar el permiso, por lo que, se recurriría al juez para obtener esta autorización, como en el caso español.

CONCLUSIONES

1. Una de las herramientas judiciales para interpretar los alcances del artículo 242 del Código de Niños y Adolescentes es la doctrina. No obstante, del estudio realizado se infiere que la definición y aplicación de las medidas de protección no es unívoca en la doctrina consultada. Esta se caracteriza por propender la defensa de las garantías del niño en conflicto con la ley penal a través de la desjudicialización de su caso, evitando ser acusado, declarado responsable penalmente y sancionado (pese a que podría tener la capacidad para cometer un hecho delictivo) conforme al modelo de protección integral instaurado por la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, esta doctrina también evidencia que las limitaciones o especificaciones en las medidas aplicables a aquéllos por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP) responden a una decisión de política criminal, por lo cual, varía en cada Estado y a las prioridades que éste establezca.
2. Las interpretaciones que realizan los Jueces de Familia de Lima respecto a estas medidas de protección han sido múltiples, tal como se observa a partir de los expedientes analizados en esta investigación. Así, algunos jueces equiparaban las medidas de protección del artículo

242 del Código de Niños y Adolescentes con las especificadas para los niños, niñas y adolescentes en estado de abandono; otro grupo de jueces establecía al MIMP como ente competente para emitir estas medidas, otros investigaban a los niños y determinaban su responsabilidad penal previa a la aplicación de las medidas de protección; y, finalmente, uno optaba por el archivo liminar del caso.

Empero, actualmente solo existen 2 interpretaciones, como se verifica del análisis de las decisiones judiciales del periodo 2015 - 2016 y están representadas por los 2 Juzgados de Familia de Lima de la subespecialidad penal. Esto es, en el 3° Juzgado de Familia de Lima no se promueven investigaciones para pronunciarse respecto a las medidas de protección; por otro lado, el 5° Juzgado de Familia de Lima promueve la investigación, se pronuncia por la responsabilidad penal de aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal; y, en consecuencia, otorga las medidas de protección.

3. De la investigación se ha verificado que no pueden equipararse las medidas de protección aplicables a aquellos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal a aquellas medidas que corresponden a los casos de abandono (hoy riesgo de desprotección y desprotección de los cuidados parentales) pues se cimientan en motivaciones distintas, según la norma nacional. Las primeras implican una sanción ante la responsabilidad penal por el acto ilícito cometido (aunque más leves que las medidas socioeducativas que se aplican a los mayores de 14 años). Mientras que, las últimas responden ante la ausencia de los cuidados

parentales al niño, niña o adolescente que evidencien la necesidad de la intervención social estatal sea como apoyo o guía para la labor que ejercen los padres o familiares, sea para suplir temporal o definitivamente esta función, en casos graves.

Aun cuando el ámbito de aplicación de ambas medidas pareciera estar definido claramente, de los Cuestionarios de Entrevista comentados en el Capítulo V de esta tesis se corrobora que los operadores jurídicos entrevistados no concuerdan con esta aseveración y muestra las discordancias que se generan cuando se pretende interpretarlas o conocer su origen. Además de ello, en las Guías de Análisis de Casos se repite esta condición, tanto en las decisiones de primera instancia como las de las Salas Superiores y Supremas.

4. En consecuencia, las hipótesis específicas de esta tesis han sido comprobadas al igual que la hipótesis general, ya que se acreditó la interpretación heterogénea que realizan los Jueces de Familia de Lima respecto a las medidas de protección aplicables a los niños con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal. Paralelamente, esta respuesta permitió evidenciar que tales interpretaciones no respondían al modelo de la protección integral, sino al de la situación irregular. Pues, una interpretación acorde con la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño hubiera suscitado que los Jueces de Familia de Lima cuestionen la constitucionalidad del artículo 242 y el segundo párrafo del artículo 184 del Código de Niños y Adolescentes por instaurar una

vía judicial sancionadora para la aplicación de las medidas de protección, a pesar de las disposiciones y recomendaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité sobre los Derechos del Niño.

A su vez, las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República tienen el poder y la competencia de convocar a un pleno donde se emita un precedente judicial que fije una postura sobre este tema, en lugar de emitir decisiones mutables y discordantes que solo acrecientan la incertidumbre de los justiciables, como ocurrió en las decisiones casatorias citadas en el Capítulo IV de esta investigación. Aunque actualmente solo una Sala Civil subsiste (ante la conversión de la Sala Civil Transitoria) no existe seguridad de la existencia de una misma postura en la propia Sala.

En definitiva, este análisis nos conduce a proponer una vía administrativa para la aplicación de las medidas de protección para niños con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal. Pretendemos que esta vía otorgue garantías al niño denunciado durante todo el procedimiento y que las medidas de protección aplicables por el MIMP, como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño, respondan a la evaluación interdisciplinaria de su contexto psicológico – social para velar por su interés superior y con el propósito de coadyuvar en la salud emocional del niño o su reinserción educativa mas no como sanción. Puesto que la acreditación de los hechos por el

Ministerio Público no genera respuesta penal y solo se aplican de acuerdo a las necesidades psicosociales de cada niño según la evaluación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Mientras que, la intervención judicial es excepcional y exclusivamente cuando el MIMP considere que la situación de dependencia por toxicomanía o adicción requiera de un tratamiento ambulatorio o con internamiento porque pone en riesgo su propia salud, vida o de terceros y los padres se niegan a autorizarlo.

Por ende, resaltamos la necesidad de reforzar las funciones de MIMP como ente como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño para que asuma esta labor que, a nuestro entender constituiría un avance en el cumplimiento de las recomendaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño para propender su protección.

RECOMENDACIONES

1. Se modifique el segundo párrafo del artículo 184° del CNA con la finalidad que se establezca expresamente que aquéllos con menos de 14 años no responden penalmente ni pueden ser sancionados.
2. Se modifique el artículo 242° del CNA para excluir al Juez como la autoridad que otorga las medidas de protección y, en su lugar se establezca un procedimiento administrativo y el MIMP sea la entidad que las otorga.
3. Se impulse al MIMP como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente para que reasuma su función garantista con los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
4. Se instaure un procedimiento administrativo que especifique la vía para el otorgamiento de las medidas de protección y se asigne competencias específicas a las entidades actoras en el procedimiento.

**PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA EL
OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A AQUELLOS
CON MENOS DE 14 AÑOS, EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**

TÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1° Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto regular el procedimiento para otorgar las medidas de protección a las que se refiere el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes garantizando los derechos de la niña, niño o adolescente con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal.

Artículo 2° Ámbito de aplicación.

La presente Ley se aplica a todas las niñas, niños o adolescentes con menos de 14 años a quien se le impute la infracción penal; y, por su edad no pueden ser juzgados ni sancionados por este hecho, ya que carecen de responsabilidad penal en razón a su edad.

Artículo 3° Definiciones.

3.1. Medidas de protección. Son las disposiciones que cautelan los derechos aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

3.2. Conflicto con la ley penal. Es la situación en la que se encuentran aquellos con menos de 14 años a quien se le imputa la infracción a la ley penal, pero carecen de responsabilidad penal en razón a su edad.

3.3. Riesgo de desprotección. Es la situación en la que se encuentra una niña, niño o adolescente donde el ejercicio de sus derechos es amenazado o afectado, ya sea por circunstancias personales, familiares o sociales, que perjudican su desarrollo integral sin revestir gravedad, y no son o no pueden ser atendidos por su familia. Esta situación requiere la actuación estatal adoptando las medidas necesarias para prevenir la desprotección familiar, sin que en ningún caso justifique la separación de la niña, niño o adolescente de su familia de origen.

3.4. Desprotección. Es la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente.

TÍTULO II

Sujetos que intervienen en el procedimiento

Artículo 4° Funciones de las autoridades intervinientes.

Son funciones de:

4.1. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

- a) Otorgar las medidas de protección a aquéllos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal a través de las Unidades de Protección Especial (UPEs) o las Defensorías del Niño y del Adolescente (DNAs).
- b) Realizar las evaluaciones psicosociales a través del equipo multidisciplinario, antes de otorgar las medidas de protección.
- c) Coordinar con el Ministerio de Justicia a fin de que se asigne un defensor público para que asista legalmente durante el procedimiento a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- d) Solicitar al Poder Judicial la autorización para que se someta a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, a un tratamiento farmacológico ambulatorio o con internamiento, cuando los padres se nieguen y se arriesga la vida del niño y las personas que interactúan con él.
- e) Informar en lenguaje claro y sencillo las decisiones adoptadas a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal.
- f) Capacitar a las Defensorías del Niño y del Adolescente (DNA) para que apliquen y ejecuten las medidas de protección en las zonas donde no se hayan implementado las Unidades de Protección Especial a través de la Dirección de Protección Especial órgano de la Dirección General de Niños, Niñas y Adolescentes del MIMP.
- g) Registrar los casos en los casos en los que se otorgue las medidas de protección, preservando la identidad de aquéllos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- h) Crear un registro nacional unificado de los casos en que se otorgue las medidas

de protección, el plazo de duración y cumplimiento de las mismas, resguardando la identidad del niño, niña o adolescente con menos de 14 años.

4.2. Ministerio Público.

4.2.1. A través de las Fiscalías Provinciales de Familia o Mixtas:

- a) Investigar sumariamente la ocurrencia de los hechos denunciados contra aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal.
- b) Garantizar a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, su derecho a expresar su opinión, a ser oído por la autoridad decisoria y que se valore su opinión al resolver.
- c) Derivar a la UPE o DNA, según sea el caso, la investigación sumaria para que adopte las medidas de protección pertinentes.
- d) Derivar a la UPE o DNA si de la investigación se advierte que aquél con menos de 14 años se encuentra en riesgo o desprotección familiar a fin de que se adopten las medidas establecidas en el Decreto Legislativo N° 1297 y su reglamento.
- e) Proponer las medidas de protección aplicables en los casos derivados a la UPE o DNA, de considerarlo pertinente.
- f) Coordinar con el Ministerio de Justicia a fin de que asigne a un defensor público para que asesore legalmente a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, cuando carezca de abogado particular, durante la investigación sumaria.
- g) Realizar el seguimiento del programa o plan de trabajo elaborado por el MIMP o DNA que implementa las medidas de protección.
- h) Archivar la investigación contra aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, de no acreditarse el hecho, resguardando su identidad.

i) Informar a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, en lenguaje claro y sencillo las decisiones adoptadas.

h) Derivar a la Unidad Distrital de Víctimas y Testigos (UDAVIT) a la víctima de los hechos denunciados contra aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal a fin de que sea incluida en el programa de asistencia.

4.2.2. A través de las Fiscalías Superiores de Familia o Mixtas:

Resolver la queja de derecho que se interponga contra la resolución fiscal que archiva la investigación o dispone su envío al UPE o DNA.

4.3. Ministerio de Justicia.

Designar defensores públicos especializados para que asistan legalmente a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, desde su inicio y durante todo el procedimiento administrativo, incluso si se recurre excepcionalmente a la vía judicial.

4.4. Defensorías del Niño y del Adolescente (DNA).

a) Recibir las investigaciones realizadas por el Ministerio Público a aquéllos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, en las zonas del país donde el MIMP no haya implementado las Unidades de Protección Especial.

b) Aplicar las medidas de protección a aquéllos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.

c) Ejecutar las medidas de protección aplicadas a través de la derivación de aquéllos con menos de 14 años, a las instituciones estatales que brinden los

servicios se requiera para la implementación del plan de trabajo.

d) Informar a la Dirección de Protección Especial de la Dirección General de Niños, Niñas y Adolescentes del MIMP respecto a las medidas de protección aplicadas en cada caso.

4.5. Policía Nacional del Perú.

a) Informar inmediatamente a la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta competente si, en cumplimiento de sus funciones conocen casos de aquéllos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal.

b) Verificar la edad de los adolescentes detenidos por presunta infracción a la ley penal, a fin de corroborar su edad superior a los 14 años.

4.6. Directores de instituciones educativas.

Comunicar a la dependencia policial de su sector o a la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta competente respecto a hechos en los que se presume que alumno de la institución, con menos de 14 años se encuentre en conflicto con la ley penal.

4.7. Poder Judicial.

4.7.1. A través de los Juzgados de Familia o Mixtos:

Otorgar o denegar la autorización para que se someta a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, a un tratamiento farmacológico ambulatorio o con internamiento por toxicomanía o adicciones, cuando los padres se nieguen y la falta

de tratamiento pone en riesgo la salud o vida del niño, niña o adolescente y las personas que interactúan con aquél o aquella.

4.7.2. A través de las Salas Superiores de Familia o Mixtas:

Resolver la apelación de la decisión que deniega la autorización solicitada por el MIMP para se someta a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, a un tratamiento farmacológico ambulatorio o con internamiento por toxicomanía o adicciones, cuando los padres se nieguen y la falta de tratamiento pone en riesgo la salud o vida del niño, niña o adolescente y las personas que interactúan con aquél o aquella.

4.8. Instituciones de salud del MINSA.

Otorgar los tratamientos médicos, terapias psicológicas o psiquiátricas y consejerías necesarias y de manera oportuna a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal o a las víctimas de los hechos denunciados.

Artículo 5° Partes del procedimiento.

Se considera parte del procedimiento a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, sus padres o tutores durante todo el procedimiento y el representante del Ministerio Público (ante el MIMP).

Artículo 6° Participación de las partes en el procedimiento.

Tanto en sede fiscal como ante el UPE o DNA, aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, sus padres o tutores pueden solicitar la realización de diligencias o presentar documentos.

La autoridad competente puede rechazar el pedido mediante una resolución debidamente motivada.

Las partes tienen derecho a acceder al expediente durante todo el procedimiento.

TÍTULO III

Procedimiento para el otorgamiento de las medidas de protección a aquellos con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal

Artículo 7° Etapas del procedimiento administrativo.

El procedimiento aplicable a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal consta de las etapas siguientes:

- a) Investigación sumaria fiscal.
- b) Evaluación y otorgamiento de las medidas de protección.
- c) Implementación del programa o plan de trabajo.

Artículo 8° Etapa de investigación sumaria fiscal.

La Fiscalía Provincial de Familia o Mixta investiga sumariamente por 15 días hábiles la ocurrencia de los hechos denunciados contra aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal.

En caso de acreditarse el hecho o aquél admite su participación en este hecho (previa asesoría de su abogado particular o defensor público) se remite

inmediatamente a la UPE o DNA, según corresponda, proponiendo las medidas de protección a otorgarse, de manera facultativa. Además, si se verifica alguna causal de riesgo de desprotección o desprotección de los cuidados parentales, especificados el D. Legislativo N° 1297 también se comunicará en esta misma resolución para que se proceda conforme corresponde.

Por el contrario, si el hecho no se encuentra acreditado, se archiva la investigación y, de oficio, se anula el nombre del denunciado del registro. Y si, se verifica alguna causal de riesgo de desprotección o desprotección de los cuidados parentales, especificados el D. Legislativo N° 1297, se remiten copias a la UPE o DNA.

Excepcionalmente, si se requiere una decisión urgente para impedir la vulneración de los derechos del investigado o que esta vulneración continúe, se decidirá dentro de las 24 horas de conocido el hecho denunciado.

El representante de la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta deberá informar a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal, en lenguaje claro y sencillo las decisiones adoptadas.

El representante de la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta, con la notificación de la resolución de la UPE o DNA que otorga las medidas de protección y aprueba otorgamiento y el plan de trabajo, realizará la verificación de su cumplimiento, pudiendo solicitar información periódica al respecto.

El representante de la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta deberá derivar a la Unidad Distrital de Víctimas y Testigos a la víctima de los hechos denunciados contra aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal a fin que sea incluida en el programa de asistencia que se encargará de brindarle las medidas de asistencia legal, psicológica y social que requiera, así como su derivación a las instituciones públicas o privadas con las que celebre convenios para brindar asistencia a las víctimas.

Artículo 9° Etapa de Evaluación y otorgamiento de las medidas de protección.

Una vez que la UPE o DNA recepcione la carpeta proveniente del Ministerio Público, ordenará que el equipo multidisciplinario evalúe psico socialmente a aquél con menos de 14 años, en conflicto con la ley penal para determinar las medidas de protección a otorgarse y el plan de trabajo en el que se aplicarán. Al concluir los 15 días hábiles desde la recepción de la carpeta fiscal, emitirá la resolución otorgando las medidas de protección y aprobando el plan de trabajo especificando cómo se aplican, su duración y objetivos. Esta resolución se notifica a las partes y puede ser apelada en los términos del artículo 13° instancia que revisará si aquellas medidas son adecuadas o requieren su modificación, conforme a la evaluación efectuada por el equipo multidisciplinario.

En caso se requiera un pronunciamiento para impedir la vulneración de los derechos del investigado o que esta vulneración continúe, se otorgará las medidas de protección dentro de las 24 horas de recepcionada la carpeta fiscal, notificando a las partes.

La UPE o DNA a cargo del caso es responsable del cumplimiento del plan de trabajo.

Artículo 10° Etapa de Implementación del plan de trabajo.

La UPE o DNA a cargo del caso es responsable del cumplimiento del plan de trabajo para lo cual coordinará con las instituciones necesarias.

Una vez cumplido el plan de trabajo se realizará el cierre del caso, se notificará a las partes y a la Dirección General de Niños, Niñas y Adolescentes del MIMP.

Artículo 11° Medidas de protección aplicables.

Se podrán aplicar como medidas de protección las siguientes:

- a) Cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con la consejería psicológica y el seguimiento temporal, conforme al plan de trabajo.
- b) Inclusión o reinserción en la educación básica (regular o alternativa) y seguimiento de los avances educativos.
- c) Terapia psicológica individual y familiar para control de impulsos, modificación de comportamientos, control de ira.
- d) Inclusión en un programa de salud mental ambulatorio o con internamiento.

Este listado no impide la aplicación de otras medidas de protección que resulten adecuadas.

TÍTULO IV

Recursos impugnatorios

Artículo 12° Recursos impugnatorios.

Los recursos que se pueden interponer en este procedimiento son:

- a) Queja de derecho
- b) Apelación

Artículo 13° Plazo para interponer los recursos impugnatorios.

El plazo para interponer la queja de derecho contra la resolución fiscal que archiva la investigación o dispone su envío a la UPE o DNA es de 3 días hábiles. El plazo para resolverlo es de 2 días hábiles. La interposición de este recurso suspende los efectos de lo resuelto por el fiscal, hasta que se resuelva el recurso.

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 3 días contra la resolución emitida por la UPE o DNA que otorga las medidas de protección y aprueba el plan de trabajo. El plazo para resolverlo es de 2 días hábiles.

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 3 días contra la decisión judicial que deniega la autorización solicitada por la UPE o DNA. El plazo para resolverlo es de 2 días hábiles. La interposición de este recurso no suspende los efectos de lo resuelto por la UPE o DNA, únicamente sobre las medidas de protección cuya autorización se deniega.

Artículo 14° Competencia para resolver el recurso de queja de derecho.

La Fiscalía Superior de Familia o Mixta resuelve la queja de derecho que se interponga contra la resolución fiscal que archiva la investigación o dispone su envío al UPE o DNA. Su decisión es inimpugnable.

Artículo 15° Competencia para resolver el recurso de apelación.

La Dirección de Protección Especial (en el caso de la UPE) resuelve la apelación interpuesta contra la resolución que otorga las medidas de protección y su implementación a través del plan de trabajo. El plazo para resolverlo es de 2 días hábiles.

Artículo 16° Competencia para resolver el recurso de apelación judicial.

La Sala Superior de Familia o Mixta resuelve la apelación interpuesta contra la resolución que deniega la autorización solicitada por el MIMP para se someta a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, a un tratamiento farmacológico ambulatorio o con internamiento por toxicomanía o adicciones, cuando los padres se nieguen y la falta de tratamiento pone en riesgo la salud o vida del niño y las personas que interactúan con él. El plazo para resolverlo es de 2 días hábiles.

TÍTULO V

Disposiciones complementarias

Disposiciones complementarias modificatorias

Primera. Modificación del Código de los Niños y los Adolescentes.

Modificar el segundo párrafo del artículo 184° y el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, en los términos siguientes:

Artículo 184°

El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio- educativas previstas en el presente Código.

Aquél con menos de catorce (14) años, en conflicto con la ley penal carece de responsabilidad penal y está sujeto al procedimiento para el otorgamiento de las medidas de protección a cargo del MIMP, regulado en la ley especial.

Artículo 242°

Aquél con menos de catorce (14) años, en conflicto con la ley penal carece de responsabilidad penal y está sujeto al procedimiento administrativo para el otorgamiento de las medidas de protección especificadas en la ley especial.

Segunda. Modificación del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Modificar los artículos 121, 123 y 138 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del MIMP.

Artículo 121. De las funciones de la Dirección de Sistemas Locales y Defensorías

La Dirección de Sistemas Locales y Defensorías tiene las siguientes funciones:

r. Corroborar que las Defensorías de Niño y el Adolescente ubicadas en las zonas donde no se haya implementado la UPE, realice el procedimiento para el otorgamiento e implementación de las medidas de protección a aquél con menos de catorce (14) años, en conflicto con la ley penal.

Artículo 123 De las Funciones de la Dirección de Protección Especial

La Dirección de Protección Especial tiene las siguientes funciones:

- t. Resolver el recurso de apelación presentado contra la resolución emitidas por UPE o DNA que otorga las medidas de protección e implementación de las medidas de protección a aquél con menos de catorce (14) años, en conflicto con la ley penal.
- u. Coordinar con el Ministerio de Justicia a fin de que se asigne un defensor público para que asista legalmente durante el procedimiento a aquél con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- v. Capacitar a las Defensorías del Niño y del Adolescente (DNA) para que apliquen y ejecuten las medidas de protección en las zonas donde no se hayan implementado las Unidades de Protección Especial.
- w. Registrar los casos en los casos en los que se otorgue las medidas de protección, preservando la identidad de aquéllos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- x. Crear un registro nacional unificado de los casos en que se otorgue las medidas de protección, el plazo de duración y cumplimiento de las mismas, resguardando la identidad del niño, niña o adolescente con menos de 14 años.

Artículo 138 Funciones de las Unidades de Protección Especial

Las Unidades de Protección Especial tienen las siguientes funciones:

- n. Determinar las medidas de protección que correspondan, a favor de los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal.
- o. Evaluar a través del equipo multidisciplinario a favor de los niños con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, previo a determinar el otorgamiento de medidas de protección.
- p. Solicitar al Poder Judicial la autorización para que someta al niño con menos de 14 años en conflicto con la ley penal, a un tratamiento farmacológico ambulatorio o con internamiento, cuando los padres se nieguen y se encuentra en riesgo la vida del niño y las personas que interactúan con él.

Disposición derogatoria

Única. Se derogue la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final aprobada en el Decreto de Urgencia N° 01-2020.

Disposiciones finales

Primera. Vigencia de la ley. La presente Ley entra en vigencia a 60 días hábiles posteriores de su publicación.

Segunda. Aplicación supletoria de la Ley N° 27444. Se aplica supletoriamente lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.

Tercera. Prohibición de difusión de identidad. Las entidades y personas intervinientes en el proceso están prohibidas de publicar los datos de identificación o imágenes de aquellos con menos de 14 años en conflicto con la ley penal. La identificación dentro del procedimiento se realiza por iniciales o clave.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alegre, S.; Hernández, X. y Roger, C. (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. En *Cuaderno 5. Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina*. Recuperado de http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipicuaterno_05_interes_superior_nino.pdf
2. Ameghino Bautista, C. Z. (2015). *Las medidas de protección a menores infractores a la ley penal desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad*. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, pp. 210-224. Disponible en <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/1450>
3. Balcázar Quiroz, J. (2013). El sistema penal juvenil como “privilegio”. A propósito del Proyecto de Ley para reducir la edad de imputabilidad penal. En *Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo 43. Enero*, Lima: Gaceta Jurídica, 39-50.
4. Baratta, A. (1998). Elementos de un Nuevo Derecho para la Infancia y la Adolescencia. En *Programa de Actualización y Perfeccionamiento. Materiales de lectura y casos. Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*, Academia de la Magistratura y Centro de Estudios por la Paz, Lima., pp. 47 y 48.
5. Batista Sposato, K. (2008). Desafíos duraderos en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad: un estudio crítico a

- la luz de los 18 años de vigencia y del modelo español. En *Justicia y Derechos del Niño N° 10*, UNICEF, Bogotá, 113-133.
6. Beloff, M. (2001). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Recuperado de http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH04/BLOQUEACADEMICO/Unidad1/Algunas_confusiones_sobre_alternativas_en_PJDra_Beloff.pdf
 7. Beloff, M. (2006). Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). En *Justicia y Derechos del Niño N° 8*, UNICEF, Chile, 16.
 8. Beloff, M.; Freedman, D. y Terragni, M. (2017). Debido proceso y niños inimputables en razón de la edad en la jurisprudencia argentina. En M. Beloff, *Nuevos problemas de la justicia juvenil* (1° ed., 187-215). Buenos Aires: AdHoc.
 9. Beltrán Pacheco, J. (2011). Indemnización equitativa del daño causado por incapaz. En *Código Civil Comentado* (3ra ed., 129-131) Lima: Gaceta Jurídica.
 10. Berríos, G. (2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas". *Política Criminal, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* Vol. 6(11), 165-166. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf
 11. Buaiz Valera, Y. E. (2013) *Ley de Protección Integral de la niñez y la Adolescencia Comentada de El Salvador. Libro Primero. 1°*

Reimpresión Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador.

Disponible en <http://www.cnj.gob.sv/index.php/recursos/publicaciones-cnj/249->

12. Calle Miranda, S. F. M. (2010) *Tratamiento del menor infractor con justicia garantista y restaurativa*. (Tesis de maestría). Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.
13. Cámara Arroyo, S. (2014) Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LXVII, MMXIV, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
14. Cámara Arroyo, S. (2011) Internamiento de menores y sistema penitenciario. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Disponible en www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Internamiento%2Bde%2Bmenores%2By%2Bsistema%2Bpenitenciario%2B%2528NIPO%2B126-11-055-3%2529pdf/a430af68-3f87449bada13fe5044af427+Internamiento+de+menores+y+sistema+penitenciario&tbo=1&sa=X&ved=2ahUKEwjy8qrxlabkAhUwwlkKHeYECQsQHZAABegQIAxAG&biw=1366&bih=632
15. Cámara Arroyo, S. (2013) La reforma de la justicia juvenil en el Perú: imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 46, abril (43), Lima: Gaceta Jurídica.
16. Cárdenas Dávila, N. L. (2009) Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil. (Tesis de doctorado). Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú Disponible en <http://www.eumed.net/libros->

[gratis/2011a/913/indice.htm](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm)

17. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (2017) Reformas Constitucionales por artículo. Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm
18. Cavani, Renzo publicado (28 de junio del 2018). Todavía sobre los plenos jurisdiccionales (¿vinculantes?). *La Ley*. Disponible en <http://laley.pe/not/5645/todavia-sobre-los-pletos-jurisdiccionales-vinculantes->
19. Cavaliere, Carla (2015) ¿Cuál es el fundamento de la no punibilidad de los jóvenes en conflicto con la ley penal? *Cuestiones Actuales de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, p. 139-178.
20. Celis Zapata, Carlos Alberto (2013) Casación civil en el Perú. Fondo Editorial UIGV, p. 31.
21. Cillero Bruñol, Miguel (2000) Adolescentes y Sistema Penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño. En *Justicia y Derechos del Niño N° 2*. Buenos Aires, pp. 105-106.
22. Cobo Téllez, Sofía M. (2017) Justicia Penal para adolescentes: ¿siempre puede aplicarse la ley con el mismo rigor? Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Ciudad de México.
23. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/I. Doc. 78 del 13 de julio de 2011. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>

24. Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2004) Dictamen recaído en la autógrafo de los Proyectos de Ley N° 2949-2002-CR, 3478-2002-CR, 5719-2002-CR Y 7924-2002-CR, Ley observada por el Poder Ejecutivo que propone la Ley que modifica la competencia en materia tutelar. Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/955985d1d5177ee052574b_0006cc527/\\$FILE/02949DCMAY300604.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/955985d1d5177ee052574b_0006cc527/$FILE/02949DCMAY300604.pdf)
25. Comité de los Derechos del Niño (1998) Examen del Informe Periódico Nacional sobre la Aplicación de la Convención 1993-1997 (25 de marzo de 1998). Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2F%2F65%2FAdd.8&Lang=es
26. Comité de los Derechos del Niño (2000) CRC/C/15/Add.120 Examen del Informe Periódico Nacional sobre la Aplicación de la Convención 1993-1997 (22 de febrero de 2000). Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.120&Lang=es
27. Comité de los Derechos del Niño (2006). CRC/C/PER/CO/3, Observaciones del Comité al Informe periódico III. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FPER%2FCO%2F3&Lang=es

28. Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2007) Observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 (25 de abril de 2007). Recuperado de: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf
29. Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2009) Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 (20 de julio de 2009). Recuperado de: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-CGC12_sp.doc
30. Comité de los Derechos del Niño (1993) Observaciones finales del Comité de los Derechos el Niño CRC/C/15/Add.8 sobre informe periódico presentado por Perú (18 de octubre de 1993). Disponible en <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/recomendaciones-CDN-1993.pdf>
31. Congreso de la República del Perú (2020) Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Permanente encargada del examen del Decreto de Urgencia 001- 2020. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/\(DecretosUrgencia\)/67FFB74D2CAC5A4D052584E900554F69](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/(DecretosUrgencia)/67FFB74D2CAC5A4D052584E900554F69)
32. Congreso de la República del Perú (2020) Dictamen recaído en el Decreto de Urgencia 001-2020. Comisión de Mujer Familia. Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Decretos_de_Urgencia/001DC16MAY20200903.pdf

33. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2008) Guía metodológica de Plenos Jurisdiccionales. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7407c18043eb77c79256d34684c6236a/CS_D_CIJ_guia_plenos.pdf?MOD=AJPERES
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) Control de Convencionalidad. Introducción realizada por Claudio Nash. *Cuadernillo de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>
35. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014) Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes. 2° ed., México D.F. Disponible en https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf
36. Cuesta Arizmendi, José Luis y Blanco Cordero Isidoro (2010) Menores infractores y sistema penal. Instituto Vasco de Criminología. Donostia, España.
37. Chamorro López, Beyker (28 de febrero de 2018). El Código de Responsabilidad Penal de Adolescente como respuesta del Estado frente a la Criminalidad y la inseguridad ciudadana. En F. Noblecilla Zúñiga (Presidencia), *Alcances del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes frente al Rol de los operadores jurídicos y sociales en el marco del Plan Nacional de Prevención y Tratamiento Del Adolescente en conflicto con la ley penal. Decreto Legislativo N° 1348*. Ministerio de Justicia en Lima, Perú.

38. Chunga, Fermín, Chunga, Carmen Flor de María & Chunga, Lucía Consuelo (2012). *Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y su protección en los Derechos Humanos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
39. Chunga Chávez, Carmen Flor de María (2014). *Necesidad de la creación de un instituto de protección integral a la niña, niño y adolescente adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros*. (Tesis de magíster). Universidad de San Martín de Porres.
40. Crivelli, Aníbal Ezequiel (2014) *Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia juvenil*. Ed. B de F, Buenos Aires.
41. Defensoría del Pueblo (2000) *El Sistema Penal Juvenil en el Perú. Análisis jurídico social. Informe N° 51*. Disponible en [https://www.defensoria.gob.pe/ wp](https://www.defensoria.gob.pe/wp)
42. Defensoría del Pueblo (2007) *La situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad (supervisión de los centros juveniles-2007)*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/032ED751ABD8BFA705257466006507EE/\\$FILE/AdolescentelInfractorInforme123Defensoria.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/032ED751ABD8BFA705257466006507EE/$FILE/AdolescentelInfractorInforme123Defensoria.pdf)
43. Defensoría del Pueblo (2008) *Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009*. Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/comisión2011.nsf/021documentos/93B43D5B863B96B005258154005BBE48/\\$FILE/ Informe N 129.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/comisión2011.nsf/021documentos/93B43D5B863B96B005258154005BBE48/$FILE/Informe_N_129.pdf)

44. Defensoría del Pueblo (2011) Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño a Estado peruano: un balance de su cumplimiento. Disponible en <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Documento-Defensorial-15.pdf>
45. De la Cuesta, José Luis y Blanco, Isidoro (2006) El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España. En *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*. Disponible en <http://www.penal.org/sites/default/files/files/MenoresJLCIB.pdf>
46. De Orbegoso Rusell, Carmela (2017) Responsabilidad Penal de los Adolescentes en el Sistema Jurídico Penal Peruano. Lima: Editorial Navarrete.
47. Deymonnaz, María y Freedman, Diego (2017) La edad en el Derecho Penal Juvenil. En M. Beloff, *Nuevos problemas de la justicia juvenil* (1° ed. 341-368). Buenos Aires: AdHoc.
48. Dulitzky, Ariel (1997) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Un estudio comparado. En Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (33-74). Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS. Disponible en <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/34-Tratados-DDHH-Tribunales-Locales.pdf>
49. Fellini, Zulita (2007) Derecho Penal de Menores. Buenos Aires: AD-HOC.
50. Fundación Rafael Preciado Hernández de México, opinión emitida ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión

Consultiva OC-17/2002. Disponible en

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

51. García Belaúnde, Domingo (2016) “La interpretación constitucional en su laberinto”. *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional* (11) Lima: Palestra Editores, 9-28.
52. García Cantizano, María del Carmen (2013) ¿Responsabilidad Penal de Menores de Edad? En *Actualidad Jurídica N° 230 (enero 2013)*, Gaceta Jurídica. Lima, 137-138.
53. Garrido de Paula, Paulo Afonso (2000) El Ministerio Público y los derechos del niño, y el adolescente en Brasil. En *Justicia y Derechos del Niño N° 2*. Buenos Aires, 49-75.
54. García Méndez, Emilio (1991) Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina. Disponible en www.iin.oea.org/Cursos_a.../prehistoria_e_Historia_Control_Socio_penal.pdf
55. García Méndez, Emilio (1998). Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias. En *Academia de la Magistratura y Centro de Estudios por la Paz (CEAPAZ), Programa de Actualización y Perfeccionamiento. Materiales de lectura y casos. Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal*, Lima, p. 9.
56. García Méndez, Emilio (2003). Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano. *Práctica de Investigación, La Psicología en el ámbito jurídico. Reflexiones ético-clínicas a través de un estudio cualitativo de casos. Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires*. Disponible en <http://23118.psi.uba.ar/academica/>

carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/practicas_de_investigacion/775/textos_y_articulos/Adolescentes_responsabilidad_penal_Garcia_Mendez.doc

57. Garelo, Silvana (2012) *La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad*. En Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social. Año 2, (4),166-167. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20141208_02.pdf
58. Góngora Mera, Manuel (2014) La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano. En *Von Bogdandy, Armin, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos, IJ/UNAM e Instituto Max Planck de derecho Público Comparado y Derecho Internacional*. México D.F., 2014, 304-305. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31277.pdf>
59. González Contró, Mónica (2011) ¿Menores o niña, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Publicación Electrónica N° 05, 37. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/7.pdf>
60. Hernández Alarcón, C. (2005) *El Debido Proceso y Justicia Penal Juvenil*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Disponible en

<http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1216>.

61. Ibáñez Rivas, Juana María (2010) Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista IIDH 51 (Enero-Junio 2010), 13-54. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>
62. INABIF (2012) Manual de Organización y Funciones del Programa Integral Nacional el Bienestar Familiar para referidos al personal de la Unidad de Servicios de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Disponible en <http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portaldetransparencia.php>
63. Jiménez Díaz, María José (2010) Edad y Menor. En L. Morillas, *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)* (33-71) Madrid, DYKINSON.
64. Jiménez Díaz, María José (2015) Algunas Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de los Menores. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-19.pdf>
65. Medina, Graciela (2015). Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado de Argentina. *Actualidad Jurídica*, (3), 15-46. Disponible en <http://www.revista-aji.com/articulos/2015/15-46.pdf>
66. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013) Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en conflicto con la ley penal. PNAPTA 2013- 2018. Lima: MINJUS, p. 28.

67. Ministerio Público do Estado de Amazonas (2019) Legislacao Nacional. Disponible en <http://www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp947110907/infancia-e-juventude/legislacao/legislacao-nacional/1933-resolucao-no-139-doconanda-dispoe-sobre-os-parametros-para-a-criacao-e-funcionamento-dos-conselhos-tutelares-no-brasil-e-da-outras-providencias>
68. Miranda Martínez, Cibory Mauricio (2010) El derecho penal juvenil “su ubicación en la ciencia del derecho penal y la relación de complementariedad”. Université de Fribourg. Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_04.pdf
69. Montoya Zegarra, Luz Marina (2017) Análisis del proceso para otorgar las medidas de protección al niño o adolescente infractor de la ley penal. En *Gaceta Penal & procesal penal* (102 diciembre), pp. 270 y ss.
70. Morlchetti, Alejandro (2013) Sistemas Nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. CEPAL-UNICEF. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/S2012958_es.pdf;jsessionid=B08269BF80D458212EE803626AD5DCD9?sequence=1
71. Ninamancco Córdoba, Fort (2016) Manifiesto sobre los Plenos Jurisdiccionales Civiles. Disponible en https://works.bepress.com/fort_ninamancco/32/
- [consultado el: 02.08.18]

72. Ninamancco Córdoba, Fort, Video de Publicado en la página web de La Ley el 27 de junio del 2018, bajo el título “Los Plenos Jurisdiccionales Civiles sí tienen fuerza vinculante” el <http://laley.pe/not/5637/-aula-la-ley-fort-ninamancco-los-plenos-jurisdiccionales-civiles-si-tienen-fuerza-vinculante-/> [consultado el 02.08.18]
73. Oliveira De Barros Leal, César (2005) La justicia de menores en Brasil y el sistema garantista. La edad de la responsabilidad penal. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28152.pdf>
74. Ost, Francois (1993) Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Traducido por Isabell Lifante Vidal. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 14, (pp. 169-164) Alicante: Universidad de Alicante. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n14-jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez>
75. Noticias Jurídicas Exposición de motivos de Ley Orgánica 5 /2000 http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2000.html#i
76. Paniagua Corazao, Valetin (2003) El derecho de sufragio en el Perú. En *Elecciones* N° 02. ONPE p. 65. Recuperado de <https://www.web.onpe.gob.pe/modEducacion/Publicaciones/L-0025.pdf>
77. Payé Salazar, Jackeline Maribel (2015) Cuestionamiento al Proceso Judicial que se apertura a los niños menores de 14 años que se encuentran en conflicto con la ley penal a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, en el Perú. tesis para optar el título de abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad

Nacional de San Agustín (Arequipa).

78. Pinto, Gimol “La doctrina de la protección integral de derechos del niño y del adolescente” en *Los adolescentes y la justicia. La doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes. Lecturas e instrumentos*. Centro de Estudios y Acción para la Paz CEAPAZ, p. 89, 90, 95.
79. Poder Judicial (2009) Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia de Arequipa 2009. Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9d651a804592e7c4885dce7db27bf086/3.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=9d651a804592e7c4885dce7db27bf086>
80. Poder Judicial (2012) Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia del Callao 2010 Poder Judicial. Plenos Jurisdiccionales Superiores 2007- 2011, Nacionales, Regionales y Distritales. Conclusiones Plenarias. Fondo Editorial del Poder Judicial. Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2da6c7804e9119b7b859fec478d96957/Plenos+Jurisdiccionales+CR.pdf?MOD=AJPERES>
81. Poder Judicial (2013) Pleno Jurisdiccional distrital Cusco 2013. Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/beb1ca8042357e60b221b73a9d7cd02d/Pleno+Distrital+de+Familia+-+Cusco+2013.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=beb1ca8042357e60b221b-73a9d7cd02d>
82. Poder Judicial (2011) Pleno Regional de Familia del 2011. Disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2011/as_plenos_jurisdiccionales_regionales/cij_d_ple

[no_regional_casma](#)

83. Poder Judicial (1997) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1997.

Disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/733e520043eb77fe92e7d34684c6236a/Pleno_Jur_Nac_1997.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=733e520043eb77fe92e7d34684c6236a

84. Poder Judicial (2009) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 2009. Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

Disponible en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/PlenoNacFamilia_180210.pdf

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6a6023004520fd269066dfd3a5dd03ae/PLENO+DE+FAMILIA.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=6a6023004520fd269066dfd3a5dd03ae>

85. Poder Judicial (2011) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 2011.

Disponible en

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitario/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2011/as_plenos_jurisdiccionales_nacionales/cij_d_pleno_nacional_familia_ica

86. Poder Judicial (2018) Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia del 2018.

Disponible en

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_materiales_lectura/as_plenos_nacionales/as_plenos_nacionales

<https://laley.pe/art/6264/conozca-las-5-importantes-conclusiones-del-pleno-nacional-de-familia-de-2018>

87. Reyes Bedoya, Lilia Jacinta (1998). *Aspecto criminológico de la juventud antisocial en el Perú*. (Tesis de maestría). Universidad de San Martín de Porres, Perú, p. 187.
88. Romero Martínez, Juan Manuel (2017) Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales. México: UNAM
89. Rubio Correa Marcial (1998) La ubicación de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: *Revista Pensamiento Constitucional Vol. 5, N° 5*, PUCP, p. 109. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/articloe/download/3243/3080>
90. Sanz Hermida, Ágata (2004) Responsabilidad penal del menor. En *Estudios de Derecho Penal. Contribuciones al XVII Congreso Internacional de Derecho Penal Pekín 2004*. Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 11-43.
91. Savigny, Friedrich Carl von (1839) Sistema del Derecho Romano Actual. T. I, 2° Edición, Centro Editorial Góngora, Madrid. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, pp. 187-188.
92. Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República del Brasil (2014) Acciones de Brasil para la protección de los niños, niñas y adolescentes. Recuperado de <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/>

[agenda-de-convergencia/documentos/press-kits/press-kit-acciones-de-brasil-para-la-proteccion-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes](http://www.unicef.org/argentina/argentina-agenda-de-convergencia/documentos/press-kits/press-kit-acciones-de-brasil-para-la-proteccion-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes)

93. SENAME. Disponible en <http://www.sename.cl/web/marco-legal-ley-responsabilidad-penal-adolescente/>
94. Tribunal Constitucional (2006) Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 047-2004-AI/TC el 24 de abril del 2006. Recuperado de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html#_ftnref40
95. UNICEF (2012) ¿Qué es el sistema penal juvenil?, Octubre, Argentina. Disponible en http://ces.unne.edu.ar/DDHHyPC/UNICEF_QUEESELSISTEMAPENALADOLESCENTE.pdf
96. UNICEF Recuperado de: <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>
97. Vasconcelos Méndez, Rubén (2012) Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), México DF. Disponible en https://www.unicef.org/mexico/spanish/Avances_y_retrocesos_justicia_para_adolescentes.pdf
98. Vigo, Rodolfo (2017) La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, pp. 205-206.
99. Zavaleta Rodríguez, Roger (2014) La Motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica. Lima, Grijley.

ANEXOS

Anexo 1

Figura 1. Guía de Análisis de Expedientes -Año 2012

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
1 a)	5887- 2012 3° JFL	F.R.R.B.	14	M	Claves de Reserva 29-12 (06) 30-12 (06)	ACP Art. 176-A INC. 1	29.05.12	
b)	7301 - 2012 8° JFL	F.R.R.B.	14	M	Claves de Reserva 29-12 (06) 30-12 (06)	ACP Art. 176-A INC. 1	21.06.12	25.06.12
c)	11967 -2012 3° JFL	F.R.R.B.	14	M	Claves de Reserva 29-12 (06) 30-12 (06)	ACP Art. 176-A INC. 1	24.09.12	08.07.13 (Resolución de Sala Superior)
2 a)	9822 - 2012 3°JFL	J.M.T.CH. y otros L.M (17) G.F. (14) L.A. (16)*	13	M	C.C.A.	ROBO AGRAVADO Art. 188 num 4 y 7	08.08.12	17.05.17 (para los demás)
b)	Cuadernillo 99							02.06.14 Después de la Casación N° 1646-13

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
4 a)	1584 - 2012 3° JFL	C.A.H.CH y J.M.H.O	13 Y 16	M	M.A.R.R. (18)	Lesiones graves y tenencia ilegal de armas Art. 121 y 279	09.02-12	15.01.14
b)	10527 - 2012 20°JFL	C.A.H.CH. y J.M.H.O	13 Y 16	M	M.A.R.R. (18)	Lesiones graves y tenencia ilegal de armas Art. 121 y 279	23.08-12	26.04.13 Res. 08 declara al adolescente inimputable y archiva la investigación.
5 a)	5189 - 2012 6°JFL	J.P.T.C. L.Q.M. C.A.H.L. J.C.M.A. J.G.G.M.	12 13 11 10 10	M M M M M	D.J.A.C. (10)	Faltas contra la persona	15.05.12	(03.07.13) Casación N°431- 2013
b)	16383 - 2013 3°JFL	J.P.T.C. L.Q.M. C.A.H.L. J.C.M.A. J.G.G.M.	12 13 11 10 10	M M M M M	D.J.A.C. (10)	Faltas contra la persona	21.12.13	28.05.14

Anexo 2

Figura 2. Guía de Análisis de Expedientes -Año 2013

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
1 a)	2236 -2013 5° JFL	J.A.A.C.	13	M	R.G.A. (06)	Actos contra el pudor	06.03.13	27.03.13
b)	4914 -2013 18° JFL	J.A.A.C.	13	M	R.G.A. (06)	Actos contra el pudor	05.04.14	08.08.14
c)	10890 -2014 5° JFL	J.A.A.C.	13	M	R.G.A. (06)	Actos contra el pudor	22.09.14	02.06.15
2 a)	6680 - 2013 3° JFL	M.G.C.O.	13	M	M.E.V.R.	Faltas contra la persona	24.05.13 27.12.13	10.07.14
b)	8096 - 2013 6° JFL	M.G.C.O.	13	M	M.E.V.R.	Faltas contra la persona	17.06.13	06.12.13

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
3 a)	7958 - 2013 10°JFL	P.P.G.	13	M	C.R.T.	Hurto Agravado	13.06.13	14.06.13
b)	8048 - 2013 3° JFL	J.F.C.	14	M	C.R.T.	Hurto Agravado	14.06.13	07.01.14
4 a)	10811 - 2013 3°JFL	J.G.CH.V.	13	M	CUR N° 85-13 (04)	Tocamientos indebido	23.08.13	28.08.13
b)	12569 - 2013 6° JFL	J.G.CH.V.	13	M	CUR N° 85-13 (04)	Art. 176-A Tocamientos indebidos	24.09.13	16.09.14
5	14614 - 2013 3°JFL	C.S.M.M.	13	M	D.C.A.	Actos contra el pudor	11.11.13	27.01.15

Anexo 3

Figura 3. Guía de Análisis de Expedientes - Año 2014

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
1	1736 - 2014 3° JFL	J.D.E.M.	11	M	M.M.J.A.S. (12)	Faltas Lesiones dolosas	07.02.14	27.08.14
2	271 - 2014 3° JFL	L.A.S.C.	11	M	F.A.V.A. (11)	Maltrato de obra	08.01.14	13.08.14
3	6331 - 2014 3° JFL	J.A.H.R.	13	M	Clave N° 40-14 (10) Clave N° 41-14 (12)	Actos Contra El pudor (art.176-A) Violación sexual (art. 173)	11.04.14	Casación N° 518-15 SCT CSJR (10.08.15) 22.05.17 (prescripción)
4	939 - 2014 3° JFL	A.J.Q.S.	10	M	Clave N° 06-14 (04)	Actos contra el pudor	24.01.14	Casación N° 358-2015 SCP CSJR (08.09.15) 25.07.17 (prescripción)

Anexo 4

Figura 4. Guía de Análisis de Expedientes - Año 2015

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
1	780 - 2015 5°JFL	B.S.G.Q.	13	M	P.SG.R. (07)	Actos contra el pudor	23.01.15	11.07.16
2	8976 - 2015 5°JFL	S.T.C.	10	M	N.F.D.C (10)	Faltas contra la persona lesiones	14.08.15	En ejecución hasta el 04.10.19 Adeuda S/. 390
3	1541 - 2015 5° JFL	D.I.B.D. y otros (S.A.P.Z.17 y adulto)	10	M	N.AM.C.	Hurto agravado	11.02.15	Casación N° 2977-2016 SCP CSJR (13.12.16) 11.07.18
4	11336 - 2015 5°JFL	G.J.L.C. y 2 adultos	13	M	S.F.	Hurto agravado En grado de tentativa	06.10.15	15.06.17
5	10373 - 2015 5°JFL	M.N.G.G	13	F	N.C.N. (12)	Faltas lesiones	15.09.15	31.05.17

Anexo 5

Figura 5. Guía de Análisis de Expedientes - Año 2016

N°	EXP. N°	DENUNCIADO			AGRAVIADO	TIPO PENAL	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
		INICIALES	EDAD	SEXO				
1	7070 - 2016	R.G.E.T.	12	M	J.D.H.Z.	Hurto agravado en grado de tentativa	06.04.16	10.05.17
	5° JFL	C.D.E.M.	12	M				
		otro	14	M				
2	4496 - 2015 5° JFL	J.S.M.L.	11	M	M (p.j)	Faltas contra el patrimonio, tentativa de hurto	03.03.16	11.07.16
3	4498 - 2016 5° JFL	S.A.M.V.	13	F	Clave N° 10-16 (04)	Actos contra el pudor	03.03.16	08.08.16
4	1319 - 2016 3JFL	R.N.C.S.	12	F	M (p.j.)	Faltas contra el patrimonio Tentativa de hurto	21.01.16	02.09.16
5	11254 - 2016	A.J.C.M.	11	F	S.F. (p.j.)	Hurto agravado	02.06.16	19.10.17
	3° JFL	K.A.R.O.	11	F				
		M.C.C.	08	F				

Anexo 6

Comparación de criterios adoptados por las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República en procesos sobre medidas de protección a niños en conflicto con la ley penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ	
SALA CIVIL TRANSITORIA	SALA CIVIL PERMANENTE
AÑO 2012	
<p align="center">Casación N° 2295-2012- AREQUIPA (04.07.12)</p> <p>- Los jueces supremos están de acuerdo en que los jueces superiores (no el juez de primera instancia) apliquen la figura de la remisión a nivel judicial a un adolescente de 13 años, sin que exista un proceso judicial, conforme al art. 138.9 de la Constitución, las Reglas de Beijing y la CNA para evitar que el adolescente sufra las consecuencias psicológicas que origina el trámite.</p> <p>Ticona Postigo, Aranda Rodríguez, Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña y Miranda Molina.</p>	<p align="center">Casación N° 4985-2012-LIMA (13.03.13)</p> <p>- Afirman que no corresponde reevaluar en vía casatoria la competencia de la autoridad jurisdiccional que conoce el caso porque en el curso del proceso de dilucidó que es el Juez de Familia Especializado en Materia Tutelar el competente para aplicar las medidas de protección al niño o adolescente menor de 14 años, conforme al art. 242 del CNA, como lo ha señalado la Sala Superior quien también se sustentó en la ausencia de capacidad cognoscitiva ni volitiva de aquéllos para darse cuenta del carácter delictuoso de su conducta.</p> <p>- Sosteniéndose nuevamente en el razonamiento de la Sala Superior, los jueces supremos consideran que no existe vulneración al debido proceso, porque los hechos cometidos por niños o adolescentes menores de 14 años no constituyen infracción penal por su falta de capacidad para darse cuenta del carácter infractorio. Lo que busca a Fiscalía es que se reexamine un caso que una materia ajena a los fines de la casación.</p> <p>- Declaran improcedente la casación.</p> <p>Calderón Castillo, Almenara Bryson, Huamaní Llamas, Estrella Cama y Calderón Puertas</p>
AÑO 2013	
<p align="center">Casación N° 431-2013- LIMA (03.07.13)</p> <p>- Los menores (niños) sí pueden ser acreedores a la aplicación de medidas de protección contempladas en el artículo 242° del CNA, de conformidad con el artículo 184° del CNA y 53 del TUO de la LOPJ porque no se encuentran excluidos del sistema de responsabilidad como sostiene la Sala Superior.</p> <p>- El Juez de familia especializado en infracciones (sub especialidad penal) es el órgano competente para conocer estos casos.</p> <p>- Es un error pretender que el MIMP asuma competencia invocando las normas referidas al tratamiento de niños y adolescentes en estado de</p>	

<p>abandono, ya que, por mandato constitucional y legal, esta función la ejerce el Poder Judicial.</p> <p>Miranda Molina, Rodríguez Mendoza, Valcárcel Saldaña, Cabello Matamala y Cunya Celi</p>	
<p style="text-align: center;">Casación N° 1646-2012 (24.06.13)</p> <p>- Establecen que los jueces de familia de la sub especialidad de infracciones promuevan la investigación a fin de determinar si la conducta del adolescente es contraria a la ley penal y disponer las medidas de protección correspondientes para menores de 14 años.</p> <p>- Fundado el recurso de casación.</p> <p>Ticona Postigo, Valcárcel Saldaña, CabelloMatamala, Calderón Puentes y Cunya Celi</p>	
AÑO 2014	
<p style="text-align: center;">Casación N° 552-2014-LIMA (01.09.14)</p> <p>- Señalan que los Juzgados de Familia conocen materia civil, tutelar y de infracciones a la ley penal cometidas por “niños y adolescentes” como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta.</p> <p>- No le corresponde al Juez Especializado en lo Tutelar sino al Juez Especializado en Infracciones conocer el proceso por infracción. En el presente caso, del adolescente de 12 años denunciado. Por ello, corresponde efectuar el proceso de investigación por la presunta responsabilidad en la comisión de la infracción a la ley penal. Lo contrario afectaría los incisos 1 y 3 del artículo 139 de la Constitución que reconoce la unidad de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional porque ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción determinada por la ley.</p> <p>Valcárcel Saldaña, Cabello Matamala, Miranda Molina, Cunya Celi y Calderón Puertas.</p>	
AÑO 2015	
<p style="text-align: center;">Casación N° 518-2015-LIMA (10.08.15)</p> <p>- Consideran que los menores de 14 años son pasibles de medidas de protección dentro del proceso por infracción a la ley penal a cargo del Juez de familia en Infracciones.</p> <p>- Por ello, cuando la decisión de primera instancia, (confirmada por Sala) declaró que el adolescente menor de 14 años era inimputable, y lo excluyeron del derecho penal, se incurrió en motivación aparente porque los arts. 133, 184, 242 del CNA reconocen que los menores de 14 años serán sujetos de medidas de</p>	<p style="text-align: center;">Casación N° 358-2015-LIMA (08.09.15)</p> <p>- Consideran que, cuando los jueces de 1° y 2° instancia sostienen no debe promoverse acción penal para dictar medidas de protección a un niño de 10 años porque resulta inimputable en razón a su edad y porque se encuentra con sus padres, se omite lo dispuesto por los arts. IV, 184 y 242 del CNA, normas que se encuentran vigentes y expresamente señalan que los menores de 14 años serán pasibles de medidas de protección.</p>

<p>protección y le corresponde a los Jueces de Familia asumir la competencia.</p> <p>Valcárcel Saldaña, Cabello Matamala, Mendoza Ramírez, Humaní Llamas y Miranda Molina.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Señalan que dicha normativa no puede ser inobservada si no ha sido derogada ni declarada inconstitucional por el máximo intérprete de la Constitución, de lo contrario, se incurriría en el delito de prevaricato. - Establecen que se requiere determinar si el “menor” es autor o partícipe de la infracción, previamente a pronunciarse respecto a las medidas de protección y ello, únicamente puede realizarse en un proceso judicial a cargo del Juez de familia en materia de infracciones. - Resaltan que no puede dejar de tutelar los derechos aparentemente vulnerados de la niña supuesta agraviada, por lo cual resultan insuficientes los argumentos expuestos por los jueces de 1° y 2° instancia para justificar su decisión y declararon fundado el recurso de casación. <p>Walde Jáuregui, Almenara Bryson, Cunya Celi, Calderón Puertas y Miranda Molina</p>
<p style="text-align: center;">Casación N° 513-2015-LIMA (28.09.15)</p> <ul style="list-style-type: none"> - La función jurisdiccional no puede ser ejercida por el poder ejecutivo ni legislativo. - Este proceso es un “proceso de investigación y juzgamiento de denuncias sobre presunta comisión de infracción penal por parte de menores de edad” y corresponde al Juez de Familia especializado en infracciones quien conocerlo. - Afirman que los menores de 14 años están excluidos del derecho penal pero su situación se enmarca en un sistema independiente y especial de protección. - Es un error el pretender que el MIMP asuma la competencia en este caso, es decir, la función jurisdiccional. 	<p style="text-align: center;">Casación N° 4974-2015-CALLAO (26.05.16)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los Jueces De la Barra Barrera Rodríguez Chávez, Del Carpio Rodríguez, Calderón Puertas, al interpretar el artículo 184° del CNA señalan que en aplicación del art. 40 num. 3 de la CDN a aquéllos que están por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal se aplica medidas de protección, no socioeducativas. Ya que, su falta de madurez mental imposibilita se le atribuya culpabilidad, mantiene calidad de inimputable, excluyéndolo de sanciones y someténdolo a medidas de protección que “deberán velar por su corrección y freno a dichas acciones”. Por lo cual declararon infundado el recurso de casación. - El voto singular del Juez Supremo Yaya Zumaeta llega al mismo resultado y también reconoce los 14 años como el límite inferior para atribuir responsabilidad penal. Sin embargo, considera que en el presente caso se ha comprobado que el niño de 11 años no es responsable por los tocamientos a la niña de 5 años y se encuentra viviendo en un ambiente familiar adecuado y carece de trastornos a nivel psicosexual.
<p>AÑO 2016</p>	
	<p style="text-align: center;">Casación N° 2977-2016 (13.12.16)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Declararon improcedente el recurso de casación porque en esta vía no se cuestiona la competencia del órgano que debe emitir las medidas de protección que ha sido cumplido “en el desarrollo del proceso” a través del acta fiscal, por lo cual es innecesario el debate procesal para desarrollar un acto formal cuyo cumplimiento se efectuó.

	Tello Gilardi, Rodríguez Chávez, Calderón Puertas y De la Barra Barrera.
<p style="text-align: center;">Casación N° 1312-2016-LIMA (24.05.18)</p> <p>- Por un lado los jueces Mendoza Ramírez, Miranda Molina, Yaya Zumaeta y Ordóñez Alcántara(adherido) señalan que el Juez de Familia en infracciones por su competencia en investigación y juzgamiento de denuncias por presunta infracción a la ley penal “por parte de menores de edad”. Por ello considera que se ha vulnerado el debido proceso por omitir la asunción de jurisdicción cuando el 20JFL, en el año 2011, a través de una errónea interpretación de las normas, archivó la investigación aduciendo que el Fiscal, al ordenar que el adolescente de 12 años denunciado por robo agravado sea sus padres, ya había otorgado medidas de protección.</p> <p>- Asimismo, consideran que la apertura de un proceso no infringe el principio del interés superior del niño pues el artículo 242° del CNA lo permite y requiere de un proceso que cuente con todas las garantías que le otorgue la ley. Por ello, decidieron declarar fundado el recurso de casación interpuesto por la 4°FPFL.</p> <p>- El voto en minoría de los jueces Calderón Puertas, de la Barra Barrera y Céspedes Cábala (voto adherido) señala que no se ha vulnerado al adolescente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva porque ha tenido pleno acceso a justicia, a los recursos impugnatorios sin restricción. De igual manera, invocando el artículo 40, 3a) de la CDN aduce que los niños están excluidos de sanciones pero sometidos a “medidas de protección que deberán velar por su corrección y freno a dichas acciones” (considerando noveno). Por lo cual votan por que se declare infundado el recurso de casación.</p>	<p style="text-align: center;">Casación N° 302-2016-LIMA (02.05.17 y notificada 27.04.18)</p> <p>- Por un lado, los jueces Rodríguez Chávez, Calderón Puertas, de la Barra Barrera y Sánchez Melgarejo (voto dirimente) establecen que los hechos imputados al adolescente de 13 años, constituye infracción a la ley penal (hurto) y por ello es pasible de medidas de protección a ser emitidas por el juez de familia en materia de infracciones.</p> <p>Contradictoriamente, afirman que no se requiere someter al adolescente a un proceso judicial (al que denominan “investigación tutelar”) debido a que la medida de protección (entrega a sus padres) se emitió en el Acta Fiscal. Por lo cual no casaron la resolución de vista.</p> <p>- El juez supremo Sánchez Melgarejo realizó su voto adhiriéndose al de la mayoría. Fundamentó que a los menores de 14 años “no se les puede atribuir el mismo juicio de reproche de un adolescente mayor de 14 años” (considerando 4) y el derecho penal juvenil impone a los primeros, una medida de protección del art. 242 del CNA a través de una investigación tutelar que tiende a excluirlo de una actividad procesal judicial. Asimismo, afirma que en este caso es innecesario someterla a un proceso si la adolescente reconoció su responsabilidad y la medida de protección se aplicó en forma inmediata (vía fiscal).</p> <p>Los jueces supremos Carpio Rodríguez y Yaya Zumaeta votaron por declarar fundado el recurso de casación. Los jueces sostienen que de acuerdo a CNA, Reglas de Beijing y la doctrina de la protección integral reconocida en el CDN, los menores de 14 años merecen una consideración especial debido a su falta de madurez mental y capacidad cognoscitiva y volitiva; por lo cual, están exentos de responsabilidad penal “inimputabilidad absoluta” y solo les pueden aplicar medidas de protección. Mientras que, las medidas socioeducativas y el sistema de justicia penal juvenil solo es aplicable para los mayores de 14 años. Es decir, los menores de esa edad no pueden ser sometidos a un proceso de infracción a la ley penal pues ello implica una desviación de la jurisdicción determinada por la ley y la CDN. En este caso, corresponde a Juez la aplicación de las medidas de protección a través de un proceso de naturaleza tutelar y no al MIMP que solo tiene competencia para procedimientos tutelares por abandono. Por ello, consideran que se ha incurrido en nulidad insalvable al haber desviado la jurisdicción predeterminada por ley.</p> <p>En un voto singular la Jueza Suprema Del Carpio Rodríguez fundamenta que el recurso es procedente por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 388 del CPC.</p>

AÑO 2017

**Casación N° 3091-2017 Lima
(04.06.16)**

- Consideran que los menores de 14 años son pasibles de medidas de protección dentro del proceso por infracción a la ley penal a cargo del Juez de familia en Infracciones porque se requiere un proceso donde se ordenen diligencias que coadyuven a determinar las medidas de protección más favorables.
- Por ello, cuando la decisión de primera instancia, (confirmada por Sala) declaró que el adolescente menor de 14 años era inimputable, y lo excluyeron del derecho penal, se incurrió en motivación aparente porque los arts. 184, 242 del CNA reconocen que los menores de 14 años serán sujetos de medidas de protección y le corresponde a los Jueces de Familia asumir la competencia por la indelegabilidad de la función jurisdiccional y lo dispuesto en la Cas. N° 431-2013-Lma y STC N° 162-2011-PHC/TC.
- Afirman que ellos (menores de 14 años) carecen de responsabilidad civil y los daños deben ser reparados aplicando las normas de la responsabilidad civil extracontractual, ante la vía judicial correspondiente. Señala que "compete practicar la responsabilidad civil extracontractual solidaria de los padres frente a los actos de sus hijos, en agravio de terceros, el cual tiene su fundamento en la presunta culpa traducida en la infracción de la buena educación y vigilancia respecto del menor, deberes que derivan de la patria potestad. Aspecto que guarda relación con lo previsto por los artículos 1975 y 1976 del Código Civil" (considerando décimo quinto).

Declaran fundado el recurso de casación.

Cabello Matamala, Romero Díaz, Ordóñez Alcántara,
De la Barra Barrera y Céspedes Cabala

AÑO 2018

**Casación N° 1522-2018- Lima
(13.07.18)**

- Los magistrados declararon improcedente el recurso de casación contra la sentencia de Sala que declaró nulas las medidas de protección otorgadas al niño B.D.L.M.D. (cuidado en el propio hogar y reparación civil de S/. 800) y dispuso remisión de copias a MIMP.
- Argumentan que no ha cumplido con demostrar la causal de procedencia referida a la incidencia directa de la infracción sobre la resolución impugnada (art. 388. 3).
- Consideran que era innecesario someterlo a una "investigación tutelar que judicializaría su caso" porque ya se dio cumplimiento a la medida de protección establecida en la norma (cuidado en propio hogar).

	Hurtado Reyes, Huamani Salas, Salazar Lizárraga, Calderón Puertas y Céspedes Cabala.
--	---

Anexo 7
Entrevistados que laboran en el distrito judicial/fiscal de Lima

PREGUNTA 1

¿Qué autoridad otorga las medidas de protección a niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, reconocidas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes?

- a) MIMP (Dirección de Investigación Tutelar)
- b) Juez de Familia de la sub especialidad penal
- c) Juez de Familia de la subespecialidad tutelar
- d) N.A. especificar

OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL 1	c
FISCAL 2	b
FISCAL 3	b
FISCAL 4	b
FISCAL 5	b
FISCAL 6	b
FISCAL 7	c
FISCAL 8	b
FISCAL 9	b
FISCAL 10	b
FISCAL 11	d. no está definido
JUEZ 1	d. la mayoría de juzgados de familia penal declaran no ha lugar abrir investigación, afirman (que) menor es inimputable.
DEFENSORA PÚBLICA	b

COROLARIO.

Se observa que la mayoría de los fiscales entrevistados considera que el juez de familia con competencia en materiapenal es quien emite las medidas de protección. Mientras que, la minoría de entrevistados considera que el competente es de la sub especialidad en materia tutelar. Únicamente una entrevistada considera que no se encuentra definida a la autoridad competente. Por otro lado, el Juez Superior entrevistado realiza una observación que también se evidencia en las Guías de Expedientes de esta investigación: los jueces de la sub especialidad penal en su mayoría deciden no abrir investigación en la cual se emitirían las medidas de protección.

PREGUNTA 2

¿Cuál es el proceso o procedimiento que se requiere para el otorgamiento de tales medidas de protección?

- a) Procedimiento administrativo
- b) Proceso único (similar a adolescentes mayores de 14 años)
- c) Proceso único (vía tutelar)
- d) N.A. especificar

OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL 1	b
FISCAL 2	d, no está regulado
FISCAL 3	d, procedimiento especial
FISCAL 4	d, proceso para infractores
FISCAL 5	B
FISCAL 6	B
FISCAL 7	b
FISCAL 8	b
FISCAL 9	b
FISCAL 10	b
FISCAL 11	d. debiera ser el procedimiento más inmediato, breve y alejado de un proceso penal.
JUEZ 1	d. la norma no establece una vía específica, creo que el juez puede implementar un proceso con una audiencia y resolver.
DEFENSORA PÚBLICA	c

COROLARIO

La mayoría (8 entrevistados) considera que el proceso seguido es similar al aplicado a los infractores de 14 años (inclusive el Fiscal 4). Cinco entrevistados difieren. Uno de ellos (Fiscal 3) considera que es un procedimiento especial, aunque no precisa en qué sentido, lo cierto es que sí plantea algunas propuestas de cómo debería ser este proceso al contestar la pregunta 4; entre ellas, que en esta vía penal se le otorguen todas las garantías e inclusive sea incluido en la Línea de Acción de Justicia Juvenil Restaurativa. El otro entrevistado (Fiscal 2) señala que no está regulado el proceso, pero no otorga detalles de esta idea en el cuestionario de entrevista. A diferencia de otra entrevistada (Fiscal 11) que sugiere la implementación de un procedimiento, alejándolo del proceso; mientras que, otro (Juez Superior) aún preserva la participación judicial. Únicamente una entrevistada (Defensora Pública) considera que la vía tutelar es la requerida para emitir medidas de protección en estos casos.

PREGUNTA 3 ¿Existe duda en los operadores de justicia respecto a la autoridad competente (según la especialidad) que deba otorgar estas medidas?, ¿por qué?	
OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL 1	Sí, los jueces de familia de Lima tienen varios criterios, uno que esta materia es tutelar y lo tiene que ver el Ministerio de la Mujer. Otros que tiene que verlo el juez de familia de materia penal, que en Lima son 2 juzgados. Existe duda en los operadores por falta de precisión en el tema de medidas de protección, los que otorga el Poder Judicial son similares al que otorga el MIMP en el proceso administrativo.
FISCAL 2	Porque el tratamiento jurisprudencial no es uniforme.
FISCAL 3	Sí, existe duda en algunos operadores del distrito judicial de Lima en tanto se pretende dar el trámite del art. 243 del Código de los Niños y Adolescentes, sin embargo, es necesario considerar las garantías en la aplicación de las medidas dentro del debido proceso.
FISCAL 4	Sí, a nivel jurisprudencial existen pronunciamientos diferentes porque no existe un consenso sobre los alcances de la responsabilidad penal juvenil.
FISCAL 5	En Lima sí, por parte de uno de los Juzgados de Familia (materia penal) pues considera que los menores de edad de 14 años y niños no deben someterse a un proceso judicial, sino a un procedimiento administrativo, a cargo del MIMP pues son inimputables sin responsabilidad penal. Asimismo, algunos fiscales de familia tampoco interponen denuncias a menores de 14 años, sino lo derivan al MIMP.
FISCAL 6	Sí. Al principio los jueces consideraban que debía ser la DIT (MIMP), después que los jueces tutelares. En la actualidad, los jueces de familia penal ¿por qué? Se confunde, se le considera inimputable al menor de 14 años y se pretende no investigarlo. De frente se le quieren dar las medidas de protección.
FISCAL 7	Sí, los jueces consideran que no debe iniciar proceso judicial contra los menores de 14 años para dictar medidas de protección y que estas deben ser dictadas en vía tutelar por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables- MIMP.
FISCAL 8	Sí, por el motivo que algunos juzgados de familia no aceptan las denuncias contra los menores de 14, por el motivo que están deberían ser tutelarizados a través del MIMP. Dejando de lado la infracción cometida.
FISCAL 9	Sí, los jueces de familia en materia penal consideran que los niños/niñas se encuentran "excluidos del sistema de responsabilidad", consideran que las medidas deben ser dictadas por el MIMPV-UIT. La otra posición es que se aplique lo normado en el CNA art. 133, debiendo ser quien dicte el Juez de Familia Penal.
FISCAL 10	Sí existe duda porque si bien el artículo 53 d la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que es competente para las infracciones de niños y adolescentes el Juez Especializado en Familia Penal, también lo es que supuestamente según las normas establecidas, quien dicta la medida de protección en una investigación tutelar es el MIMDES, entidad que mediante una resolución ministerial señaló que no asumirá investigaciones tutelares respecto a adolescentes infractores
FISCAL 11	Sí existe. Los fiscales sostienen que solo los jueces tienen esa atribución. Los jueces sostienen que debiera ser una competencia administrativa. Personalmente considero que debiera ser el fiscal como primera autoridad que recibe el caso o la primera autoridad que lo reciba.
JUEZ 1	Existe duda por cuanto no se ha analizado la naturaleza de las medidas de protección a menores de 14 años que son distintas a las medidas socioeducativas al adolescente 14-18 años.

<p>DEFENSORA PÚBLICA</p>	<p>No, porque desde el enfoque de los menores en conflicto con la ley penal, el Juez de Familia con especialidad penal es competente para poder otorgar estas medidas de protección cuando el niño o adolescente se encuentra en un presunto estado de abandono.</p>
<p>COROLARIO La mayor parte de los entrevistados (12) identifican que la duda en los operadores de justicia proviene de causas diversas: la falta de uniformidad jurisprudencial, las opiniones fiscales sobre el órgano competente para conocer el caso y las dudas sobre la edad de inimputabilidad de niños, niñas o adolescentes. Únicamente una entrevistada (Defensora Pública) considera que no existe duda porque considera que el Juez con especialidad penal tiene competencia para emitir medidas de protección a niños o adolescentes en conflicto con la ley penal; empero, se refiere a casos de abandono.</p>	

PREGUNTA 4 ¿Considera usted que se puede equiparar la aplicación de las medidas de protección antes señaladas y aquéllas medidas de protección para niños, niñas o adolescentes en abandono (artículo 243°)?, ¿por qué?	
OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL 1	El Código de NNA señala medidas de protección idénticas, salvo el tema de adopción, en ambos casos. Actualmente el art. 243 CNA ha sido modificado por el D. Leg. 1297, no obstante su derogatoria está pendiente a la vigencia del reglamento. En mi opinión debería haber una diferencia sustancial en las medidas de protección en ambos casos, pues se requiere un tratamiento especializado en cada instancia, sea la judicial o la administrativa.
FISCAL 2	No porque son dos situaciones distintas, en el primer caso se ha cometido una infracción a la ley penal y en el segundo el niño o adolescente está en alguna de las causales de abandono.
FISCAL 3	Ciertamente, detrás de cada niño que comete una infracción a la ley penal existe una situación de riesgo o desprotección familiar; sin embargo la medida de protección del niño en conflicto con la ley penal es en base a su participación en ese evento ilícito, debe estar premunido de todas las garantías constitucionales, en ese sentido, como sujeto de derecho (derecho a la defensa, a la no incriminación, a ser escuchado, etc.) ahora bien, distinto es que ante una situación que no revista gravedad pueda considerarse la posibilidad que sea atendido por la línea de acción de justicia restaurativa, aunque necesitaría quizás una modificatoria legislativa.
FISCAL 4	No, porque los niños involucrados en infracción penal no necesariamente están en desprotección familiar.
FISCAL 5	No, pues el origen de ambos procesos es distinto, en el caso tutelar, porque los padres incumplen sus deberes que emanan de la patria potestad, se busca proteger al menor de edad; mientras que las medidas de protección del art. 242 del CNA están dirigidas a NNA que hayan infringido la ley penal, es decir por un lado se dan m.p. por alguna causal atribuida a los padres y con el otro algún hecho que se atribuye (y demuestre) a un NNA
FISCAL 6	No, no se puede equiparar. Las medidas de protección para casos penales con los propiamente tutelares deben ser distintas. Si bien es cierto, en algunos casos pueden coincidir, pero se deben tener criterios distintos.
FISCAL 7	Sí, porque en ambos casos teniéndose en cuenta la edad del adolescente es beneficioso aplicar medidas como las que señala el artículo 243° del Código de Niños y Adolescentes.
FISCAL 8	Creo que no, el tratamiento debe ser paralelo pero diferenciado; ya que se trata por un lado de un menor que comete una infracción y por el otro, un menor que no cuenta con el soporte familiar
FISCAL 9	No, pues mientras en los primeros se interviene (fiscal-juez) porque un niño/a comete un acto ilícito, su conducta amerita intervención del fiscal quien luego de una investigación, considera acreditada la participación del niño/niña en el ilícito lo que amerita solicitar al Juez de Familia Penal dicte las medidas de protección; mientras que en el proceso de abandono se busca frente a una situación de riesgo donde sus padres o responsables no cumplen sus obligaciones de cuidado o son maltratados deben dictar medidas para la protección de una situación de riesgo, aquí el niño no realiza una conducta, sino otros someten al riesgo al niño/niña, a él se le debe proteger. Las medidas son de distinta naturaleza, la intervención del fiscal-juez es por motivos distintos, el niño/niña en el primer caso no es víctima, en el segundo sí lo es
FISCAL 10	No, porque al ser circunstancias distintas deben aplicarse procedimientos diferentes, toda vez que a un niño en abandono se le busca para proteger pero que no siga en dicha

	situación y a un niño presunto infractor se le debe dar una medida de protección que tenga como finalidad que no vuelva a cometer un acto contrario a la ley, con soporte familiar.
FISCAL 11	No siempre. Las medidas a) y b) del art. 243° parecen apropiadas, siempre que existan los servicios públicos de apoyo y orientación. Toda medida en favor de un n.a. debe diseñarse en atención a sus condiciones y necesidades particulares.
JUEZ 1	Son conceptos distintos, un menor que tiene protección familiar (no abandono) puede cometer un acto infractor. Asimismo, un menor en estado de abandono puede cometer un acto infractor o no cometerlo.
DEFENSORA PÚBLICA	Podría ser, a fin de unificar un único proceso de abandono para los casos de infractores y de niños o adolescentes en abandono.
<p>COROLARIO</p> <p>No existe uniformidad en las posiciones expresadas por los entrevistados. A pesar de la respuesta inicial (sí/no), lo cierto es que la mayoría (12 entrevistados) concuerdan en que a pesar de que el texto es similar, se aplican para situaciones distintas. Salvo la última entrevistada que, de la lectura de esta repuesta y la anterior, se aprecia que considera que el caso de infracción en menores de 14 años también se consideraría como abandono y por ello un proceso unificado podría decidir su destino.</p>	

Anexo 8

Entrevistados que laboran en otros distritos judiciales o fiscales

PREGUNTA 1	
¿Qué autoridad otorga las medidas de protección a niños menores de 14 años en conflicto con la ley penal, reconocidas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes?	
a) MIMP (Dirección de Investigación Tutelar)	
b) Juez de Familia de la subespecialidad penal	
c) Juez de Familia de la subespecialidad tutelar	
d) N.A. especificar	
OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL ANCASH	b
FISCAL AMAZONAS	c
FISCAL SAN MARTÍN	b
FISCAL LIMA ESTE	b
FISCAL LIMA ESTE (HUAROCHIRÍ)	c
FISCAL LIMA NORTE	b
ASIST. DE JUEZ	b
ASIST. DE JUEZ LIMA SUR	c
COROLARIO	
De manera similar de entrevistados, se observa que la mayoría de entrevistados (05) consideran que el juez de familia con competencia en materia penal es quien emite las medidas de protección. De otro lado, la minoría (03) consideran que el aquél con competencia en materia tutelar.	

PREGUNTA 2

¿Cuál es el proceso o procedimiento que se requiere para el otorgamiento de tales medidas de protección?

- a) Procedimiento administrativo
- b) Proceso único (similar a adolescentes mayores de 14 años)
- c) Proceso único (vía tutelar)
- d) N.A. especificar

OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL ANCASH	c
FISCAL AMAZONAS	c
FISCAL SAN MARTÍN	b
FISCAL LIMA ESTE	b
FISCAL LIMA ESTE (HUAROCHIRÍ)	c
FISCAL LIMA NORTE	b
ASIST. DE JUEZ	c
ASIST. DE JUEZ LIMA SUR	c

COROLARIO

La mayoría de entrevistados (05) considera que el proceso para aplicar estas medidas de protección es la vía tutelar del proceso único. Aquí se advierte una contradicción ya que 3 de los entrevistados (Fiscal Amazonas, Fiscal Lima Este y Asistente de Juez) que en la pregunta 1 consideraron que el juez competente para otorgar las medidas de protección es el de la sub especialidad penal, opina que la vía para esta aplicación es la tutelar. Si bien no hacen ninguna acotación a esta elección, considero que deben analizarse con las respuestas a la pregunta 3.

PREGUNTA 3	
¿Existe duda en los operadores de justicia respecto a la autoridad competente (según la especialidad) que deba otorgar estas medidas?, ¿por qué?	
OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL ANCASH	No, porque la ley es clara, el CNA le prescribe taxativamente que es el Juez de Familia quien dicta las medidas de protección
FISCAL AMAZONAS	Sí existe duda en el sentido que unos consideran que debe iniciarse un proceso de infracción a la ley penal y solo diferenciar al momento del dictado de medida de protección y otros que debe tramitarse en un procesotutelar, existe un vacío en la legislación.
FISCAL SAN MARTÍN	No existe duda, porque el CNA, establece que en casos de infracción a la ley penal por menores de 14 años, el juez de familia es quien dicta la medida de protección, previa investigación fiscal y a solicitud del fiscal de familia.
FISCAL LIMA ESTE	No existe duda por cuanto si bien se solicita medidas de protección a favor del menor de 14 años, dichas medidas son solicitadas luego de haberse probado la existencia de la comisión de una infracción a la ley penal.
FISCAL LIMA ESTE (HUAROCHIRÍ)	No porque siendo menor infractor corresponde, sea vía tutelar, en aras de preservar sus ds. Estando a la comisión de un hecho delictivo.
FISCAL LIMA NORTE	Más que duda, discrepancia, porque algunas sostienen que debe ser dictada en sede administrativa, otros por el juez de familia.
ASIST. DE JUEZ	No, porque la competencia está preestablecida por ley.
ASIST. DE JUEZ LIMA SUR	No, en la Corte de Lima Sur donde Laboro. Se tiene presente quien otorga las medidas de protección. Se encuentran delimitadas las funciones de los operadores de justicia.
<p>COROLARIO</p> <p>se observan opiniones muy diferentes entre sí y que no pueden ser agrupados, pues algunos consideran que la ley es clara pero no adicionan datos que permitan entender qué entienden ellos. En cuanto a los entrevistados a los que me referí en el párrafo anterior, se aprecia lo siguiente: el Fiscal Amazonas (Fiscal Provincial de Civil y Familia de Moyobamba) reconoce la existencia de dudas en la vía aplicable (penal o tutelar), lo que permite inferir que él opta por aplicar la vía tutelar (pregunta 2), Esta situación que se repetiría en los otros 2 casos (Fiscal Lima Este y Asistente de Juez) más aún si se tiene en cuenta que en los juzgados de familia del país (excepto Lima) tienen competencia penal, civil y tutelar a la vez. De tal forma que, esta respuesta devela que, si bien es el mismo juez quien verá el proceso, el Fiscal lo presenta como un caso tutelar y no de infracción.</p>	

PREGUNTA 4	
¿Considera usted que se puede equiparar la aplicación de las medidas de protección antes señaladas y aquéllas medidas de protección para niños, niñas o adolescentes en abandono (artículo 243°)?, ¿por qué?	
OPERADOR JURÍDICO	RESPUESTA
FISCAL ANCASH	No se trata de equiparamiento. Simplemente el Juez de Familia dictará la medida de protección correspondientes y aplicable al caso concreto, depende del acto cometido pero siempre será dado y el Juez atendiendo al interés superior del niño.
FISCAL AMAZONAS	Considero que no, las causales y los motivos a los que el niño o niña ha llegado a esa situación son distintas, uno es que ha cometido un acto que es considerado falta o delito y otro es propiamente la situación de abandono, por ello no se pueden equiparar.
FISCAL SAN MARTÍN	Mo se puede equiparar, porque la infracción a la ley penal es distinto a la investigación tutelar, por ende, las medidas de protección tendrán que ser diferentes, por la naturaleza de los hechos que motivaron la intervención fiscal o judicial; que por cierto, pueden coincidir algunas veces.
FISCAL LIMA ESTE	No puede equipararse porque los menores en abandono son susceptibles de medidas de protección al no tener familiares que asuman su rol.
FISCAL LIMA ESTE (HUAROCHIRÍ)	Ambos son distintos: m.p. al infractor y m.p. al menor en abandono toda vez que en el primero atenta el menor a la sociedad y en el 2do se halla en abandono por sus padres y requiere protección. El infractor requiere la protección de sus ds. Conculcados.
FISCAL LIMA NORTE	Son similares, pero el contenido es diferente, tomando en cuenta sobre todo su finalidad, objetivo.
ASIST. DE JUEZ	Las medidas de protección son una amplia gama de posibilidades aplicables a cada caso en particular. Empero en el caso del abandono necesariamente se institucionaliza al niño, niña o adolescente por carecer de soporte familiar en su 90%.
ASIST. DE JUEZ LIMA SUR	No, porque son circunstancias diferentes en las que se encontraría cada menor, por un lado un menor en conflicto con la ley penal y por otro un menor en estado de abandono.
COROLARIO	
La posición mayoritaria sostiene la existencia de diferencia entre las medidas de protección de los artículos 242 y 243 del CNA basado en la naturaleza los casos. Por un lado, la infracción y por el otro, el abandono.	

Anexo 9

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA N° 2

Nombre: Gabriela María Alejandra Aromí

Profesión: Abogada

País y ciudad/estado: Argentina - Corrientes

Función/cargo: Juez Correccional

Años de experiencia laboral: 28 años de egresada de la Universidad

1. En su país, ¿a partir de qué edad se excluye a niños/adolescentes de toda responsabilidad penal? ¿Esa edad está normada expresamente?

La edad de imputabilidad está determinada Enel Código Penal. Actualmente 16 años.

2. Si un adolescente o niño (a) con edad inferior a la señalada en la respuesta anterior, realiza un acto que infringe la ley penal, ¿se adopta alguna medida?, ¿de qué tipo?, ¿qué autoridad es competente para ordenar su aplicación?, ¿requiere que se acredite su participación en los hechos imputados?

El niño puede quedar sujeto a medidas ordenadas por el juez de menores. Las medidas son variadas, según la realidad del niño. En general las leyes procesales no requieren se acredítela participación del niño, pero algunos operadores lo requieren por considerar que es la respuesta que más se ajusta a la CDN.

3. En relación a la respuesta anterior, ¿aquéllas medidas son similares o distintas a las aplicables a niños (as) o adolescentes en presunto estado de riesgo o abandono?, ¿qué autoridad las otorga?, ¿cuál es la diferencia?

Las medidas son similares, las dispone el juez de menores y son controladas por el organismo administrativo encargado de velar por el interés superior del niño. En la

Provincia de Corrientes es el COPNA Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

4. ¿Existe discrepancia entre los operadores de justicia de su país/estado, respecto al proceso para otorgar medidas de protección a los adolescentes/niños(as) en presunto estado de abandono y aquéllos con edad inferior a la establecida como mínima de responsabilidad penal?, ¿por qué?

Argentina es un país con diversas realidades. Por la estructura federal de nuestro Estado, las provincias se reservaron la potestad de dictar las normas de forma y de organizar la justicia en sus territorios. Actualmente coexisten diferentes sistemas de justicia penal, algunos de los cuales se ajustan más que otros a la CDN. En el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación, se formuló una propuesta que implicaría una reforma profunda en la organización penal juvenil, se trata de un nuevo sistema penal juvenil que demandará reformas en los sistemas procesales de las provincias.

Anexo 10

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA N° 2

Nombre: SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesión: PROFESOR UNIVERSIDAD, ABOGADO PENALISTA

País y ciudad/estado: ESPAÑA, ALCALÁ DE HENARES (MADRID)

Función/cargo: PROFESOR CONTRATADO DOCTOR, COORDINADOR ACADÉMICO

Años de experiencia laboral: 7

1. En su país, ¿a partir de qué edad se excluye a niños/adolescentes de toda responsabilidad penal? ¿Esa edad está normada expresamente?

En España los menores de edades comprendidas por debajo de los 14 años están completamente exentos de responsabilidad penal, considerándoseles inimputables iuris et de iure. Así se expone en el art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORRPM). Para estos menores inimputables por razón de la edad en caso de que cometan un hecho delictivo existen normas de protección de carácter civil, tanto a nivel estatal con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996) como autonómico.

2. Si un adolescente o niño (a) con edad inferior a la señalada en la respuesta anterior, realiza un acto que infringe la ley penal, ¿se adopta alguna medida?, ¿de qué tipo?, ¿qué autoridad es competente para ordenar su aplicación?, ¿requiere que se acredite su participación en los hechos imputados?

Cuando un menor inimputable por razón de la edad comete un hecho delictivo puede aplicarse lo dispuesto en la normativa civil de protección, tras un proceso regulado en

la Ley de Enjuiciamiento Civil donde se tendrá que determinar si el menor ha participado en unos hechos supuestamente delictivos o ha mantenido un comportamiento antisocial. Conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, la protección del menor infractor inimputable por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

Habitualmente, esta clase de medidas se realizará en centros de protección de menores, de carácter público o privado, pertenecientes a las CCAA, en el que el Estado ejercerá la tutela del menor en colaboración con sus familiares o representantes conforme al denominado principio de colaboración que informa todas las medidas de la LO 1/1996: “En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral”. Actualmente, existen en nuestra legislación protectora de menores una serie de medidas judiciales de carácter civil y asistencial que encajan mejor con la definición antes expuesta. Se trata de las denominadas “actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores” y que podrán aplicarse a los menores de catorce años que se encuentren en situación de riesgo y también a aquéllos menores inimputables por razón de la edad que no entran dentro del marco legal de la LORRPM, pero que hayan perpetrado un delito.

Aunque habrá que estar a las leyes de protección de menores de cada CCAA para verificar qué medidas concretas pueden imponerse a los menores de catorce años delincuentes la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia (LO 8/2015), ofrece algunas pautas generales y un catálogo genérico de medidas a tener en cuenta:

1. Medidas de protección.

Conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, la protección del menor infractor inimputable por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

Habitualmente, esta clase de medidas se realizará en centros de protección de menores, de carácter público o privado, pertenecientes a las CCAA, en el que el Estado ejercerá la tutela del menor en colaboración con sus familiares o representantes conforme al denominado principio de colaboración que informa todas las medidas de la LO 1/1996: “En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral”.

2. Medidas de atención inmediata

Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.

Se trata de un conjunto de medidas heterogéneas de asistencia al menor ante situaciones de riesgo. Su rasgo diferenciador es la celeridad de la actuación, ante una determinada denuncia. En ellas se despliega el ámbito multidisciplinar de los servicios públicos en diferentes ámbitos, dependiendo de cuál sea el problema concreto por tratar: sanitario, terapéutico, asistencial, etc.

3. Medidas en situaciones de riesgo.

En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

3. Medidas en situación de desamparo.

Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Se trata de medidas de carácter civil en aquellos supuestos en los que el menor de edad se encuentra en situación de extrema pobreza, mendicidad, orfandad, etc. En principio, son aplicables a todos los menores de edad que se encuentren en tal situación, pero no necesariamente a aquellos que han cometido hechos delictivos.

4. Guarda de menores.

Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la entidad pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el

artículo 172 del Código Civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

Se trata de ejercicio del *parens patriae* por parte de la entidad pública, ante la falta de supervisión del menor de edad en su ámbito familiar. Nuevamente, la imposición de estas medidas no necesariamente se aplica en los supuestos de delincuencia juvenil.

5. Acogimiento familiar.

El acogimiento familiar, de acuerdo con su finalidad y con independencia del procedimiento en que se acuerde, revestirá las modalidades establecidas en el Código Civil. Se trata de una medida de remisión a la tutela familiar. Cabe imponerla cuando se trate de menores delincuentes inimputables por razón de la edad y que necesiten supervisión de los familiares. Los representantes y tutores del menor, designados por el Juez, deberán garantizar el control del menor, así como el cumplimiento de todos sus derechos. Es, en suma, una modalidad de tratamiento en el área de socialización primaria del menor: la familia.

6. Medidas de internamiento civil: servicios especializados residenciales.

Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.

Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores, deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública.

La entidad pública regulará de manera diferenciada el régimen de funcionamiento de los servicios especializados y los inscribirá en el registro correspondiente a las entidades y servicios de acuerdo con sus disposiciones, prestando especial atención

a la seguridad, sanidad, número y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno, y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la entidad pública competente en materia de protección de menores deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores.

Se trata de verdaderos internamientos de carácter civil y pueden ser aplicados a los menores delincuentes inimputables por razón de la edad (menores de catorce años), con carácter de *ultima ratio* y excepcionalidad (casos más graves), en los que sea necesario un mayor control de la peligrosidad del menor.

3. En relación a la respuesta anterior, ¿aquellas medidas son similares o distintas a las aplicables a niños (as) o adolescentes en presunto estado de riesgo o abandono?, ¿qué autoridad las otorga?, ¿cuál es la diferencia?

Ciertamente, las medidas de protección para menores infractores inimputables por razón de la edad participan de la misma naturaleza jurídica que las medidas aplicables a los menores en estado de riesgo y abandono. No obstante, la última reforma operada en 2015 en la norma estatal de protección parece especializar el internamiento civil que se impone por un comportamiento antisocial del menor.

Así, se regulan los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta. Estos centros están destinados al acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas especiales de conducta.

Estos centros tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, previéndose como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales.

Por ello, es necesaria una normativa en la que se determinen los límites de la intervención, regulándose, entre otras cuestiones, las medidas de seguridad como la contención, el aislamiento o los registros personales y materiales, la administración de medicamentos, el régimen de visitas, los permisos de salida o sus comunicaciones.

El ingreso en estos centros requiere autorización judicial, que puede ser solicitada por la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor, o por el Ministerio Fiscal.

Las medidas de seguridad aplicadas han de ser el último recurso, y tendrán siempre carácter educativo.

Respecto a la autoridad que puede imponerlas, la reforma de 2015 ha introducido nuevos procedimientos judiciales (arts. 778 bis y 778 ter LEC). Se regulan dos nuevos procedimientos ágiles y sumarios en la LEC:

- Procedimiento para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta. Se exige que se realice previa autorización del Juez de Primera Instancia.
- Procedimiento para conocer de las solicitudes para entrar en un domicilio en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de menores. Se atribuye la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Primera Instancia, eliminando esta competencia de los Juzgados de lo Contencioso-

administrativo. Se prevé la posibilidad de acordar la entrada de forma inmediata sin oír al titular u ocupante del domicilio.

4. ¿Existe discrepancia entre los operadores de justicia de su país/estado, respecto al proceso para otorgar medidas de protección a los adolescentes/niños(as) en presunto estado de abandono y aquéllos con edad inferior a la establecida como mínima de responsabilidad penal?, ¿por qué?

La única polémica sobre esta cuestión hasta donde alcanzo a conocer es la propuesta realizada por algunas fiscalías de menores, algunos operadores jurídicos y un sector de la política en 2012 para reformar la LORRPM y bajar la edad de responsabilidad penal a los 12 años. De este modo, un importante sector de menores infractores actualmente inimputables pasarían a estar regulados en el proceso penal especial de menores de la LORRPM. Afortunadamente tal reforma no ha sido incorporada a nuestra legislación vigente y ha contado con un importante rechazo por parte de la doctrina.

Anexo 11

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA N° 2

Nombre:ELIAS MARTINEZ PEREZ.....

Profesión:ABOGADO.....

País y ciudad/estado:OAXACA, MEXICO.....

Función/cargo: ...PRESIDENTE DE LA DEFENSORIA SOCIAL MEXICANA.....

Años de experiencia laboral:30 AÑOS.....

- 1. En su país, ¿a partir de qué edad se excluye a niños/adolescentes de toda responsabilidad penal? ¿esa edad está normada expresamente?**

12 Años. Lo regula La Ley del Sistema Nacional de Justicia para Adolescentes.

- 2. Si un adolescente o niño (a) con edad inferior a la señalada en la respuesta anterior, realiza un acto que infringe la ley penal, ¿se adopta alguna medida?, ¿de qué tipo?, ¿qué autoridad es competente para ordenar su aplicación?, ¿requiere que se acredite su participación en los hechos imputados?**

Si, se le somete a terapias psicológicas a él y a sus padres y se elabora un proyecto de seguimiento sobre su conducta. La autoridad es Unidad de Medidas cautelares UMECA, dependiente de la Dirección de Seguridad Pública del Estado. No requiere que se acredite su participación porque por ley, no se le juzga, ni se le puede seguir un procedimiento.

- 3. En relación a la respuesta anterior, ¿aquellas medidas son similares o distintas a las aplicables a niños (as) o adolescentes en presunto estado de riesgo o abandono?, ¿qué autoridad las otorga?, ¿cuál es la diferencia?**

Sí son similares, y las aplica una dependencia que se llama dif (desarrollo integral de la familia). la diferencia solo es la dependencia, ambas son del estado

- 4. ¿Existe discrepancia entre los operadores de justicia de su país/estado, respecto al proceso para otorgar medidas de protección a los adolescentes/n niños(as) en presunto estado de abandono y aquéllos con edad inferior a la establecida como mínima de responsabilidad penal?, ¿por qué?**

No existe discrepancia. porque la propia ley marca las medidas cautelares a aplicar.

Anexo 12
VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Taccsi Guevara, Oswaldo Elías
- 1.2. Cargo e institución donde labora: Fiscal Provincial de Familia titular de Lima
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Cuestionario de Entrevista
- 1.4. Autor(a) del Instrumento: Cary Evelyn Rocca Guzmán

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MÍNIMA-MENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Está adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													X
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las variables de la Hipótesis.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas objetivos, hipótesis, variables e indicadores.												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr probar las hipótesis.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al método científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

Sí
No

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN

95.5


Firma del(a) experto(a) informante

DNI N° 22303714 Telf.: 962348739

Lima, _15_ de __ENERO del 2018