



FACULTAD DE DERECHO

SECCIÓN DE POSGRADO

**EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1297 Y SU APLICACIÓN
A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MENORES
DE CATORCE AÑOS DE EDAD QUE INFRINGEN LA
LEY PENAL**

**PRESENTADA POR
TELMO MICHEL MORALES CRUZADO**

**ASESOR
PEDRO ANDRES FRANCISCO MEJÍA SALAS**

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

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

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



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**“EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1297 Y SU APLICACIÓN A LOS
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MENORES DE CATORCE
AÑOS DE EDAD QUE INFRINGEN LA LEY PENAL”**

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

**PRESENTADO POR:
TELMO MICHEL MORALES CRUZADO**

**ASESOR:
DR. PEDRO ANDRES FRANCISCO MEJÍA SALAS**

LIMA, PERÚ

2020

DEDICATORIA

*Dedico esta investigación a mis padres, Telmo y Consuelo,
por su apoyo constante y motivación para alcanzar mis objetivos*

*A mis hijos, Noel y Camila,
por su fuerza y fe que cada día me demuestran y acompañan*

*A los niños, niñas y adolescentes,
que conocimos y protegimos durante once años en la función fiscal.*

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por la oportunidad de servir a la sociedad

A mis padres, por su apoyo y consejos durante mi formación profesional

A mis hijos, por ser la inspiración en cada uno de mis objetivos

A la Facultad de Derecho, por sus docentes y sus enseñanzas

A mi asesor, Dr. Pedro Mejía Salas, por sus sabias orientaciones durante el desarrollo de la temática y estructura de la investigación

A mi amigo y colega, Pavel Flores, por sus consejos en la investigación

A los Jueces y Fiscales de Lima Norte, que me brindaron su experiencia y conocimientos durante el desarrollo de la tesis

INDICE

RESUMEN _____	9
ABSTRACT _____	10
INTRODUCCIÓN _____	11
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA _____	16
1.1. Descripción de la realidad problemática _____	16
1.2. Formulación del problema _____	20
1.2.1. Problema general _____	20
1.2.2. Problemas específicos _____	20
1.3. Objetivos de la investigación _____	21
1.3.1. Objetivo general _____	21
1.3.2. Objetivos específicos _____	21
1.4. Justificación de la investigación _____	21
1.4.1. Importancia de la investigación _____	21
1.4.2. Viabilidad de la investigación _____	22
1.5. Limitaciones del estudio _____	23
CAPÍTULO II: MARCO TEORICO _____	24
2.1. Antecedentes de la investigación _____	24
2.2. Bases teóricas _____	32
2.2.1. Tratamiento jurídico de la niñez en el derecho romano _____	32
2.2.2. Los principios rectores de la niñez y adolescencia _____	34
2.2.3. La doctrina de la situación irregular _____	42
2.2.4. La doctrina de protección integral _____	46
2.3. Definición de términos básicos _____	50

CAPÍTULO III: MODELOS DE RESPUESTA SOCIAL FRENTE AL INFRACTOR _____	54
3.1. Desde el enfoque criminológico _____	55
3.1.1. El modelo disuasorio clásico _____	55
3.1.2. El modelo resocializador _____	57
3.1.3. El modelo integrador: conciliación – reparación _____	59
3.2. Desde el enfoque especializado de justicia juvenil _____	61
3.2.1. El modelo tutelar _____	61
3.2.2. El modelo educativo _____	63
3.2.3. El modelo de responsabilidad _____	67
3.2.4. El modelo integrador _____	69
 CAPÍTULO IV: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL _____	 71
4.1. La Convención sobre los Derechos del Niño _____	72
4.2. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) _____	76
4.3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) _____	78
4.4. Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas _____	80
 CAPÍTULO V: SISTEMA DE JUSTICIA APLICADO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MENORES DE CATORCE AÑOS DE EDAD QUE INFRINGEN LA LEY PENAL EN EL PERU _____	 85
5.1. Sistemas de justicia juvenil _____	85

5.1.1. Modelo Penal _____	85
5.1.2. El modelo tutelar _____	86
5.1.3. El modelo restaurativo _____	87
5.1.4. El modelo de justicia especializada _____	88
5.2. Evolución histórica _____	90
5.2.1. Inicios del tratamiento jurídico en el Perú _____	90
5.2.2. El Código de Menores de 1962 _____	93
5.2.3. El Código de los Niños y Adolescentes _____	94
5.3. Sistema de justicia juvenil vigente _____	102
5.4. El Decreto Legislativo N° 1297 y el proceso de investigación tutelar__	108
5.4.1. Antecedentes Normativos _____	108
5.4.2. La situación vigente en el decreto legislativo N° 1297 _____	118
CAPÍTULO VI: SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL APLICADO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL EN EL DERECHO COMPARADO _____	
6.1. Costa Rica _____	134
6.2. Brasil _____	135
6.3. Colombia _____	137
6.4. Chile _____	141
6.5. Ecuador _____	143
6.6. Argentina _____	146
6.7. España _____	148
6.8. Estados Unidos _____	150
CAPÍTULO VII: METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN _____	
7.1. Diseño metodológico _____	154

7.2. Delimitación de la investigación _____	154
7.3. Diseño muestral _____	154
7.4. Técnicas de recolección de datos _____	155
7.5. Aspectos éticos _____	155
CAPÍTULO VIII: RESULTADOS _____	156
8.1. En relación al proceso aplicable a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal _____	156
8.1.1. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional _____	156
8.1.2. Pronunciamientos de las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República _____	158
8.2. En relación a la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297, a favor de niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad en conflicto con la ley penal _____	186
8.2.1. Pronunciamientos de la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte _____	186
8.2.2. Pronunciamientos de la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte _____	196
8.3. En relación a la aplicación de las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal _____	205
8.3.1. Pronunciamientos del Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte _____	206
8.3.2. Pronunciamientos del Séptimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte _____	226

8.4. Encuesta a Jueces y Fiscales _____	243
CAPÍTULO IX: DISCUSIÓN _____	247
9.1. En relación al proceso aplicable a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal _____	247
9.2. En relación a la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297, a favor de niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad en conflicto con la ley penal _____	259
9.3. En relación a la aplicación de las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal _____	266
9.4. Sobre la necesidad de una modificación normativa _____	270
CONCLUSIONES _____	273
RECOMENDACIONES _____	275
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	278
ANEXOS _____	289

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Encuesta sobre Aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal _____	243
Tabla 2: Encuesta sobre la aplicación de los procesos del Decreto Legislativo 1297 a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal _____	244
Tabla 3: Encuesta sobre la Aplicación de las Medidas de Protección del Decreto Legislativo N° 1297 a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal _____	245

RESUMEN

El propósito de la investigación es determinar si los instrumentos internacionales de protección permiten la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, así como también conocer si los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables y permiten dictar medidas de protección a favor de estos menores de edad, ello ha encontrado diversas interpretaciones a favor y en contra que ha generado un vacío legal donde continuamos iniciando procesos judiciales bajo actos procesales que son típicos del proceso por infracción a la ley penal, situación que contraviene el principio convencional de protección integral contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El método de investigación es de tipo básico y cualitativo, nivel descriptivo y diseño no experimental, que está orientado a describir la realidad tal como es, ello nos permite concluir la necesidad de una modificación normativa que permita brindar un tratamiento jurídico idóneo, razonable y proporcional a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal.

PALABRAS CLAVE:

Principio de protección integral - decreto legislativo N° 1297 - medidas de protección – niños y adolescentes - infracción penal.

ABSTRACT

The purpose of the investigation is to determine whether international protection instruments allow for the application of Legislative Decree No. 1297 to children and adolescents under 14 years of age who violate criminal law, as well as to ascertain whether the processes of Legislative Decree No. 1297 are applicable and allow for the issuance of protection measures in favour of these minors. This has led to various interpretations in favour and against, creating a legal vacuum in which we continue to initiate legal proceedings under procedural acts that are typical of proceedings for violations of criminal law, a situation that contravenes the conventional principle of integral protection contained in the Convention on the Rights of the Child.

The research method is of a basic and qualitative type, descriptive level and non-experimental design, which is oriented to describe the reality as it is, this allows us to conclude the need of a normative modification that allows to offer a suitable, reasonable and proportional legal treatment to children and adolescents under fourteen years of age that infringe the criminal law.

KEYWORDS:

Principle of integral protection - legislative decree N° 1297 - protection measures - children and adolescents - criminal offence.

INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño estableció un marco jurídico transnacional que permitió a los diversos estados rediseñar sus normas internas de justicia juvenil, así como los derechos de la infancia y adolescencia, con base a un grupo de principios rectores que privilegian su protección integral, su interés superior y el desarrollo de la niñez en condiciones dignas.

La justicia juvenil de menores se distinguió de la justicia penal ordinaria aplicada a los adultos, y dentro de esta nueva concepción se estableció una edad mínima de responsabilidad penal para aquellos niños, niñas y adolescentes que infringen las leyes penales. No obstante, para aquellos niños, niñas y adolescentes, que se encontraban debajo de esta edad mínima de responsabilidad penal, se estableció la presunción legal de inimputabilidad, puesto que es admitido que no se encuentran en una etapa de desarrollo que les permita realizar un juicio de valoración sobre la legalidad o ilegalidad de sus actos; por ello, la Convención recomienda la aplicación de medidas de protección que les permita garantizar su adecuado desarrollo y atención a efectos que no incidan en conductas infractoras.

En muchos países se fueron desarrollando Códigos de la Niñez y leyes especiales que permiten distinguir con claridad este tipo de subsistemas, uno aplicado específicamente para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la

ley penal que se encuentran por encima de la edad mínima de responsabilidad penal, y otro dirigido a niños, niñas y adolescentes infractores que se encuentran debajo de dicha edad mínima.

En nuestro país, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, fijó que la edad mínima de responsabilidad penal para el niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal será de catorce años de edad, y se le aplicarán medidas socio educativas en el marco del proceso por infracción a la ley penal. Asimismo, nuestro Código estableció que, al niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal, menor de catorce años de edad, sólo se le aplicarán medidas de protección, pero no fijó un mecanismo procesal (judicial o extrajudicial) para dicho fin, sólo delegó la función al Juez de Familia de la especialidad.

A partir de entonces se han promovido procesos a favor de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, que se encuentran por encima y debajo de la edad mínima de responsabilidad penal, con actos procesales que en su tramitación judicial vienen a ser el típico proceso por infracción a la ley penal; es decir, no se ha producido ninguna distinción sobre ellos y se vulneran sus derechos a la presunción de inimputabilidad, separación judicial y atención especializada, que forman parte del principio convencional de protección integral amparado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Jurisprudencialmente encontramos que los Jueces comenzaron a realizar la distinción de estos sub sistemas emitiendo resoluciones que promovían

procesos “por infracción a la ley penal” para aquellos niños, niñas y adolescentes que se encontraban por encima de la edad mínima de responsabilidad penal, y resoluciones que promovían procesos “tutelares” por infracción a la ley penal, para aquellos niños, niñas y adolescentes que se encontraban por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal. Sin embargo, en ambos casos vemos que el trámite procesal es el “mismo”; es decir, se inicia con una denuncia fiscal, luego la resolución que promueve acción penal o tutelar, la celebración de audiencia de esclarecimiento y dentro de ésta la declaración de los menores involucrados, los testigos, la formulación de alegatos, la autodefensa del investigado, el dictamen fiscal y la sentencia que contiene la medida socio educativa o medida de protección, que implica la declaratoria de responsabilidad y el pago de una reparación o indemnización según sea el caso.

En el 2018, se celebró un Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia donde se concluyó que debajo de los catorce años de edad, debería presumirse que los niños, niñas o adolescentes infractores menores de catorce años de edad, son inimputables, no deberían ser sometidos a procesos por infracción a la ley penal, y que las medidas de protección que ellos requieran deberán ser aplicadas a través de un proceso “tutelar”, siendo de aplicación la ley de Desprotección Parental del Decreto Legislativo N° 1297.

Este Decreto Legislativo N° 1297 fue diseñado para la protección de niños, niñas y adolescentes, que antiguamente el Código de los Niños y Adolescentes consideraba como “en estado de abandono”, y que ahora la ley considera en:

“situación de riesgo de desprotección familiar” o “situación de desprotección familiar”, siendo en ambos casos la Unidad de Protección Especial (en adelante UPE) quien asume la competencia exclusiva y dirección funcional de estos casos en vía administrativa, y únicamente recurre a la vía judicial para solicitar la ratificación judicial de las medidas de protección que otorgan dentro de dichos procedimientos, sujetos a evaluación previa, planeamiento y seguimiento de un equipo multidisciplinario especializado a cargo de la UPE.

En tal sentido, surge nuestro problema principal: ¿Los instrumentos internacionales de protección permite la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?; asimismo, surgen nuestros problemas específicos: 1) ¿Los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?, 2) ¿El Decreto Legislativo N° 1297 permite la aplicación de medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?.

Nuestro objetivo es determinar si el principio convencional de protección integral permite la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 en los casos de niños, niñas y adolescentes, menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, asimismo tenemos como objetivos específicos determinar si los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, y, finalmente, determinar si el Decreto Legislativo N° 1297 permite la aplicación

de medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

La investigación resulta importante porque permitirá solucionar el vacío normativo existente y se formulará una modificación legislativa que garantice un adecuado tratamiento a los niños, niñas y adolescentes infractores menores de catorce años de edad, tomando como base el principio de protección integral contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

Nuestro sistema jurídico considera niño, niña o adolescente infractor a la ley penal a todo aquel menor de edad que ha cometido un delito o falta. La Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante La Convención–, reconoce como obligación de los Estados que aquellos niños que infrinjan la ley penal o sean acusados de ello, sean tratados de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad, se respeten sus derechos fundamentales y se tenga en cuenta su edad al momento de promover su reintegración en la sociedad.

La Convención también exige que los Estados fijen una edad mínima de capacidad para infringir las leyes penales, es decir, que por debajo de ese mínimo legal no podrán ser considerados como infractores. Asimismo, en correlación a ello, la Convención también exige que se adopten medidas para tratar los casos de este grupo de niños, sin que se deba recurrir a un procedimiento judicial, de tal forma que se garantice y efectivice plenamente sus derechos fundamentales.

Asimismo, se contempla como medidas aplicables para los niños que infrinjan la ley penal: el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras

posibilidades alternativas a la internación en instituciones, puesto que resulta esencial que los niños sean tratados de manera apropiada para lograr su bienestar.

En el Perú, el sistema de justicia juvenil fija un parámetro de edad “penal” para los adolescentes mayores de catorce (14) años, cuya finalidad es la aplicación de una medida socio-educativa, pero en el caso de que un niño, niña o adolescente sea menor de catorce (14) años, no está comprendido en esta “edad penal” y se aplicará medidas de protección, las que pueden ser: a) el cuidado en el propio hogar; b) la participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social; c) la incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Esta dualidad tiene su referencia inmediata en lo contemplado y anotado anteriormente en la Convención; sin embargo, cabe preguntarse ¿Cuál es el procedimiento para que los niños, niñas y adolescentes menores de catorce (14) años de edad en conflicto con la ley penal reciban una medida de protección?

El Código de los Niños y Adolescentes le confiere al Fiscal de Familia o Mixto la atribución de promover los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes, con la finalidad de investigar su participación y solicitar la medida socio-educativa necesaria para su

rehabilitación. No obstante, en los casos de niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen ley penal, no se ha delimitado el proceso a seguir para que se imponga una medida de protección; de tal manera que existe un vacío normativo que hasta la actualidad no ha sido resuelto de forma clara y definitiva.

En la Corte Superior de Justicia de Lima Norte los órganos jurisdiccionales han resuelto este vacío normativo mediante la creación de un proceso de naturaleza “tutelar”, sin embargo, este proceso en esencia se trata del mismo proceso aplicado al adolescente infractor a la ley penal mayor de catorce años de edad, lo cual consideramos que contradice el principio convencional de protección integral de los niños, niñas y adolescentes que carecen de capacidad legal para infringir la ley penal.

El Tribunal Constitucional en su oportunidad señaló que para la imposición de una medida de protección se debe acreditar de forma indubitable la responsabilidad del menor de catorce años de edad. Por otro lado, si hablamos a nivel de la Corte Suprema podemos encontrar diversos pronunciamientos realizados sobre el tema de estudio, la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en una oportunidad indicó que compete a los Juzgado de Familia Sub Especialidad de Infracciones aplicar las medidas de protección, pero no indica qué proceso debe ser el seguido para dicho fin, por otro lado, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, señaló que los niños por su falta de madurez mental no tienen la capacidad cognoscitiva para tomar

conciencia de sus acciones, por lo que no se le puede atribuir culpabilidad, pero sí sometido a medidas de protección , pero tampoco indica el proceso para ello.

Al respecto, los magistrados de la Corte Suprema y jueces superiores de las 34 Cortes Superiores de Justicia del país, y la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) realizaron un Pleno Jurisdiccional Nacional donde se acordó por mayoría lo siguiente:

Debajo 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 (Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, 2018, primera conclusión plenaria).

Nos obstante, el decreto legislativo N° 1297, fue elaborado específicamente para niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales o en riesgo de perderlos, ante el incumplimiento o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de sus progenitores o responsables de ellos, siendo por ello interesante que se haya sugerido su aplicación en dicho Pleno Jurisdiccional.

En tal sentido, consideramos novedoso el tema de la presente investigación, puesto que permitirá conocer si el Decreto Legislativo N° 1297 es aplicable a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, y de ser el caso proponer una solución que permita resolver el vacío legal que aún genera debate en la comunidad jurídica, en relación el tratamiento procesal que deben recibir los menores de edad en conflicto con la ley penal.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Los instrumentos internacionales de protección permiten la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?

1.2.2. Problemas específicos

a) Problema Específico N° 1

¿Los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?

b) Problema Específico N° 2

¿El Decreto Legislativo N° 1297 permite la aplicación de medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Determinar si los instrumentos internacionales de protección permiten la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 en los casos de niños, niñas y adolescentes, menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

1.3.2. Objetivos específicos

a) Objetivo Específico 1

Determinar si los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

b) Objetivo Específico 2

Determinar si el Decreto Legislativo N° 1297 permite la aplicación de medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Importancia de la investigación

La investigación resulta importante porque permitirá solucionar el vacío normativo existente en relación al proceso que debe aplicarse en los casos de niños, niñas y adolescentes menores de

catorce años de edad, que infringen la ley penal, puesto que en la actualidad se vienen afectando sus derechos fundamentales y garantías procesales al estar siendo sometidos a un proceso judicial que en esencia es el mismo aplicado a los adolescentes infractores a la ley penal mayores de catorce años de edad.

Por último, será de trascendencia puesto porque permitirá a los Jueces Especializados de Familia realizar un trabajo acorde con los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, y ejecutar adecuadamente un seguimiento de las medidas de protección otorgadas a favor de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

1.4.2. Viabilidad de la investigación

La investigación resulta viable por cuanto en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte existen dos órganos jurisdiccionales de familia que conocen de los procesos iniciados a niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, se cuenta con el material académico y recursos humanos para realizar una exploración de la información, asimismo existe recursos logísticos para aplicar la metodología de investigación, mediante el uso de los instrumentos y técnicas de recolección de datos, que resultan necesarios para el desarrollo de la tesis.

1.5. Limitaciones del estudio

No se evidencian limitaciones tangibles que impidan la recolección de la información, de tal forma que toda la información obtenida permitirá proponer conclusiones y recomendaciones que permitan solucionar el problema formulado, y de esta forma contribuir con conocimiento jurídico especializado en el ámbito del derecho de los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la investigación

La investigadora Cruz y Cruz, en su tesis “Los menores de edad Infractores de la Ley Penal”; para optar el grado académico de Doctor en Derecho, en la Universidad Complutense de Madrid, realiza un estudio dogmático sobre la situación de los menores infractores a la ley penal, en el marco de la legislación española y mexicana, refiriéndose al tratamiento brindado a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Al respecto, la autora indicó que:

El nuevo régimen de menores infractores, se sostiene en dos pilares fundamentales: por un lado, la afirmación de que los menores, por sus características particulares de desarrollo, no pueden de manera alguna ser tratados como adultos; y por el otro, el reconocimiento de que si bien están sujetos a un régimen distinto, siendo seres humanos gozan de los derechos y garantías que se otorgan a todos, de tal suerte, que por su condición de menores, no han de ser denostados en su carácter de sujetos jurídicos, beneficiarios de múltiples derechos (Cruz y Cruz, 2009, p. 500).

En esa perspectiva de la situación jurídica de los menores infractores, la autora concluye:

La tendencia a seguir por los legisladores de los diversos países debe ser, a grandes rasgos, el modelo garantista, cuyo punto de partida lo constituye el instrumento internacional conocido como Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En este sentido, el interés superior del niño es la pauta a seguir en el Derecho de Menores Infractores (Cruz y Cruz, 2009, p. 504).

La investigadora Rengifo Quispe, en su tesis: “Tratamiento de los menores de catorce años de edad que cometen infracciones contra la ley penal en la zona judicial de Huánuco, 2015”, para obtener el título profesional de abogada, en la Universidad Nacional de Huánuco, formuló como problema central si: “¿Es adecuada la aplicación de las normas del Código de los Niños y Adolescentes por parte de los Magistrados de Familia en el tratamiento de los menores de catorce años de edad que cometen infracciones contra la Ley penal?” (Rengifo, 2015, p. 12).

En ese sentido, luego de aplicar un diseño no experimental explicativo, y aplicar los instrumentos de investigación (encuesta y entrevista), la autora concluyó que los magistrados de Familia de Huánuco realizan una inadecuada aplicación de las normas del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a los menores de catorce años de edad; y por ello, recomendó principalmente que, las leyes vigentes tanto a nivel internacional como nacional; deben ser aplicados por los Magistrados de Familia de los juzgados de Huánuco y del Perú, al momento de resolver cada caso que se presenta al Juzgado competente. Asimismo, la autora

indica que los menores de catorce años de edad deben realizar actividades pedagógicas por parte de un Equipo Multidisciplinario a fin de garantizar la formación del niño y adolescente mediante la formación física y psicológica, y con ello se fomente los valores más adecuados y lo que le conviene.

Por otro lado, la investigadora Payé Salazar en su tesis “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 Niño, en el Perú”, para optar el título profesional de abogada, en la Universidad Nacional de San Agustín, formuló como problema:

Cuál es el tratamiento legal y/o mecanismo procesal que debe adoptarse para determinar la aplicación de las medidas de protección que correspondan al niño, niña o adolescente menor de catorce años que se encuentra en conflicto con la ley penal, puesto que esto ha ocasionado entre nuestros legisladores y magistrados pronunciamientos disímiles y hasta contradictorios, en perjuicio de los derechos reconocidos a aquellos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Payé Salazar, 2015, p. 15).

Al respecto, la autora sugiere una modificación legislativa donde se implemente el siguiente procedimiento:

Admitida la solicitud de medida de protección, el Juez de Familia aperturará investigación tutelar a favor del niño, niña o adolescente, menor de catorce años, en conflicto con la ley penal y fijara una fecha inaplazable para la realización de una audiencia única; en la cual escuche al niño, niña o adolescente menor de catorce de años directamente o por medio de su representante en compañía de su abogado, interroque a los padres o responsables, actúe los medios probatorios que sustenten la pretensión del Ministerio Público que considere pertinentes y disponga la participación del equipo multidisciplinario, a fin de que éste elabore los informes psicológicos y sociales que fueren necesarios para determinar la pertinencia de la aplicación de una medida de protección, los cuales deben ser evacuados en el término de cinco días; bajo responsabilidad. Remitidos los informes del equipo multidisciplinario el Juez en igual término expedirá sentencia, pronunciándose sobre la medida de protección (Payé Salazar, 2015, p. 226).

También mencionaremos el trabajo del investigador Santiago Granado Pachón, en su tesis: “El menor infractor: evolución jurídica y mitos del tratamiento jurídico penal – actual”, para optar el grado académico de doctor en la Universidad de Huelva, donde realiza un estudio dogmático sobre el tratamiento brindado a los menores infractores en la legislación española y en el que describe la problemática de los menores de 14 años de edad, al respecto el autor indica que:

La indeterminación generalizada en el establecimiento del momento en que es predicable la capacidad penal de los individuos lleva a la facilidad de encontrar movimientos con pretensiones de cambio. De hecho, la Fiscalía General del Estado (FGE) aboga por extender la responsabilidad penal a edades inferiores a 14 años. Así lo manifestó el informe del pleno del Consejo Fiscal de fecha 20 de diciembre de 2005 sobre el anteproyecto de reforma de la ley orgánica de responsabilidad penal de menores (LORPM), tras constatar que no podían quedar sin intervención los menores de edades inferiores a 14 años cuando cometen hechos graves, argumentando que la LO 4/1992 de 5 de junio previa aquella a partir de los 12 años y que el proyecto de la LORPM la establecía a partir de los 13 años. La solución que disyuntivamente nos ofrece la Fiscalía parte de dos premisas, o por un lado se adoptan medidas para asegurar y hacer realmente efectivo un tratamiento adecuado en el ámbito de la protección de menores, que hoy por hoy, carece de herramientas procesales, sustantivas o materiales mínimamente operativas, o por otro, se rompe con la presunción iuris et iure de irresponsabilidad penal de los menores de 14 años,- en cuanto que su fundamento no está claro científicamente,- extendiendo el tratamiento de los menores de 12 y 13 años dentro del sistema de la ley penal juvenil, pero ampliando el margen del principio de oportunidad, de tal modo que la regla general fuera la no intervención en la mayoría de los supuestos, pero dejando un

portillo abierto para tales intervenciones cuando sean absolutamente imprescindibles (Granado, 2016, p. 203-204).

Al respecto, el investigador concluye que:

En todo caso, la idea fundamental de una reacción diferente en torno a los delitos que son cometidos por los jóvenes infractores se basa en la edad, su nivel de madurez o en su capacidad de discernimiento, y la introducción de leyes de transferencia hace totalmente responsables a quienes a menudo carecen de la madurez social para abstenerse del delito o incluso distinguir totalmente lo bueno o lo malo, siendo este último distingo, el que ha venido imperando en nuestra dogmática penal, consolidándose en nuestro ordenamiento jurídico-penal un ideario de responsabilidad penal que se inicia con la imputabilidad del sujeto cuestionado por la comisión del hecho, con un conjunto de presupuestos fundamentales, como la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos y de actuar conforme a esa comprensión, que no concurren en individuos de corta edad como suelen exponer los postulados científicos, sin que la gravedad o no de los hechos cometidos por los individuos se encuentre conectado con la determinación de la imputabilidad penal de los menores. A ello cabría añadir que los actuales modelos tanto familiar, escolar y social no propician una maduración temprana de los jóvenes. En términos de comparación con épocas pasadas, puede decirse

que se dispensa actualmente a los niños una suerte de “sobrepotección” que en sistemas familiares y sociales permisivos carentes de límites seguros, tiende a retrasar la autonomía personal, base de la plena imputabilidad. En conclusión, la justificación para acceder a las pretensiones de la bajada de la edad penal para someter al menor al ámbito de la responsabilidad de la LORPM, es lo mismo que afirmar que un niño por debajo de los 14 años debe ser considerado inmaduro si fuera acusado de un delito normal, pero responsable conforme a la LORPM por la comisión de un delito grave. Esta posición pretende hacer depender la aplicación de la LORPM a la gravedad del delito cometido, como elemento para medir la madurez del menor; sin embargo, un adolescente tiene el mismo nivel de capacidad para formar su intención criminal, sea cual sea el delito que desee cometer. Un enfoque sistemático exige tratar todas las ofensas o delitos igualmente (Granado, 2016, p. 207).

Finalmente, citaremos al investigador Carlos Arias Arenas, que en su tesis: “El acto infractor de menores y la regulación del procedimiento en los juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de Puno”, para optar el grado académico de magíster en la Universidad Nacional del Altiplano, formuló como problema principal si: “¿Existe una adecuada regulación del procedimiento del Acto Infractor a la Ley Penal cometido por los adolescentes infractores?” (Arias Arenas, 2017, p. 4). Al respecto el autor concluye lo siguiente:

La naturaleza jurídica y alcances del procedimiento que se trata a los adolescentes infractores, no son los adecuados, pues conforme se tiene de la encuesta aplicada se ha analizado que la naturaleza jurídica con la aplicación del Código de los Niños y Adolescentes no está acorde a nuestra realidad, conforme se puede ver de los cuadros 1 al 3, es más se tiene es necesario viabilizar un procedimiento adecuado, que desde un inicio pueda resocializar al adolescente, incluyendo con la participación de sus progenitores, quienes tienen la tenencia y custodia de los adolescentes (Arias Arenas, 2017, p. 113).

Por último, al formular sus recomendaciones el autor indica que: “Se sugiere al Poder Judicial realizar plenos jurisdiccionales y tratar la temática de los principios del Proceso de los adolescentes infractores con la finalidad de que se ajusten a una adecuada regulación” (Arias Arenas, 2017, p. 115).

Y en efecto, al año siguiente se realizó el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se acordó por mayoría la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 en el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal que se encuentren por debajo de los catorce años de edad.

2.2. Bases teóricas

El sistema de justicia especializado para niños, niñas y adolescentes ha requerido una evolución de las diversas concepciones dogmáticas y teorías jurídicas que los abordaba, desde su situación jurídica como “objetos” de protección hasta su actual consideración como “sujetos de derechos”.

En efecto, antes de la Convención sobre los Derechos del Niño había una concepción distinta sobre la situación jurídica del niño, niña y adolescente dentro de la sociedad, y ello ha ido transformándose progresivamente según los cambios políticos, sociales, económicos y culturales.

Es por ello que resulta esencial conocer la evolución del tratamiento jurídico brindado a los niños, niñas y adolescentes, los principios jurídicos que rigen en relación a la defensa de su desarrollo integral y las doctrinas que formado parte del ordenamiento jurídico especializado en niñez y adolescencia.

2.2.1. Tratamiento jurídico de la niñez en el derecho romano

El reconocido autor mexicano Raúl Carranca y Trujillo, nos menciona que el discernimiento resulto un factor necesario para determinar la responsabilidad de los menores de edad, por ello nos explica que:

Desde la antigüedad romana que distinguió entre infantes, impúberes y menores, fue la preocupación primordial fijar las edades en que, por falta de desarrollo mental, carecía el niño ciertamente de imputabilidad (hasta los 5, los 7 o los 9 años); en que tal deficiencia podía presumirse iuris tantum (desde el límite anterior hasta los 12 o los 14 años); y la última en que la presunción se invertía y habría que demostrar que el sujeto había obrado sin discernimiento, período éste que de los 12 o los 14 años no se extiende hasta los 16 o los 18 años, como se suele afirmar, sino que abarca todo el resto de la vida puesto que aun en delincuentes de 50 o 60 años se presume la completa responsabilidad pero se debe dar plena validez y efectos a la prueba en contrario (Carranca y Trujillo, 1995, p. 635).

Asimismo, el autor Raúl Horacio Viñas, en su libro delincuencia juvenil y derecho penal de menores, nos hace una explicación sobre la responsabilidad de los menores en el derecho romano, afirmando que:

Ya en el Imperio, conforme a las previsiones de la Lex Cornelia de Sicaris (L.48, Tit. 8, Ley 12), la consideración variaba según las edades, pues hasta los 7 años duraba la infancia y los niños eran considerados como el loco (furiosus); una segunda categoría era la de los impúberes

(o infantis próxima) que comprendía a los varones hasta los 10 ½ años y a las mujeres hasta los 9 ½ años y normalmente eran irresponsables de los ilícitos salvo prueba en contrario de una especial capacidad y, por expresa disposición legal, de los delitos contra el honor. Una tercera categoría eran los impúberes “pubertate próxima” que se extendía para los varones hasta los 14 años y las mujercitas hasta los 12 años, que no podían ser sancionados con pena de muerte y en general se los castigaba en forma atenuada y a veces se los eximía de sanción. A esta etapa pertenece la época en que la punibilidad del menor dependía de su discernimiento o dolus capax. La última categoría era la de los menores, que comprendía la etapa entre los 12 y 14 años y los 18, quienes eran mencionados con penas algo mitigadas. No faltan algunos autores que extienden ésta última categoría, para ciertos efectos, hasta los 25 años (Viñas, 1983, p. 25-26).

2.2.2. Los principios rectores de la niñez y adolescencia

Para definir a los principios debemos mencionar al autor Ronald Dworkin, quien los define de la siguiente manera:

Los principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la

justicia. Por ello, el autor considera que el sentido en que se viene hablando de "principios" exige que ellos se entiendan como vinculantes para el juez y el legislador (Dworkin, 1989, p. 72).

El numeral 1) del artículo 3° de la Convención señala que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será "el interés superior del niño".

De Torres señala que: "el Interés de los niños y niñas se ha introducido como una cláusula general, con lo que le falta precisión porque se refiere a supuestos muy generales o abstractos" (De Torres, 2009, p. 25).

En efecto, la Convención no otorga una definición clara sobre el contenido específico del interés superior del niño, y menos aún delimita los alcances para una adecuada interpretación de su sentido y alcance por parte de los Estados que lo incluyen en sus legislaciones dictadas a favor de la niñez y adolescencia.

Por ello, De Lama, señala que "el interés superior de los niños y niñas es un concepto que no está exento de críticas. Se le ha

criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad” (De Lama, 2006, p. 92).

En relación a lo anterior, Aguilar nos dice que:

“hoy día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica o puerocéntrica, la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de interés superior de los niños y niñas” (Aguilar, 2008, p. 234).

Los autores Calvo & Carrascosa nos explican lo anterior de la siguiente forma:

A todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paternocéntrica (Calvo & Carrascosa, 2011, p. 354).

Sobre el origen del principio del interés superior debemos citar a López-Contreras, quien nos explica que:

La nueva concepción concentrada en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, específicamente en la Child Welfare and Adoption Assistance Act de 1980 de los Estados Unidos de América, que se vio reflejada en la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas de las Naciones Unidas de 1989, y en The Children Act de 1989 en Inglaterra, en donde se destaca la regulación primordial sobre el interés superior de los niños y niñas como primacía de su interés de protección integral en la esfera pública y privada (López-Contreras, 2015, p. 56).

El referido autor nos muestra como aspectos principales del documento The Children Act lo siguiente:

The Children Act de 1989, establece que en los casos de crianza de los niños y niñas, el juez tomará en consideración lo siguiente: a) los deseos y sentimientos ciertos del niño o niña respectivo (considerado a la luz de su edad y de su entendimiento); b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales; c) el efecto probable en él o ella, de cualquier cambio en sus circunstancias; d) su edad,

sexo, personalidad y cualquier característica de él o ella que el juez considere relevante; e) cualquier daño que el niño o niña haya sufrido o esté en riesgo de sufrir; f) qué tan capaces son su padre y su madre, y cualquier otra persona en relación a quien el juez considere ser relevante la cuestión, para satisfacer sus necesidades; y g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión (López-Contreras, 2015, p. 56).

Sobre el derecho anglosajón, Díez-Picazo nos dice que:

La doctrina anglosajona se desarrolla a través de la predictibilidad, la cual ha obtenido frutos importantes, ya que estima la idea de que los padres, madres, responsables, tutoras o tutores, deben actuar conforme a lo que el niño o niña, cuando llegue a ser adulto, considerará que hubiese sido lo mejor (Díez-Picazo, 1984, p. 173).

El otorgamiento de derechos a los niños, niñas y adolescentes no sólo los hace titulares de derechos fundamentales, sino también de obligaciones esenciales, tales como el respeto a los derechos de las demás personas. Sobre ello, De Lama sostiene que “Se trata de establecer que al niño, niña o adolescente se le infundan los derechos de las demás personas, de tal forma que aprenda que en

el ejercicio de sus propios derechos debe respetar el derecho de los demás” (De Lama, 2006, p. 100).

En ese sentido, concordamos con López-Contreras, cuando señala que:

Lo que se persigue es lograr que todo niño, niña o adolescente alcance el pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica, y demás valores humanos (López-Contreras, 2015, p. 64).

Para establecer la capacidad natural de los niños y niñas, el autor Justo Solórzano indica que se hace “indispensable oír al menor de edad, en forma distinta que al adulto” (Solórzano, 2006, p. 115). Asimismo, el autor nos indica la forma del tratamiento del niño en la actividad judicial, afirmando que:

“La forma de la audiencia no puede ir orientada por el modelo del interrogatorio, sino que debe procurarse el intercambio de impresiones y argumentaciones (no sugestivos) y buscarse un debate razonable acerca de la cuestión que se le consulta al niño o niña, de tal suerte que

éste sienta que participa del diálogo y que no solamente es objeto de recopilación de información. De lo que se trata, entonces, es de dictar las medidas administrativas, judiciales y de cualquier tipo que eviten la victimización secundaria del niño o la niña” (Solórzano, 2006, p. 116).

En el Perú, el interés superior del niño recientemente ha sido definido como:

Un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, 2016, art. 2).

Asimismo, el referido principio también incluye los siguientes parámetros para su aplicación:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño,
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos,
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre

los Derechos del Niño, 4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, 5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo (Ley 30466 Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, 2016, art. 3).

Por otro lado, el principio del interés superior del niño se complementa con el principio de protección integral del niño, niña y adolescente. Así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niños:

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 3, num. 2).

Estos principios son esenciales para comprender el tratamiento jurídico actual que se le brinda a los niños, niñas y adolescentes, y

su función es brindar un manto de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.3. La doctrina de la situación irregular

Diversos autores se han referido a esta doctrina y mencionaremos algunos de ellos con la finalidad de comprender su origen y naturaleza, específicamente lo relacionado al tratamiento jurídico de los niños y adolescentes.

El autor Carlos Enrique Tejeiro nos dice que:

El origen de la situación irregular es concebir el niño como menor (no capaz) desde el marco conceptual del Derecho Positivo y alrededor de éste concepto construir toda una urdidumbre tendiente a “protegerlo” allí donde se encuentran presentes las condiciones sociales y económicas que hagan imperativo que sobre éste se apliquen medidas de orden legal para lograr su reinserción (protección) o su castigo (penalización). Como quiera que lo regular; es que el menor esté representado, desde la institución legal de la patria potestad o de las tutelas y curatelas, al encontrarse éste (el menor) desprovisto de aquellas, se hallará en situación irregular dando origen al

término que identifica la doctrina que lleva éste nombre (Tejeiro, 2005, p. 17).

De otro lado, Emilio García Méndez, en relación a la situación irregular, afirma que:

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 (García Méndez, 2001, P. 63)

Sobre la doctrina de situación irregular también encontramos otras aproximaciones a sus fundamentos, así podemos encontrar que:

Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la transgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectivo-punitiva, en realidad muy discriminante

para el menor, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento "reeducativo" del menor que comete una infracción a la ley penal" (Palomba, 1995, p. 17).

En efecto, podemos señalar que la doctrina de la situación irregular desplaza cualquier consideración sobre la personalidad jurídica de los niños y adolescentes, y se le otorga un tratamiento orientado a que el Estado se encargue del niño, es decir, que intervendrá directamente en él. Al respecto, el autor Bustos Ramírez sostiene:

Irregular o peligroso se iguala con situación de abandono, es decir, con los niños y adolescentes pertenecientes a las clases o grupos menos favorecidos y, por tanto, donde los procesos de socialización han sido más deficitarios y ello se pretende sustituir a través de políticas sancionatorias. La ideología de la situación irregular, protectora o educativa, provoca una identificación entre protección al niño y sanción, sobre la base de un pretendido objetivo de beneficencia o bienestar (Bustos Ramírez, 1997, p. 65).

La autora argentina Mary Beloff, en relación a las normas dictadas antes de la Convención, indica que:

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como "modelo tutelar", "filantrópico", "de la situación irregular" o "asistencialista", que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas (Beloff, 2009, p. 4).

Asimismo, en relación al enfoque político-criminal de esta doctrina, la referida autora sostiene:

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (en su idea "potenciales infractores") de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas coactivas –idealmente privación de libertad bajo el nombre

de internación- por tiempo indeterminado (Beloff, 2009, p. 21).

En efecto, la doctrina de la situación irregular fue un primer intento de brindar atención a la problemática de los niños y adolescentes, y, posteriormente, surge una nueva doctrina que se orienta a satisfacer en mayor medida la protección de sus derechos.

2.2.4. La doctrina de protección integral

Esta doctrina surge como respuesta a las deficiencias que presentó la doctrina de la situación irregular y que generó gran controversia debido a los excesos que el Estado cometió al tratar a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección.

Al respecto, el autor Frank Harbottle Quirós afirma que:

La doctrina de protección integral reconoce a las niñas y los niños y adolescentes como sujetos de derecho, a diferencia de la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia (Harbottle, 2014, p. 96).

En relación a esta doctrina debemos mencionar al autor Federico Palomba, quien indica que:

La Convención termina con 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 competencias 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 "socio-educativas" con las cuales se responde a la realización culpable de figuras delictivas por parte del adolescente. De esta forma, se ha ido desvaneciendo el tabú respecto a la responsabilidad del menor que infringe la ley penal (Palomba, 1993, p. 35).

En relación a la doctrina de la protección tenemos la opinión de Alejandro Morlachetti, quien señala:

Esta consideración de la niños, niñas y adolescentes como sujetos de plenos derechos, y la previsión de los mecanismos idóneos para exigirlos, en oposición a su consideración como objeto de tutela por parte del Estado, es el cambio fundamental que caracteriza el tránsito hacia el paradigma de la protección integral sobre el que se debe

asentar todo sistema de protección (Morlchetti, 2013, p. 11).

De otro lado, el autor Alessandro Baratta, sostiene que:

Los límites de esta fundamentación originaria del derecho de menores continuaron afectando a todo el proceso hasta los últimos años. Estos límites son sobre todo dos. Por un lado, la consideración del niño como objeto (de protección privilegiada y de control especial) y no como sujeto pleno de derechos. Por otro lado, la superposición del concepto de menor infractor al de menor en situación irregular, consecuencia de la todavía persistente teoría positivista de la peligrosidad social que se expresa en la llamada teoría de la situación irregular (Baratta, 2007, p. 20).

Sobre la transición de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de protección integral, la autora Mary Beloff nos menciona lo siguiente:

La concepción tutelar descrita someramente más arriba entró en crisis en la década de 1960 en los Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989 se cerró

el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño” que concebía a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, que puede ser definida como etapa de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Beloff, 2009, p. 31).

En efecto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen un nuevo sentido con la aprobación de diversos instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales, la referida autora nos menciona que:

A partir de estas reglas e instrumentos internacionales – que tratan sobre temas tales como la delincuencia juvenil, la escuela, el rol de la familia, el rol de la comunidad, el rol de la justicia- es posible afirmar que se inaugura una era de ciudadanía de la infancia, ya que se reconoce al niño como sujeto de pleno derecho, situación sustancialmente diferente desde el punto de vista normativo, a la vigente hace poco tiempo en América Latina (Beloff, 2009, p. 33).

Y en efecto, la Convención redefine el concepto de niño, y al respecto consideramos oportuno citar las palabras del autor Miguel Cillero en relación a la infancia y adolescencia:

La infancia y la adolescencia son formas de ser personas y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia y subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica (Cillero, 1999, p. 4).

2.3. Definición de términos básicos

a) Capacidad para infringir la ley penal

En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección y el adolescente mayor de catorce (14) años de medidas socio-educativas (Ley N° 27337, "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. IV. T. P.).

b) Adolescente infractor

Aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal (Ley N° 27337, "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 183).

c) Inimputabilidad

Según el autor Claus Roxin debemos entender por inimputabilidad que: “se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad, que puede basarse bien en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición” (Roxin, 1997, p. 847).

d) Abandono

En relación a la situación de abandono, el autor Pedro Mejía Salas, menciona que: “El menor en abandono incuba la posibilidad de desarrollar una sicopatía o una neurosis, potencialmente dañina para el conjunto de la sociedad. El abandono del que es víctima inocente el niño y adolescente, lleva dentro de sí el germen de la transgresión de las normas sociales del adulto” (Mejía Salas, 2010, p. 17).

e) Desarrollo integral

Hacer valer el desarrollo de la persona humana, con énfasis en lograr su mejor desenvolvimiento social, humano, intelectual, religioso y demás valores de la propia dignidad humana. Al establecer la voluntad de los niños y niñas sin restricción o coacción alguna, la determinación del mejor entorno familiar, social y educativo posible y

la previsión de su mejor futuro, hacen posible garantizar el desarrollo integral de su personalidad (López-Contreras, 2015, p. 65).

f) Medidas de Protección

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 (Ley N° 27337, "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 242).

g) Equipo Multidisciplinario

Son órganos de apoyo a los Juzgados de Familia que se encuentran conformados por psicólogo, médico, trabajadora social y educador social, cumpliendo una función pericial a requerimiento de los Jueces de Familia, brindando diagnóstico y opiniones científicas sobre los procesos familiares que son motivo de investigación (Resolución Administrativa N° 027-2016-CE-PJ "Protocolo de Actuación para la

comunicación entre los Jueces de Familia y los equipos multidisciplinares", 2016).

h) Situación de 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 (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016).

i) Situación de desprotección familiar

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 (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016).

CAPÍTULO III

MODELOS DE RESPUESTA SOCIAL FRENTE AL INFRACTOR

En el capítulo anterior hemos descrito los principios rectores y doctrinas especializadas que se han desarrollado históricamente en relación a la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, donde resaltamos con claridad una evolución en ese proceso de transición de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de protección integral.

En ese sentido, teniendo en cuenta la importancia del tratamiento jurídico otorgado a los niños niñas y adolescentes consideramos necesario abordar los modelos que han sido desarrollados en ese proceso de transición en respuesta a las conductas infractoras que se han presentado.

Los enfoques que desarrollamos a continuación parten desde una visión general desarrollada por la ciencia criminológica hasta llegar a una visión particular desarrollada por la justicia especializada en niñez y adolescencia.

Los modelos presentan características particulares que los distinguen claramente de otros, lo cual permite tener una noción amplia sobre la estrategia de prevención y control que se han desarrollado e implementado como respuesta a la infracción de la ley penal cometida por niños, niñas y adolescentes.

A continuación, procedemos a describir los siguientes enfoques:

3.1. Desde el enfoque criminológico

La criminología es una ciencia que permite conocer las estrategias y políticas de respuesta ante la comisión de hechos punibles y nos brinda una mirada amplia sobre el problema del delito en la sociedad. En efecto, el autor García-Pablos de Molina menciona lo siguiente: “La criminología científica se encarga de evaluar la respuesta social y legal al delito, ponderando la calidad de la intervención que los diversos sistemas existentes arbitran, sus presupuestos, sus fundamentos y sus efectos” (García-Pablos, 2013, 595).

En efecto, resulta necesario conocer cada uno de los modelos de respuesta social para entender el tratamiento jurídico y especializado que se le otorga al infractor, ello permitirá tener un amplio panorama de cada modelo y su utilidad o no durante su aplicación.

A continuación, detallamos los principales modelos de respuesta social frente al delito.

3.1.1. El modelo disuasorio clásico

De acuerdo a García-Pablos de Molina este modelo pone el acento en la pretensión punitiva del Estado, en el justo y necesario castigo del delincuente, objetivo primario cuya satisfacción, se supone, produce un saludable efecto disuasorio y preventivo en la comunidad. El autor menciona que:

Prevenir eficazmente la criminalidad a través del impacto disuasorio del sistema constituye el “leit motiv” de este paradigma en el que cualquier otro objetivo (vg. La reparación del daño causado a la víctima, la resocialización del infractor, etc.) pasa necesariamente a un segundo plano (García-Pablos, 2013, p. 596)

Al respecto, el autor español Alvira Martín indica que:

Existe hoy ya evidencia empírica irrefutable de que la severidad del castigo (rigor nominal de la pena) es sólo una de las variables que intervienen como mecanismo disuasorio, pero no la única ni la principal; de suerte que la eficacia preventiva, a medio y largo plazo, de un sistema, no debe ponderar exclusivamente la intensidad del estímulo aversivo (castigo): la naturaleza de la infracción, la personalidad del infractor, la prontitud con que se imponga la sanción, el rendimiento del sistema legal y percepción que del mismo tenga el ciudadano, el grado de apoyo informal que se dispense a la conducta delictiva, etc., son otras de las variables que influyen en el complejo proceso disuasorio (Alvira Martín, 1984, p. 11).

Para el autor García Pablos de Molina, existen aspectos criticables, conforme lo indica de esta forma.

Cabe reprocharle al modelo clásico – disuasorio su estrecha y sesgada visión del suceso delictivo. En efecto, según el mismo, el crimen sólo expresa un enfrentamiento formal y simbólico entre Estado e infractor (los dos únicos protagonistas del conflicto). La víctima, pieza aleatoria, fungible, accidental, no cuenta, o bien ocupa una posición marginal. Y la comunidad parece un “tercero” ajeno al drama, mero espectador del mismo, que delega en el sistema legal para que éste se aplique su severa cirugía. La comunidad – la sociedad – en el paradigma clásico, es una mera abstracción, una figura retórica: el marco temporal y espacial de obligada referencia. Pero este análisis simplificador que polariza su atención en la persona del delincuente y en la pretensión punitiva del Estado, con lamentable marginación de los otros sujetos implicados en el fenómeno criminal (víctima, comunidad, etc.) y de sus legítimas expectativas, carece de fundamento científico (García-Pablos, 2013, p. 598)

3.1.2. El modelo resocializador

El profesor español García-Pablos de Molina nos indica que:

Este modelo subraya como objetivo específico y prioritario del sistema (aunque no excluyente) la reinserción social del infractor. En virtud de un saludable giro humanista, el

paradigma resocializador reclama una intervención positiva en el penado que facilite el digno retorno de éste a la comunidad, su plena reintegración social (García-Pablos, 2013, p. 599)

De igual forma, Martínez Sánchez (2015) indica que:

La resocialización pone el acento en la necesidad de intervenir de forma positiva en la persona del infractor como parte esencial de la respuesta al delito, reintegrándole en la comunidad jurídica una vez cumplida la pena, a diferencia del modelo disuasorio que propugna una respuesta implacable al delito, rápida y eficaz, como instrumento preventivo, respaldada por la sociedad. Los fines de la pena orientados a la resocialización vinieron a sustituir a la retribución del delito como castigo (Martínez, 2015, p. 1248)

No obstante, el autor Muñoz Conde señala como críticas a este modelo:

La ineficacia del tratamiento, la afectación de los derechos fundamentales de los condenados ante la obligatoriedad del tratamiento, y la carencia de medios adecuados y

personal debidamente capacitado para llevar a cabo ese tratamiento (Mir Puig, 1982, p. 131-154).

3.1.3. El modelo integrador: conciliación – reparación

El autor Antonio García-Pablos de Molina nos indica que:

Este modelo integra en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora del conflicto que el crimen exterioriza, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquel y la propia pacificación de las relaciones sociales. Puede, hablarse, por ello, de un modelo integrador, ya que procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema criminal, con armonía y ponderación (García-Pablos, 2013, p. 640).

Este modelo tiene muchos aspectos positivos que implica un cambio del enfoque criminológico tradicional. En ese sentido, el autor Josep Tamarit Sumalla nos dice que:

La aportación de la justicia restaurativa consiste en el desarrollo de mecanismos de compensación, reparación y restauración de la confianza que permitan «mirar» hacia las necesidades de las personas afectadas y no supongan la

causación de nuevas heridas, superando la imagen de la espada y los ojos vendados. Para ello es necesario captar lo que se espera que sea restaurado. No se trata aquí de la restauración de la confianza normativa, sino de restaurar las relaciones sociales. La justicia restaurativa no se sitúa en el ámbito de lo normativo o del «deber ser» ideal, sino que la expectativa se proyecta sobre las relaciones reales entre las personas reales (Tamarit, 2013, p. 144).

A modo de conclusión, la autora Cristina Martínez señala que:

El fin esencial que persigue la justicia restaurativa, es la reparación del daño a la víctima; mientras que la Justicia tradicional tiene entre sus fines la retribución por el injusto cometido, la prevención general y la especial, la justicia restaurativa pone su mayor acento en la reparación a la víctima, como forma también de reparar el daño a la comunidad. La reparación es un instituto que procede del Derecho civil de daños, sin embargo, el concepto de reparación que se defiende es un concepto de reparación amplio: más allá de la reparación económica está la reparación simbólica, la realización de determinados trabajos o servicios por acuerdo con la víctima, el perdón o las disculpas, etc.; son conceptos alimentados de concepciones ético-religiosas o filosóficas presentes en la

cultura social y que pueden tener determinadas consecuencias en el ámbito penal (Martínez, 2015, p. 1243).

3.2. Desde el enfoque especializado de justicia juvenil

En el derecho de los niños, niñas y adolescentes podemos identificar los siguientes modelos de justicia especializada aplicable a casos de infracción a la ley penal.

3.2.1. El modelo tutelar

En un importante trabajo el profesor argentino Claudio Navas Rial (2002) indica que:

Estuvo presente en los EEUU, desde 1889, en que fue creado en Chicago el primer Tribunal tutelar de menores, hasta 1967, en que la Corte Suprema de Justicia norteamericana declaró inconstitucional la ley de Nueva York que privaba de defensa a los menores. Y en Europa, desde la creación de las jurisdicciones especializadas hasta fines de la Segunda Guerra Mundial. Este modelo, acuñado bajo influjo del positivismo criminológico y del correccionalismo, consideraba a los menores delincuentes, o cuyo comportamiento se presumiere desviado, como

aquejados por alguna patología, abocados al delito como consecuencia de factores biológicos o psicológicos, o por influencia de su entorno familiar o social. La “tutela” tenía como finalidad conseguir la corrección o la reeducación del menor” (Navas Rial, 2002, p. 119-166).

De otro lado, el profesor Perfecto Andrés indica que:

Se trata de un modelo de justicia juvenil inspirado en las teorías doctrinales del «correccionalismo» y el «positivismo criminológico», de pretensión «preventivo-especial», ausente de garantías procesales, en detrimento del principio de seguridad jurídica por la arbitrariedad del juez, no dando posibilidad a la participación de la víctima en el proceso, con la consecuencia de mantener la privación de libertad durante un período de tiempo que sería impensable de calificarse la misma consecuencia jurídica con lo que es en el fondo, una auténtica pena, aunque disfrazada del ideal reformador (Ibáñez, 1986, p. 209).

Respecto a este modelo, la autora Anne Meis Knupfer, indica que mientras que el primer tribunal de menores originalmente definía como “delincuentes” a los menores de dieciséis años que habían violado una ordenanza de la ciudad o de la ley, cuando la definición se aplicaba a las niñas, el tribunal incluyó conductas tales como

incorregibilidad, asociaciones con personas inmorales, la vagancia, la asistencia frecuente a las salas de billar o salones, otra conducta libertina y el uso de lenguaje profano (Meis Knupfer, 2001).

En relación a lo anterior, Meda Chesney Lind y Randall Shelden afirman que:

Las niñas fueron las perdedoras en el movimiento de reformas (de los salvadores del niño) ya que desde un principio –en su mayoría- fueron remitidas a los tribunales de menores por inmoralidad y desobediencia. Una enorme cantidad de niñas que compareció ante los tribunales en las primeras décadas de su funcionamiento, fueron detenidas, juzgadas y en última instancia institucionalizada por sus delitos (Chesney-Lind, Meda; Shelden, Randall G. , 2004, p. 181).

3.2.2. El modelo educativo

El profesor argentino Roberto Bergalli se refiere a este modelo indicando que:

Se desarrolló en un marco económico, social y político determinado, que se produce con posterioridad a la segunda guerra mundial, y que se ha venido en denominar

como Estado de Bienestar o *Welfare State*. Y se caracterizó, desde el punto de vista económico-social, por un fuerte gasto social acompañado de una importante expansión económica, y desde el punto de vista político, porque el Estado asume una convicción en orden a proteger gubernamentalmente ciertos mínimos vitales de renta, alimentación salud, seguridad física instrucción y vivienda, y ello se reflejará en sus respectivas cartas fundamentales. Sin embargo, el concepto de Bienestar no sólo estuvo asociado con la salud, educación, alimentación, trabajo, vivienda y esparcimiento, también lo está con el de resocialización o readaptación social contemplado como fin de la ejecución de penas por los sistemas penales de los Estados sociales surgidos post segunda guerra mundial (Bergalli, 2003, p. 27).

Por otro lado, la autora María José Cruz Blanca, explicando lo relacionado al sistema de justicia juvenil, afirma que:

En lo que se refiere al ámbito penal juvenil, este modelo se caracterizó por otorgar un tratamiento unitario a los y las “jóvenes que cometen delitos y a los que por su situación de desamparo requieran asistencia.” Prolifera asimismo el tratamiento por parte de un cuerpo de profesionales especializados, tales como, psicólogos, trabajadores

sociales, educadores, entre otros, a los que se les concede un amplio margen de discrecionalidad (Cruz Blanca, 2002, p. 92).

En ese sentido, el autor Jordi Cabezas Salmerón precisa que:

En general se intenta aplicar la acción educativa a través de los programas de “diversión” (“desviación” o derivación”) en el sentido de “desinstitucionalización” o “desjudicialización”, y que implican evitar al menor un procedimiento judicial tras ser aprehendido. Una evolución acentuada de este modelo es conocido como el de las “4D”, (USA, años setenta) pues preconiza la despenalización (decriminalization), desinstitucionalización (deinstitutionalization), proceso justo (due process) y desjudicialización (diversión). La diversión (adaptación del término inglés) hace referencia a un conjunto de técnicas que buscan dar término al proceso penal en fase previa a la acreditación de la autoría del menor, ya sea renunciando a la acusación, suspendiendo el proceso o incluso evitando que éste se inicie. Esta desjudicialización o derivación tiene por objeto reducir el grado de estigmatización del menor de edad, ya que se evita el contacto con la jurisdicción (juicio) (Cabezas Salmerón, 2011, p. 165).

La investigadora Ana Isabel Martínez Iglesias, en relación al modelo educativo, nos menciona lo siguiente:

El modelo educativo, comienza a finales de la II Guerra Mundial, y se extiende hasta 1975. Su principal razonamiento, se basa en considerar al Estado como el responsable de erradicar la pobreza y como guardián de la seguridad. Se fundamenta en la idea de evitar la inclusión de los menores en la justicia penal, buscando soluciones alternativas. Para conseguirlo participan jueces, policías, educadores y trabajadores sociales, los que buscan soluciones extrajudiciales evitando un gran porcentaje de los ingresos de los menores al circuito penal. Se evitaron los métodos represivos, reemplazándolos por acciones educativas. El tratamiento en medio abierto, se incluía a la familia y a su entorno social y mediante medios educativos se trataba de lograr, el cambio de la actitud (Martínez Iglesias, 2016, p. 130).

Finalmente, el autor Juan Felipe Higuera Guimerá, resume este modelo de la siguiente manera:

En el caso concreto de la delincuencia juvenil, estos modelos buscan fundamentalmente su tratamiento desde una perspectiva educativa y sociológica y por tanto no punitiva. Para ello se implementan una serie de medios de

carácter extrajudicial que buscan solucionar los conflictos, entre los que destacan la reparación entre el/la menor la víctima y la compensación entre el/la menor y la víctima (Higuera Guimerá, 2003, p. 51).

3.2.3. El modelo de responsabilidad

Este modelo tiene como antecedente de su origen un caso de la justicia norteamericana conocido como Gault vs. United States, el autor Julio Cortes Morales nos resume este caso de la siguiente manera:

El hecho que dio origen a este caso fue la condena en el Estado de Arizona a un niño de 15 años a la medida de internación en la escuela industrial del Estado por un período que se extendía hasta la fecha en que cumpliera 21 años. El joven Gerard Gault había sido acusado de hacer llamadas telefónicas obscenas a una vecina. Tras la correspondiente denuncia Gerard Gault fue aprehendido por la policía, que llevó el caso a la corte juvenil señalando que se trataba de un joven delincuente necesitado de la protección de dicho tribunal. En la corte juvenil la medida fue impuesta sin evidencia fáctica suficiente, sin la comparecencia del vecino denunciante ni de los padres del joven y sin asistencia jurídica para el acusado, que habría

reconocido los hechos en una primera audiencia al ser interrogado en el tribunal (Cortés Morales, 2007, p. 149).

En este caso, el autor Anthony Platt menciona que el Juez Fortas reconoció que los menores tenían determinadas garantías, las que señala a continuación:

1. notificación a su debido tiempo de las acusaciones concretas que se planteen en su contra;
2. notificación del derecho a ser representados por un abogado consultor en procedimientos que pueden tener por resultado el envío a una institución donde se reduce la libertad del niño o la niña;
3. el derecho al careo y al interrogatorio cruzado de quejosos y otros testigos, y
4. advertencia adecuada acerca del privilegio contra la autoincriminación y el derecho a permanecer callados (Platt, 1997, p. 174).

Las características de este nuevo modelo de «responsabilidad», denominado también modelo de «justicia», serían las siguientes:

1. Un mayor acercamiento del menor infractor a la justicia penal adulta.
2. Refuerzo de la responsabilidad y de la posición legal del menor, mediante el establecimiento de una edad de responsabilidad penal.
3. Limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia mediante el diseño de un sistema de justicia adaptado al menor

infractor como consecuencia de su menor edad. 4. La existencia de una amplia gama de «medidas» no penales como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos. Y, en consecuencia, reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad, que quedarán reservadas para casos excepcionales. 5. Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la sociedad. 6. Conservar para el menor infractor los principios educativos que en «teoría» han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor). 7. Una mayor especialización de los operadores jurídicos intervinientes en la justicia penal (Giménez-Salinas, Esther; Gonzáles Zorrilla, Carlos, 1998, p. 19).

Finalmente, podemos finalizar afirmando que en este modelo se trata “lo educativo y lo judicial, aplicando un modelo garantista y unas medidas de contenido eminentemente educativo. Debe tratarse de una respuesta responsabilizante, que enfrente al menor con el sentido de desvalor social de su comportamiento. Se trata de educar en responsabilidad” (Vásquez González, 2007, p. 150).

3.2.4. El modelo integrador

Según el autor español Vicente Gimeno Sendra tenemos que:

El modelo «integrador» surge formalmente como un sistema de justicia alternativo al retributivo. Parte de la doctrina prefiere referirse a la justicia negociada como medio eficaz de resolución de conflictos. Al entender el delito como un «conflicto» entre el infractor y la víctima, se perfila como el medio de restablecimiento de la relación infractor-víctima mediante la reparación del daño causado, sobre la base del principio de oportunidad (Sendra, 1993, p. 34).

El autor García-Pablos de Molina nos menciona sobre este modelo lo siguiente:

Reviste tres modalidades: por un lado y de carácter doble, la «conciliación» entre el infractor y la víctima, que consiste en una satisfacción de tipo psicológico-moral que el infractor realiza con la víctima, reconociendo la ofensa producida y el mal causado. Y por otro lado, la «reparación» del daño causado, que a su vez puede ser: «directa», si la reparación se realiza directamente a la víctima, o «simbólica», si se realiza a la comunidad en su conjunto. Quien ostenta el papel clave en la intervención reparadora es el mediador entre el infractor y la víctima (García-Pablos, 2013, p. 689).

CAPÍTULO IV

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

El tratamiento jurídico de los niños, niñas y adolescentes ha presentado una evolución progresiva desde sus inicios en el derecho romano, tal como lo hemos descrito en un capítulo anterior.

En efecto, esta evolución no ha sido sencilla y ha requerido de muchos años de estudios y, sobre todo, momentos históricos en la humanidad que finalmente generaron la emisión de las primeras leyes en defensa de los derechos de la infancia y adolescencia en los diversos sistemas jurídicos.

La problemática de los niños, niñas y adolescentes no fue ajena al desarrollo de la dogmática jurídica, y se desarrollaron doctrinas que marcaron una tendencia en el tratamiento jurídico de sus derechos, así vimos el nacimiento de la doctrina de la situación irregular que concebía a los menores de edad como “objetos de protección” y hemos visto ese proceso de transición al desarrollo de la doctrina de la protección integral que concibe a los niños, niñas y adolescentes como “sujetos de con plenos derechos”.

A continuación, describiremos los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, que fundamental la actual doctrina de protección integral, los mismos que tienen fuerza vinculante en diversos Estados, incluido el Perú.

4.1. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante La Convención–, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, es un instrumento de protección internacional que agrupa los derechos esenciales de todos los niños, niñas y adolescentes, privilegia sus intereses y establece un marco de garantías orientado a promover su protección integral, así como el desarrollo de su personalidad humana.

La Convención consagra que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 3).

El interés superior del niño se instituye de esta forma como un principio de efectos amplios que resulta esencial para la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y, por ende, recibe reconocimiento universal en todas las legislaciones de los países que han ratificado la Convención.

Ahora bien, con relación a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, la Convención indica que:

Los Estados Partes reconocen el derecho de 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 a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 40).

En correlación con lo anterior, el numeral 3) del referido artículo precisa que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en

el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Como podemos observar, la Convención orienta a los Estados el establecimiento de un rango de edad para distinguir a aquellos niños, niñas y adolescentes que “no tienen capacidad” para infringir las leyes penales. Es decir, “un intervalo” en el cual los menores de edad no podrán ser sometidos a un procedimiento judicial por la comisión de un acto contrario a las leyes penales. En efecto, La Convención fija un principio de separación judicial de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, al señalar que es deseable que aquellos niños que “no tienen capacidad para infringir las leyes penales” reciban medidas sin necesidad de recurrir a procedimientos judiciales, situación que garantiza y efectiviza plenamente sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la Convención nos ofrece un grupo de medidas que pueden aplicarse:

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la

infracción (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 40 num. 4)

Sobre la edad mínima de responsabilidad penal el Comité de los Derechos del Niño menciona que:

Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños. (Observación General N° 10 (CRC/C/GC/10): Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes, 2007).

Finalmente, resulta necesario mencionar la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde al referirse a las infracciones a la ley penal, señala:

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de

edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar. 12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños (Opinión Consultiva OC 17/2002 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 2002, p. 87).

4.2. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)

Este instrumento internacional de protección fue adoptado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, y fue elaborado con fines de establecer políticas de prevención

dentro del contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada país.

Al respecto, cabe destacar el principio fundamental y directriz número cinco de este instrumento:

Deberá reconocer la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir: a) La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales; b) La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; c) Una intervención oficial que se guíe por la justicia y la equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes; d) La protección del bienestar, el

desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes; e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincuente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable (Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, 1990, principio 5).

Si observamos esta directriz encontramos que resulta fundamental una política educativa como mecanismo de prevención general, la aplicación de teorías especializadas en infancia y adolescencia, la consideración primordial al interés superior del niño, así como su protección integral, y el especial cuidado del desarrollo del menor de edad durante cada etapa de su vida.

4.3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Las Reglas de Beijing fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, y fijó un marco legal referido al tratamiento procesal de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Un aspecto relevante es que definió el concepto de menor, delito y menor delincuente, de la siguiente manera:

El menor se define como todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; el delito se define como todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate, y menor delincuente, es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing", 1985, regla 2).

Asimismo, resulta importante lo referido a la edad de responsabilidad penal mínima:

“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” (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing", 1985, regla 4).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comentando dicha regla nos refiere que:

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.) (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing", 1985, regla 4 comentario).

4.4. Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas

Los miembros del Consejo de Europa se reunieron con el objetivo de abordar una acción común de ámbito europeo a fin de proteger mejor los

derechos y el bienestar de los menores que entran en conflicto con la ley. De esta forma, aprobaron la Recomendación CM/R (2008) 11 sobre reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros.

El instrumento indica que el objetivo de estas reglas es proteger los derechos y la seguridad de los infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas y promover su bienestar físico, psíquico y social cuando estén sometidos a sanciones o medidas aplicadas en la comunidad o a cualquier forma de privación de libertad (Recomendación CM/R (2008) 11 Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, 2008, p. 4).

Podemos destacar los siguientes principios básicos relacionados al tratamiento del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal:

1. Se tratará a los menores infractores sometidos a sanciones o medidas con respeto a sus Derechos Humanos.
2. Las sanciones o medidas que se podrán imponer a los infractores menores de edad, así como la manera de aplicarlas, se establecerán mediante disposiciones legales y se basarán en los principios de integración social, educación y prevención de la reincidencia.

3. Las sanciones y medidas serán impuestas por un tribunal o, si son impuestas por alguna otra autoridad legalmente reconocida, estarán sometidas a rápida revisión judicial. Se determinarán e impondrán por el periodo mínimo necesario y sólo con finalidades legítimas.

4. La edad mínima para la imposición de sanciones o medidas como resultado de la comisión de un delito no podrá ser muy baja y se estipulará mediante disposiciones legales.

5. La imposición y la aplicación de sanciones o medidas se basarán en el interés superior de los infractores menores de edad, estarán delimitadas por la gravedad de los delitos cometidos (principio de proporcionalidad) y tendrán en cuenta la edad, el bienestar físico y mental, el desarrollo, las capacidades y las circunstancias personales del menor (principio de individualización) constatados, cuando sea necesario, mediante informes psicológicos, psiquiátricos o sociales (Recomendación CM/R (2008) 11 Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, 2008, p. 5).

De lo anteriormente indicado debemos referirnos al cuarto principio, puesto que el Consejo de Europa lo ha comentado señalando que, aunque podría resultar difícil encontrar un consenso europeo general, esta edad mínima no debería ser muy baja y debería estar vinculada a la edad a la que los menores asumen responsabilidades civiles en otras

esferas, como el matrimonio, el final de la escolarización obligatoria y el derecho a trabajar.

Asimismo, podemos destacar que también se reconoce el modelo restaurativo como mecanismo procesal de solución de conflicto en el que se encuentra el adolescente infractor a la ley penal: “Se estimularán la mediación y otras medidas restaurativas en todas las etapas del tratamiento con menores” (Recomendación CM/R (2008) 11 Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, 2008, principio 12).

De igual forma, resulta importante que se haya incorporado como regla la naturaleza multidisciplinaria del tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal:

Todo sistema de justicia que se ocupe de menores de edad deberá seguir un enfoque pluridisciplinario, que implique a diversas instancias y que esté integrado en iniciativas sociales más amplias para los menores de edad, con el fin de asegurar un enfoque integrado de la asistencia a estos menores y su continuidad (principios de participación de la comunidad y tratamiento continuado) (Recomendación CM/R (2008) 11 Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, 2008, principio 15).

Finalmente, consideramos necesario destacar el concepto europeo sobre sanciones o medidas:

Se consideran sanciones o medidas aplicadas en la comunidad toda sanción o medida que no sea una medida de detención, mantenga a los menores en el seno de la comunidad, e implique algunas restricciones a su libertad mediante la imposición de condiciones y/o obligaciones, y que sea aplicada por organismos designados por ley a tal efecto. El término designa cualquier sanción impuesta por una autoridad administrativa o judicial y cualquier medida adoptada antes de una decisión o sanción o en lugar de esta, así como también modalidades de ejecución de una sentencia de privación de libertad fuera de un establecimiento penitenciario (Recomendación CM/R (2008) 11 Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, 2008, principio 21.4).

CAPÍTULO V

SISTEMA DE JUSTICIA APLICADO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y

ADOLESCENTES MENORES DE CATORCE AÑOS DE EDAD QUE

INFRINGEN LA LEY PENAL EN EL PERU

5.1. Sistemas de justicia juvenil

Antes de describir el sistema de justicia especializado aplicado a los niños, niñas y adolescentes en nuestro país, consideramos apropiado referirnos previamente los sistemas de justicia juvenil que han sido implementados en los diversos sistemas jurídicos, para lo cual citaremos al autor Carlos Tiffer, quien ha distinguido los siguientes tipos:

5.1.1. Modelo Penal

Según el autor Carlos Tiffer, podemos definir a este modelo de la siguiente manera:

Este modelo se caracteriza, en primer lugar, porque reconoce una plena imputación penal para los adolescentes. Esto significa, por un lado, que los adolescentes son penalmente imputables y, por otro lado, que su juzgamiento se llevará a cabo en la jurisdicción de adultos, con pocas o ningunas diferencias en comparación con los adultos, especialmente en relación con la

imposición de una sanción. Es decir, una sanción impuesta a un menor de edad puede ser igual o incluso más severa que la impuesta a un adulto. Los límites inferiores de la edad penal son generalmente bajo o incluso no se reconocen estos límites, dándole al sistema la posibilidad de juzgar e imponer sanciones a niños de muy baja edad. En algunos casos no se reconocía ni siquiera la edad, sino que se utilizaban conceptos ambiguos e imprecisos, como la capacidad de discernir entre el bien y el mal, para atribuir responsabilidad penal. Las tendencias legislativas de reducción de la edad de responsabilidad penal, para llevarla a límites bajos como, por ejemplo, 7, 10 o 15 años, precisamente se orientan bajo este modelo (Tiffer Sotomayor, 2012, p. 25).

5.1.2. El modelo tutelar

El autor Carlos Tiffer describe a este modelo de la siguiente manera:

Históricamente en los países de América Latina es donde más vigencia ha tenido este modelo. Legislativamente se encuentra superado en casi todos los países, aunque en la práctica continúa teniendo vigencia. La característica fundamental de este modelo es que los adolescentes, o en

general los niños y niñas, son considerados como un objeto de protección y no como sujetos de derechos. Esto significa que el sistema decide por los adolescentes, sin escucharlos, sin ninguna garantía judicial y sobre todo decide para, teóricamente, beneficiarlo. Precisamente por eso las reacciones en este modelo se denominan medidas tutelares, es decir, de apoyo, de asistencia, ayuda. Al tener estas características, a los sujetos no se les puede atribuir ningún tipo de responsabilidad, mucho menos la responsabilidad penal. Por eso precisamente el modelo tutelar los considera inimputables y sin capacidad de culpabilidad. De ahí que la comisión de un hecho delictivo tenga la particularidad de formar parte de las diferentes conductas, en las que se enmarca la situación irregular en la que se encuentran estos sujetos. Pero no solo la comisión de delitos es la que los ubica en esta situación irregular, sino lo que podríamos englobar en las denominadas circunstancias de abandono “material y moral” (Tiffer Sotomayor, 2012, p. 26).

5.1.3. El modelo restaurativo

Sobre este modelo el autor Carlos Tiffer, nos menciona lo siguiente:

En realidad, no existe un solo modelo de justicia juvenil restaurativo. Por el contrario, son muchos los modelos y sobre todo los programas restaurativos o proyectos de reparación a víctimas que existen en países como, por ejemplo: Inglaterra, Canadá, Australia, tanto en el ámbito penal como en otro ámbito de conflictos. Lo fundamental en el modelo restaurativo es que el delito es visto como un conflicto entre autor y víctima. Éste conflicto debe ser resuelto a través de un diálogo autor-víctima, sobre todo buscando dos objetivos: uno, la reparación del daño a la víctima; y dos, la incorporación de la responsabilidad del autor.

5.1.4. El modelo de justicia especializada

Finalmente, sobre este modelo el autor Carlos Tiffer afirma lo siguiente:

Este modelo de justicia es de una enorme relevancia, ya que es el modelo teórico en el que se inspiran prácticamente todas las legislaciones de los países centroamericanos y, precisamente, es el modelo que surge del acervo del sistema de Naciones Unidas sobre la justicia juvenil. Este modelo tiene como presupuesto fundamental, el criterio de responsabilidad de los adolescentes, por los

hechos cometidos durante su minoridad. El modelo de justicia especializado encuentra no solo fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sino que su vigencia se remonta incluso a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en la que establece, según el artículo 5.5 que: “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Pese a que prácticamente todos los países de la región han incorporado estos modelos de responsabilidad, con una justicia especializada dentro de la justicia ordinaria, la especialización no es todavía una realidad. Este modelo de justicia tiene algunas características que a continuación señalamos. Se da un acercamiento a la justicia penal de adultos, especialmente cuando se refiere a derechos y garantías. Pero, tratándose de personas menores de edad, se refuerzan estos derechos y garantías, a través de, por ejemplo: mayor control de los jueces, plazos más cortos y excepción de la detención provisional y de la pena privativa de la libertad. En todo caso la justicia juvenil debe ser más blanda en comparación con los adultos (Tiffer Sotomayor, 2012, p. 31).

5.2. Evolución histórica

5.2.1. Inicios del tratamiento jurídico en el Perú

En este acápite nos vamos a referir al desarrollo histórico de los procesos que se han aplicado a los niños, niñas y adolescentes, en conflicto con la ley penal. En tal sentido, tomaremos como fuente el estudio del profesor Bruno Van der Maat, sobre el tratamiento de jóvenes en conflicto con la ley penal en Arequipa, donde se ha reunido los aspectos esenciales sobre el tratamiento procesal de los niños, niñas y adolescentes en conflicto a la ley penal en el Perú.

El referido autor indica que en el año 1922 la situación de los niños en conflicto con la ley era lamentable, y citando a otro profesor, Manuel Abastos, en el I Congreso Nacional sobre el Niño peruano, se afirmaba en aquella época que: “el niño que era llevado a la Comisaría era castigado muchas veces cruelmente, se le conduce en público, a pie con cadena de seguridad, por los agentes uniformados, es juzgado por jueces comunes, en audiencias públicas” (Van der Maat, 2007, p. 91)

El autor indica que, antes de ello, en 1918, Víctor Maúrtua había presentado un proyecto de Código Penal, que trataba el tema de la jurisdicción especial para los menores. Este documento, cuenta el autor, se basaba en el Código Penal Suizo de 1915, donde

proponía un tribunal colegiado que comprendería al juez de primera instancia civil (eventualmente reemplazado por el juez del crimen), al Director de Beneficencia y al Director del Colegio Secundario del lugar (Van der Maat, 2007).

El autor relata que el proyecto consideraba la necesidad de partir de la tutela y de la protección del niño, por ello eximía al menor de 13 años que comete un hecho reprimido como delito de responsabilidad penal. De 7 a 13 años, el Tribunal que proponía Maúrtua sancionaría al niño a ser colocado en familia o en una casa de educación hasta cumplir los 18 años, le nombraría un guardador especial, lo dejaría en poder sus padres, el Estado lo colocaría en un asilo o instituto para un tratamiento especial, amonestaría a los padres y reprenderá al menor o impondría un arresto escolar (Van der Maat, 2007, p. 92).

Sin embargo, el referido autor afirma que este proyecto finalmente no prosperó; posteriormente en el código penal de 1924 incluyó el Título XVIII en su primer libro, dedicado a las disposiciones generales, que trata específicamente del “tratamiento de menores”.

En relación a lo anterior el autor Van der Maat destaca lo siguiente:

A grandes rasgos se distinguen artículos dedicados a los niños menores de 13 años, los adolescentes de 13 a 18

años, y los adolescentes de 18 a 21 años. En relación, a los niños de 13 años de edad, que hayan cometido un hecho reprimido como delito o falta, la autoridad competente investigará la situación moral y material de la 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 porvenir honesto. Asimismo, si se trataba de un menor en estado de abandono material, moral o en peligro moral, la autoridad podía entregarlo a una familia, o a una casa de educación, a un guardador o colocarlo en un establecimiento en caso requiera de tratamiento especial. En cambio, si el niño no estuviera en abandono o peligro moral, era posible que se quede con su familia, luego de una amonestación a los padres, pero la autoridad vigilaría la educación del niño. Sin embargo, existe una excepción en caso que el niño sea “moralmente” pervertido o revelare persistentemente malas tendencias, podría ser colocado en una sección de la Escuela correccional del Estado hasta que cumpla 18 años (Van der Maat, 2007, p. 93).

Asimismo, el referido autor nos indica que:

En los proyectos de Código de Menores que seguirían a éste, quedará claro que se maneja en realidad un doble

discurso: el de la minoridad entendida como una situación que clama protección (por ello la investigación del niño y no de los hechos delictivos), y al mismo tiempo el discurso de la peligrosidad (el ambiente, la sociedad, los pares que hacen que el niño sea peligros) (Van der Maat, 2007, p. 99).

5.2.2. El Código de Menores de 1962

Se aprobó el Código de Menores de 1962, donde se instaura una jurisdicción especial de Menores, conformada por Juzgados de Menores y Tribunales de Apelación, estas tendrán sus servicios auxiliares: servicio técnico, asistentes sociales y Policía de Menores. Era competencia del Juez de Menores, discernir la asistencia en situaciones especiales, tales como menores abandonados, menores en estado de peligro moral, menores en estado peligroso, menores deficientes sensoriales y mentales, menores lisiados físicos y menores en estado de necesidad temporal (Ley 13968 "Ley del Código de Menores", 1962).

Este código establece que, a los niños en estado de abandono o peligro moral, o los que hayan cometido acto considerado delito o falta, se les internará en la Sección Preventiva del Establecimiento que corresponda. El juez podrá posteriormente amonestarlos, ponerlos bajo cuidado de sus padres o colocarlos en hogar

sustituto, o Instituciones de educación bajo régimen de vigilancia. El propio Código define a los institutos de menores como internados que ofrecen atención integral y tratamiento de rehabilitación social, a menores de 14 a 18 años en estado de irregularidad (abandono, infractor, etc.) calificándolos como infractores. Por otro lado, en caso de niños menores de 14 años “que manifiesten peligrosidad prematura” y que hayan cometido acto considerado delito, el juez podrá colocarlos en una Escuela de Preservación (Van der Maat, 2007, p. 114).

5.2.3. El Código de los Niños y Adolescentes

Posteriormente, por Decreto Ley N° 26102, se aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, esta norma indica 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”. Asimismo, por primera vez incorpora en su artículo VIII del Título Preliminar, al principio del interés superior del niño, erigiéndose como principio rector de cualquier decisión de las instituciones en relación a los derechos de los niños y adolescentes de la época (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 2).

Asimismo, crea el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, como institución del Estado encargado de dictar las políticas a nivel nacional y coordina los planes, programas, y acciones de las instituciones públicas y privadas dirigidas a los niños y adolescentes (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 27).

Posteriormente, la referida institución sería conocida como Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (Ley N° 26941 "Ley que Modifica el Código de los Niños y Adolescentes", 1998, art. 2).

Asimismo, este Código de los Niños instituye a la Defensoría del Niño y el Adolescente, la misma que es parte del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, pero que funcionará en los gobiernos locales. En general, tiene diversas atribuciones, pero de todas ellas podemos destacar que tiene como función intervenir cuando se encuentren en conflicto los derechos de los niños y adolescentes para hacer prevalecer su interés superior (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 48).

Asimismo, se crean los Juzgados del Niño y del Adolescente, luego de conformidad con el artículo primero de la Resolución Administrativa N° 025-CME-PJ, publicada el 11 de enero de 1996,

se convirtieron los Juzgados del Niño y del Adolescente en Juzgados de Familia (Resolución Administrativa N° 025-CME-PJ, 1996).

Los jueces de familia son investidos con facultades, ente las que podemos destacar que le corresponde resolver los procesos en las materias de contenidos civil, penal y tutelar en las que intervengan, disponer las medidas de protección o socio-educativas según sea el caso en su favor, y remitir copia de la resolución que disponga la medida de protección o socio-educativa al Registro del adolescente infractor de la Corte Superior, sede del Juzgado, entre otros (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 161).

De otro lado, el Ministerio Público, también es considerado en este nuevo sistema, y se le otorgan atribuciones muy importantes, como velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales pertinentes, sean estas judiciales o extra-judiciales (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 162).

Asimismo, se instituye al Ministerio Público como el titular de la acción y como tal tiene la carga de la prueba en los procesos del adolescente infractor, para cuyo caso podrá solicitar el apoyo de la

policía (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 163).

Por otro lado, compete al Fiscal, conceder la remisión como forma de exclusión del proceso y promover los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas al adolescente, en cuyo caso corresponde al Fiscal investigar su participación con el propósito de solicitar la medida socio-educativa necesaria para su rehabilitación (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 168).

Estas facultades del Ministerio Público resultan esenciales porque no sólo se le delega la responsabilidad de ser el titular de la carga de la prueba en los procedimientos por infracción a la ley penal, sino que también tiene un rol defensor de los derechos de los niños y adolescentes en general. Ahora bien, debemos indicar que al Fiscal se le otorga como atribuciones: a) Solicitar la apertura de proceso; b) Disponer la remisión y c) Ordenar el archivamiento, si considera que el hecho no constituye infracción (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 221).

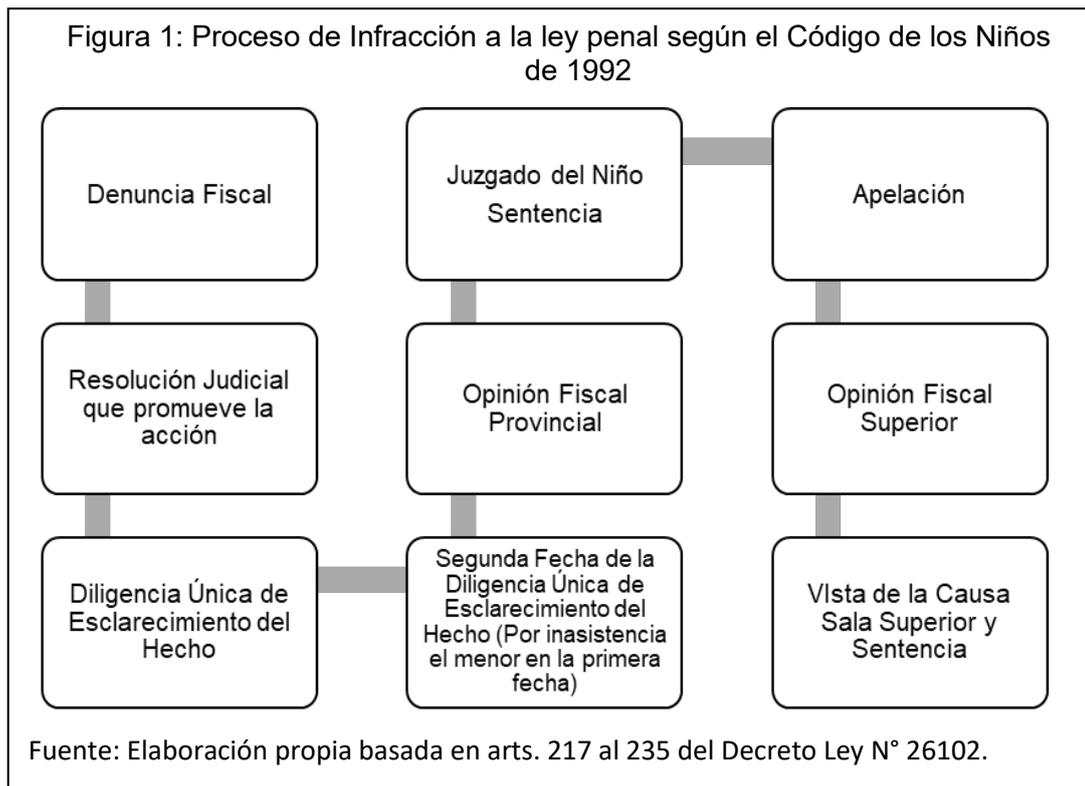
Este Código también crea un registro especial a cargo de la Corte Superior donde se anotarán con carácter confidencial las medidas de protección y socio-educativas que fueran impuestas por el Juez

al adolescente infractor (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 183).

De otro lado, considera que adolescente infractor es el autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal. Asimismo, indica que el niño menor de 12 años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el Código (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 207).

Por tanto, destacamos que la norma establece una edad mínima de responsabilidad del adolescente, es decir, que por debajo de los 12 años de edad los niños y adolescentes no pueden ser considerados como infractores y sólo serán pasibles de "medidas de protección".

El libro IV, sección 5, capítulo IV, establece un procedimiento de investigación y juzgamiento especial para los adolescentes infractores, el cual se puede graficar de la siguiente manera:



En relación la sentencia, la norma establece que el juez debe fundamentarla, indicando: a) La existencia del daño causado, b) La gravedad de los hechos; c) El grado de responsabilidad del adolescente; y, d) El Informe del Equipo Multidisciplinario o Informe Social. Asimismo, la sentencia establecerá: a) La exposición de los hechos; b) Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación del acto infractor; y c) La medida socio-educativa que se imponga (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 230 y art. 231).

Y en relación a la medida socio-educativa, el Código de los Niños, la norma indica que el Juez puede aplicar las siguientes:

- a) Las de Protección señaladas en el presente Código;
- b) Amonestación;
- c) Prestación de servicios a la comunidad; d) Libertad asistida;
- e) Régimen de semi-libertad;
- f) Internación en establecimiento para tratamiento;
- g) El resarcimiento del daño con la restitución del bien o el pago de su valor (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 232).

Si analizamos la norma verificamos que el Juez está facultado para dictar medidas de protección dentro del procedimiento por infracción a la ley penal seguido a los adolescentes infractores, es decir, el tratamiento procesal no distingue a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran por encima o debajo de la edad mínima de responsabilidad penal fijada en 12 años de edad, a todos se les aplica el mismo procedimiento con la única diferencia de las medidas que se van a dictar.

Por otro lado, el capítulo VII, del Libro IV, se refiere a las medidas de protección, pero algo particular de este capítulo es que regula también la situación de estado de abandono del niño y adolescente, se establecen sus causales, y el procedimiento respectivo para la declaración judicial de abandono, conforme se puede verificar de los artículos 256° a 263°; asimismo, el artículo

264° establece que: “Al niño que requiera protección y al niño que cometa infracción le corresponde las medidas de protección señaladas en este capítulo” (Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992).

Entonces, observamos que este Código coloca en una misma situación jurídica al niño que requiere protección por su estado de desprotección familiar con aquel niño que comete infracción a la ley penal.

Ahora bien, las medidas que se pueden otorgar al niño que requiere protección y al que comete infracción son:

- 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, y
- e) Declarado al niño o adolescente en Estado de Abandono, se podrá dar en Adopción, si fuere el caso

(Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes", 1992, art. 265).

Por tanto, observamos que el Código de los Niños de 1992 está diseñado sobre un sistema de justicia penal juvenil sui generis, con características del modelo tutelar, del modelo de justicia restaurativa y características del modelo de justicia especializado.

5.3. Sistema de justicia juvenil vigente

Por ley N° 27337 se aprueba el Código de los Niños y Adolescentes y nuestro país adoptaría la doctrina de protección integral para el tratamiento jurídicos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las facultades y atribuciones del Juez de Familia y el Fiscal de Familia son similares a las del anterior código.

En efecto, el Juez de Familia continúa con la atribución de disponer las medidas socio-educativas y de protección en favor del niño o adolescente, según sea el caso (Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 137).

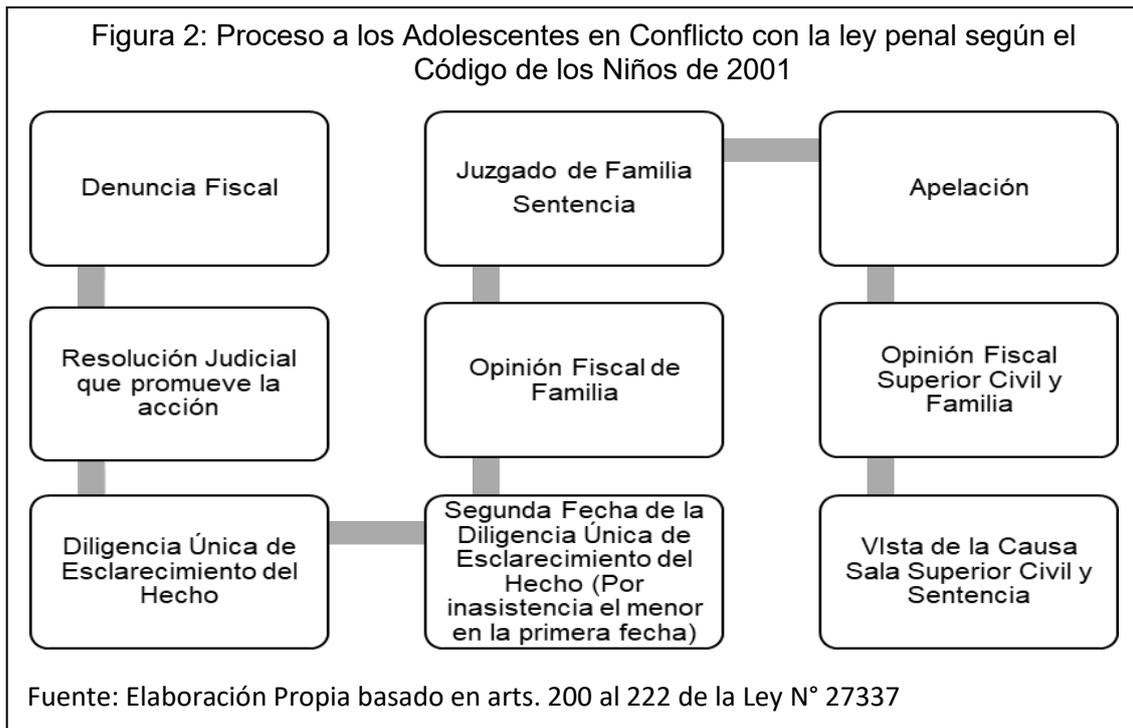
Por otro lado, el Fiscal de Familia es el titular de la acción y como tal tiene la carga de la prueba en los procesos seguidos al adolescente infractor (Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 139).

Asimismo, es competencia del Fiscal de Familia promover los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes. En este caso, corresponde al Fiscal investigar su participación con el propósito de solicitar la medida socio-educativa necesaria para su rehabilitación (Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 144).

Sin embargo, debemos destacar lo más importante relacionado a nuestro estudio, es decir, el tratamiento procesal de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad en conflicto con la ley penal. Al respecto, el Código señala que: "En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección y el adolescente mayor de catorce (14) años de medidas socio-educativas" (Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. IV T. P.).

En tal sentido, observamos que el vigente Código de los Niños y Adolescentes establece que la edad mínima de responsabilidad penal será catorce (14) años de edad.

El Capítulo V, Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes establece el marco del proceso de investigación y juzgamiento al adolescente infractor a la ley penal, que puede ser graficado de la siguiente forma:



Ahora bien, debemos indicar que por Decreto Legislativo N° 1348 se aprobó el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, y deroga diversas normas del Código de los Niños y Adolescentes referidas al proceso por infracción a la ley penal; sin embargo, este código aún no se encuentra vigente en su totalidad, así lo establece la propia norma:

La presente norma entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el diario oficial. Su aplicación se dará de manera progresiva en los diferentes distritos judiciales mediante calendario oficial que es aprobado por Decreto Supremo, a excepción de los artículos comprendidos en los Títulos I y II de la Sección VII, así como los Títulos I y II de la Sección VIII del presente Código, los que son de aplicación inmediata, con la publicación de su reglamento en el diario oficial.

(Decreto Legislativo N° 1348 "Código de Responsabilidad Penal del Adolescente", 2017, segunda disposición complementaria final).

Un año después se aprobó el reglamento del decreto legislativo y en la actualidad se encuentran vigentes los artículos comprendidos en los Títulos I y II de la Sección VII, así como los Títulos I y II de la Sección VIII del Código de Responsabilidad de Adolescentes, referidos solamente a las medidas socio educativas, (Decreto Supremo N° 004-2018-JUS "Reglamento del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente", 2018, disposición complementaria transitoria).

En tal sentido, se mantiene vigente el proceso por infracción a la ley penal diseñado originalmente en la Ley N° 27337, conforme lo hemos graficado anteriormente, pero lo relacionado a las medidas socio educativas, el tipo de medidas socio educativas y la ejecución de las medidas socio educativas, vamos a tener que remitirnos al Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

De acuerdo a lo anterior, según el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, tenemos que:

Comprobada la participación del adolescente en el hecho penal imputado, declarada su responsabilidad, el Juez del juicio, puede imponer al adolescente alguna de las medidas socioeducativas

señaladas en el presente Código en forma alternativa, indistinta o conjuntamente y en tanto permitan su ejecución simultánea, debiendo el informe interdisciplinario indicar cuál es la que mejor se adecúa al adolescente conforme a su interés superior y su fase de desarrollo (Decreto Legislativo N° 1348 "Código de Responsabilidad Penal del Adolescente", 2017, art. 148).

Ahora bien, sobre el tratamiento procesal al adolescente en conflicto con la ley penal, debemos precisar que el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes establece que:

1. El adolescente entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, es sujeto de derechos y obligaciones, responde por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial, considerándose para ello su edad y características personales.
2. Para la imposición de una medida socioeducativa se requiere determinar la responsabilidad del adolescente. Está prohibida toda forma de responsabilidad objetiva (Decreto Legislativo N° 1348 "Código de Responsabilidad Penal del Adolescente", 2017, art. 1 T.P.).

En tal sentido, los niños, niñas y adolescentes menores de catorce (14) años de edad que infringen la ley penal están fuera del marco legal y

procedimiento establecido en el Código de Responsabilidad Penal Juvenil.

Nosotros encontramos aquí el origen de nuestro problema, puesto que, el legislador no estableció un proceso para aquellos niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal fijada en 14 años de edad.

Entonces, si nos remitimos a la normativa vigente, observamos que se pronuncia sucintamente de la siguiente forma:

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. (Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 242).

El Código de los Niños y adolescentes vigente no establece un proceso específico sobre el cual el Juez ejerza su atribución de dictar la medida de

protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce (14) años de edad en conflicto con la ley penal.

5.4. El Decreto Legislativo N° 1297 y el proceso de investigación tutelar

Antes de avocarnos al análisis de esta norma debemos remontarnos a sus antecedentes normativos para comprender su diseño actual en nuestro ordenamiento jurídico.

5.4.1. Antecedentes Normativos

El vigente Código de los Niños y Adolescentes en su redacción original estableció que:

El PROMUDEH, al tomar conocimiento, mediante informe policial o denuncia de parte, que un niño o adolescente se encuentra en algunas de las causales de abandono, abrirá investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia y dispondrá en forma provisional las medidas de protección pertinentes.

El PROMUDEH podrá autorizar a instituciones públicas o privadas especializadas a realizar investigaciones tutelares (Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes", 2000, art. 245).

En relación a la situación de abandono, el autor Pedro Mejía Salas, menciona que: “Está de por medio el orden público, el presente del niño y adolescente carente de orientación paterna, educación y atención, sino el futuro de un hombre en peligro, de un ciudadano, El menor en abandona incuba la posibilidad de desarrollar una sicopatía o una neurosis, potencialmente dañina para el conjunto de la sociedad. El abandono del que es víctima inocente el niño y adolescente, lleva dentro de sí el germen de la transgresión de las normas sociales del adulto” (Mejía Salas, 2010, p. 17).

Posteriormente, se modificó esta norma y quedó redactado de la siguiente manera:

El MIMDES, al tomar conocimiento, mediante informe policial o denuncia de parte, que un niño o adolescente se encuentra en algunas de las causales de abandono, abrirá investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia y dispondrá en forma provisional las medidas de protección pertinentes (Ley N° 28330 "Modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes", 2004, art. 1).

Con la modificatoria se aprobó al año siguiente una norma reglamentaria relacionada al procedimiento de investigación tutelar, cuyo objeto era:

Regular el Procedimiento de Investigación Tutelar, de acuerdo con lo dispuesto en los Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, en adelante el Código, estableciendo las disposiciones técnico legales y administrativas que lo regirán en la vía administrativa (Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES "Aprueba el reglamento de capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes", 2005, art. 1).

En relación al procedimiento de investigación tutelar la norma lo definía de la siguiente forma:

El procedimiento de investigación tutelar es el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente, que están destinados a verificar la situación de Estado de Abandono en que se encuentra un niño o adolescente, según las causales establecidas en el artículo 248 del Código, a efecto de dictarse las medidas de protección pertinentes (Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES "Aprueba el reglamento de capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes", 2005, art. 2).

Sobre el ente encargado de realizar el procedimiento de investigación tutelar la norma consideró lo siguiente:

Es competente para conocer el Procedimiento de Investigación Tutelar, el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, que en adelante se denomina INABIF, el cual dirige la investigación tutelar de acuerdo a las funciones que le asignan el Código y el presente Reglamento. El Procedimiento de Investigación Tutelar a cargo del INABIF, se rige por el Principio de Protección Integral del Niño o Adolescente y el Principio de Interés Superior del Niño, a quien se reconoce como sujeto de derechos (Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES "Aprueba el reglamento de capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes", 2005, art. 3).

Sobre el procedimiento de investigación tutelar se diseñó de la siguiente forma:

El INABIF inicia el Procedimiento de Investigación Tutelar mediante Resolución, a mérito de la denuncia de parte o informe policial sobre el presunto estado de abandono de un niño o adolescente.

La Resolución será expedida dentro del día hábil siguiente de recibida la denuncia o informe y será notificada al Ministerio Público.

En caso que el INABIF determine no haber mérito para abrir Investigación Tutelar, emitirá una Resolución debidamente sustentada y se canalizará el apoyo o asesoría más conveniente a través de las redes de apoyo respectivas.

La Resolución Administrativa que dispone abrir Investigación Tutelar deberá contener:

- a) Un resumen de la forma y circunstancias en que se originó el presunto estado de abandono. El nombre del niño o adolescente y su edad; en caso de no conocerse estos datos, se le asignará un nombre y una edad aproximada para su identificación durante el procedimiento.
- b) Las causales de abandono que se hubieren configurado.
- c) Las medidas provisionales de protección que fueran pertinentes, debiendo indicarse los plazos respectivos para su ejecución.
- d) La relación de las diligencias que deberán actuarse, de acuerdo a los artículos 246 y 247 del Código y las que se consideren pertinentes para esclarecer el presunto Estado de Abandono.
- e) La disposición de las diligencias necesarias para recabar la Constancia de Nacimiento o Certificado de Nacimiento

Vivo y copia certificada del Acta de Nacimiento, de ser el caso (Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES "Aprueba el reglamento de capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes", 2005, arts. 6 y 7).

En relación a las medidas de protección tenemos que la norma establecía las siguientes:

El INABIF podrá aplicar las siguientes medidas de protección de carácter provisional:

- a) El cuidado en el propio hogar;
- 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; y,
- d) Atención integral en un Establecimiento de Protección Especial.

Las medidas de protección de carácter provisional son dispuestas por el INABIF con el fin de garantizar el derecho del niño o adolescente tutelado a desarrollarse integralmente en el seno de su familia biológica y en defecto de ello, en un ambiente familiar adecuado, debiendo tenerse presente para su aplicación, la prioridad del fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios así como el tratamiento de los casos como problemas

humanos (Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES "Aprueba el reglamento de capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes", 2005, art. 22).

Posteriormente, en el año 2012, se crea el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, y se estableció como competencia exclusiva: "g) Investigación tutelar y adopción de niñas, niños y adolescentes declarados judicialmente en abandono" (Decreto Legislativo N° 1098 "Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables", 2012, art. 6).

Posteriormente, en el año 2016 se aprueba el reglamento del servicio de investigación tutelar, que derogaba al anterior Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES, donde se define al procedimiento de investigación tutelar como:

"Es el procedimiento de carácter mixto (administrativo y Judicial) a través del cual se realizan las diligencias necesarias que permitan restituir el ejercicio de los derechos de una niña, niño o adolescente en presunto estado de abandono, priorizando el de vivir con su familia y disponiendo las medidas de protección provisionales necesarias para su desarrollo integral. De corresponder, el juzgado de familia o mixto, se pronuncia por la declaración de estado de abandono" (Decreto Supremo N° 005-2016-

MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 6).

Sobre el ente encargado de realizar el procedimiento administrativo de investigación tutelar, la norma señaló: “La Unidad de Investigación Tutelar es la instancia administrativa que actúa para la protección inmediata de las niñas, niños y adolescente en presunto estado de abandono y dirige el procedimiento de Investigación tutelar, así como actúa en la prevención del abandono” (Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 8).

En esta norma el procedimiento de investigación tutelar está diseñado con las siguientes etapas: “a) etapa de evaluación, b) etapa de desarrollo y c) etapa de conclusión” (Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 14).

La etapa de evaluación consiste:

En valorar los hechos y circunstancias, así como la documentación que corresponda, para determinar si se inicia o no el procedimiento administrativo de Investigación tutelar. Si de la revisión de los actuados no corresponde abrir Investigación tutelar, se inicia la actuación preventiva

por riesgo que incluye el soporte a la niña, niño o adolescente y su familia. La evaluación comprende, además, la entrevista única a la niña, niño o adolescente en función a su edad y grado de madurez, declaraciones de los que estuvieren presentes, entre otras acciones que se consideren pertinentes (Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 15).

La etapa de desarrollo consiste en:

La elaboración del plan de trabajo individual y el conjunto de diligencias que permitan esclarecer la situación de presunto estado de abandono de una niña, niño o adolescente. Asimismo, se realiza el seguimiento al plan de trabajo individual orientado a la reintegración familiar. Durante esta etapa se puede variar o remover las medidas de protección aplicadas en función al seguimiento del plan de trabajo individual. En la actuación preventiva por riesgo, se elabora el plan de trabajo individual con la niña, niño o adolescente y la familia, así como se desarrollan las acciones para brindar y/o coordinar el soporte necesario que permita superar los factores de riesgo en el que se encuentren (Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP

"Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 16).

Finalmente, la etapa de conclusión consiste en:

El procedimiento administrativo de investigación tutelar, concluye cuando: a) Se produce la reintegración familiar, b) Por haberse restituido su derecho a vivir en familia, c) Por mayoría de edad, d) Por fallecimiento de la niña, niño o adolescente, e) Por causa sobreviniente, no atribuible a la Unidad de Investigación Tutelar, que imposibilite continuar con el procedimiento. En todos los casos que se resuelva la conclusión del procedimiento de investigación tutelar, la o las medidas de protección provisional dictadas a favor de la niña, niño o adolescente cesan (Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 17).

Un aspecto importante que no podemos dejar de mencionar es en relación a las medidas de protección, la norma señala los siguientes tipos: "a) Cuidado en el propio hogar, b) Acogimiento Familiar, c) Participación en un Servicio o Programa Social o de Atención en Salud o Educación, d) Atención Integral en un Establecimiento de Protección Especial o Centro de Atención

Residencial" (Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar", 2016, art. 52).

5.4.2. La situación vigente en el decreto legislativo N° 1297

En el año 2016 se aprobó y publicó el Decreto Legislativo N° 1297, para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgos de perderlos.

En la exposición de motivos de la referida norma se indicaron fundamentos que tenemos a bien citar para entender el objetivo de su diseño:

Para combatir la inseguridad ciudadana es necesario atacar sus causas, entre las cuales se ha identificado la desprotección familiar de niñas, niños y adolescentes que posteriormente podrían desarrollar conductas infractoras de la Ley Penal y en su vida adulta actos delictivos. Por ello el presente proyecto se orienta a la prevención social de la delincuencia al enfrentar parte de sus causas a través de un sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

Que, la familia es un espacio clave de protección, que contribuye a la socialización de las normas y su aprendizaje, y consecuentemente en las políticas de prevención del delito, para lo cual se puede focalizar a los grupos vulnerables (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016)

En tal sentido, la norma señala como ámbito de aplicación a los siguientes:

Esta Ley se aplica a todas las niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales o en riesgo de perderlos y a sus respectivas familias. A efectos de la presente Ley, se entiende por niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales a aquellas y aquellos que se encuentran en situación de desprotección familiar; y en riesgo de perderlos, a las niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo de desprotección familiar (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016, art. 2).

En ese sentido, la norma ha definido la situación de riesgo de desprotección familiar de la siguiente manera:

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 (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016).

Asimismo, el reglamento del presente decreto legislativo, indica taxativamente las siguientes situaciones de riesgo:

- a) Violencia física o psicológica en agravio de la niña, niño o adolescente, que no constituya una situación grave de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo,
- b) Deserción escolar, ausentismo esporádico o abandono escolar sin razones justificadas,
- c) Incapacidad o imposibilidad de controlar situaciones conductuales de la niña, niño o adolescente que puedan conllevar a una situación de desprotección familiar, peligro

inminente de hacerse daño o de hacerlo a terceras personas,

d) Descuido o negligencia que ponen en riesgo leve el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo,

e) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que no revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo,

f) Otras circunstancias que, sin revestir gravedad, perjudiquen el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente. Estas circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por riesgo de desprotección familiar (Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP "Reglamento del D. Legislativo N° 1297", 2018).

De otro lado, se entiende por situación de desprotección familiar cuando:

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. La situación de

desprotección familiar tiene carácter provisional e implica la separación temporal de la niña, niño o adolescente de su familia para su protección, así como el apoyo especializado a la familia para la remoción de las circunstancias que la motivaron, aplicando las medidas de protección apropiadas establecidas en esta ley, promoviendo la reintegración familiar (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016, art. 3).

De igual forma, el reglamento del decreto legislativo menciona taxativamente las siguientes circunstancias de desprotección familiar:

- a) El abandono de la niña, niño o adolescente, que se produce cuando faltan las personas que asumen su cuidado en ejercicio de la patria potestad, tenencia o tutela; o porque éstas no quieren o no pueden ejercerla,
- b) Amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física de la niña, niño o adolescente. Entre otros:
 - b.1 Cuando se produzca violencia sexual o violencia física o psicológica grave por parte de miembros de su familia de origen o éstos lo consintieran o actuaran de manera negligente,
 - b.2 Cuando la niña, niño o adolescente haya sido identificada/o como víctima del delito de trata de

personas y dicha situación se vincule al incumplimiento de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia de origen, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo. Corresponde al Ministerio Público determinar la participación o no de la familia de origen en el delito. Asimismo, corresponde a la Unidad de Protección Especial determinar las competencias parentales para asumir el cuidado de la niña, niño o adolescente víctima, b.3 Cuando la niña, niño o adolescente consume de manera reiterada sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas, con el conocimiento, consentimiento o tolerancia de los padres, tutores o integrante de la familia de origen responsable de su cuidado,

c) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo,

d) La inducción a la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación de similar naturaleza o gravedad,

e) Otras circunstancias que perjudican gravemente el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente y cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia, incluidas la

persistencia de situaciones de riesgo de desprotección familiar que no se han revertido a pesar de la actuación estatal (Decreto Legislativo N° 1297 “Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”, 2016, art. 4).

En ese sentido, si observamos ambas situaciones descritas anteriormente, verificamos que en ninguna de ellas se menciona expresamente a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años en conflicto con la ley penal, sólo se hace mención a circunstancias que podrían influenciar en la generación de conductas infractoras, tal como lo mencionó la exposición de motivos del decreto legislativo, es decir, esta norma se ha diseñado en el marco de una política de prevención del delito, cuyo indicador de trabajo son los distintos tipos familias como instituto elemental de formación de los niños, niñas y adolescentes.

Sobre la institución encargada de desarrollar los procedimientos anotados anteriormente, la norma hace mención a la Unidad de Protección Especial, precisando que:

La Unidad de Protección Especial (UPE), que depende de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes (DGNNA), es la instancia administrativa del MIMP que actúa en el procedimiento por desprotección familiar de las

niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP "Reglamento del D. Legislativo N° 1297", 2018, art. 10).

Sobre el procedimiento de situación de riesgo tenemos que “se desarrolla a través de actuaciones y medidas de protección conducentes a disminuir o eliminar los factores de riesgo e incrementar los factores de protección para prevenir la desprotección familiar de una niña, niño o adolescente” (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016, art. 25). Este procedimiento tiene las etapas de evaluación y de implementación del plan de trabajo individual y seguimiento, a cargo del equipo interdisciplinario, orientado a verificar los factores de riesgo y de protección del niño, niña o adolescente, lo cual permita diseñar el plan de trabajo individual orientado a modificar o neutralizar la situación de riesgo (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016).

En este procedimiento por situaciones de riesgo tenemos las siguientes medidas de protección:

- a) Apoyo a la familia para fortalecer competencias de cuidado y crianza,

- b) Acceso a servicios de educación y salud para niñas, niños y adolescentes,
- c) Acceso a servicios de atención especializada,
- d) Apoyo psicológico a favor de la niña, niño o adolescente y su familia,
- e) Acceso a servicios para prevenir y abordar situaciones de violencia,
- f) Acceso a servicios de cuidado,
- g) Acceso a servicios de formación técnico productivo para la o el adolescente y su familia,
- h) Inclusión a programas sociales,
- i) Otras que fueran necesarias (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016, art. 32).

De otro lado, en relación a la situación de desprotección familiar, se define como aquel que:

Se orienta a incrementar los factores de protección y disminuir o eliminar los factores de riesgo que incidan en la situación personal, familiar y social en la que se encuentra la niña, niño o adolescente, a través de medidas de protección con la finalidad de lograr el retorno a su familia, siempre que ello responda a su Interés Superior (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y

adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016, art. 43).

Este procedimiento, al igual que el de riesgo, tiene las etapas de de evaluación y de implementación del plan de trabajo individual y seguimiento, a cargo del equipo interdisciplinario. Las medidas de protección aplicables de manera provisional son: a) Acogimiento familiar y b) Acogimiento Residencial. No obstante, pueden variar o cesar en cualquier estado del procedimiento por desprotección familiar, cuando las circunstancias que motivaron su aplicación hayan desaparecido o modificado; siempre y cuando resulte compatible con el interés superior de la niña, niño o adolescente. La resolución que aprueba la variación de la medida de protección debe disponer, además, el plazo de duración de la misma y la obligación de revisión trimestral (Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos", 2016).

En tal sentido, habiendo descrito detalladamente los aspectos esenciales el Decreto Legislativo N° 1297, podemos afirmar que en su esencia no ha sido diseñado para ser aplicado específicamente a los niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad que se encuentren en conflicto con la ley penal, más bien se advierte que ha sido diseñada para fortalecer a las familias y de esta forma evitar que los niños, niñas y adolescentes presenten

conductas antisociales en el futuro, es decir, forma parte de una política de prevención del delito, antes que una norma dirigida al tratamiento del niño, niña o adolescente que infringe la ley penal.

En el año 2018, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por Resolución Administrativa N° 183-2018-CE-PJ, de fecha 4 de junio de 2018, aprobó el desarrolló el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia (Resolución Administrativa N° 183-2018-CE-PJ, 2018), donde se acordó:

“Debajo 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 aplicar la Ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297”

El proceso tutelar no está regulado de manera expresa en el Código de los Niños y Adolescentes para ser aplicado a menores de 14 años de edad en conflicto con la ley penal, sino que fue concebido desde un origen para aquellos casos de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en algunas de las causales de

abandono que indicaba taxativamente el derogado artículo 248° del código acotado.

Este proceso tutelar estaba regulado expresamente en los artículos 245°, 246° y 247° del Código de los Niños y Adolescentes, sin embargo, dichos artículos que regulaban este proceso fueron derogados por el Decreto Legislativo N° 1297. En tal sentido, el proceso tutelar que actualmente es aplicado por los juzgados de familia no tiene una base legal específica y se inician procesos bajo la fórmula seguida en el proceso típico de infracción a la ley penal establecido para niños, niñas y adolescentes infractores mayores de catorce años, tal como lo graficamos en la figura número dos. Por tanto, estamos ante un vacío legal que no genera distinción procesal en el tratamiento jurídico de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal.

CAPÍTULO VI

SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL APLICADO A NIÑOS, NIÑAS Y

ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL EN EL DERECHO

COMPARADO

En este capítulo vamos a conocer el tratamiento jurídico penal de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en otras legislaciones.

Al respecto debemos mencionar el Comentario de la Observación General N° 07 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que precisó lo siguiente:

“Conducta conflictiva e infracción de la ley (art. 40). En ningún caso los niños pequeños (definidos como los niños menores de 8 años de edad; véase el párrafo 4) serán incluidos en definiciones jurídicas de la edad mínima de responsabilidad penal. Los niños pequeños con mala conducta o que violan la ley necesitan ayuda y comprensión benévola, para que aumenten su capacidad de control personal, su empatía social y capacidad de resolución de conflictos. Los Estados Partes deberán garantizar que se ofrece a los padres/cuidadores apoyo y formación adecuados para cumplir con sus responsabilidades (art. 18) y que los niños pequeños tienen acceso a una educación y atención de calidad en la primera infancia, y (si procede) a orientación/terapias especializadas” (Observación General N° 07 (CRC/C/GC/7): Realización de los Derechos de la Primera Infancia, 2005, párrafo 36, literal i).

El Comité de los Derechos del Niño establece que aquellos niños y niñas que son menores de ocho (08) años de edad deben recibir un trato especial orientado a comprender sus conductas, brindarle mayor acceso a la educación, soporte a sus progenitores para que cumplan sus responsabilidades y orientación especializada, según lo requieran.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, define a la primera infancia de afirmando que:

“Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición” (Observación General N° 07 (CRC/C/GC/7): Realización de los Derechos de la Primera Infancia, 2005, párrafo 4).

En efecto, dentro del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, existe una evolución de sus capacidades, y en esta evolución se reconoce que la primera infancia es una etapa donde se requiere de mayor protección a ellos, por cuanto, delimita muchas veces sus patrones conductuales posteriores, justamente por ello el Comité de Derechos del Niño señala que debe brindarse una atención de calidad y si procede atención y orientación especializada.

Resulta de importancia también citar el Comentario de la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, donde indica que:

“En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la EMRP no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola” (Observación General N° 10 (CRC/C/GC/10): Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes, 2007, párrafo 32).

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niños indica que:

“Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales. A este respecto, los Estados Partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía 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” (Observación General N° 10 (CRC/C/GC/10): Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes, 2007, párrafo 33).

En tal sentido, consideramos sumamente importante lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño, puesto que, resulta claro que promueve el establecimiento de una edad mínima que oscile entre 14 o 16 años, y que aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentren por debajo de dicho mínimo legal no sean sometidos a procedimientos judiciales, siendo ello un

parámetro para las legislaciones de los Estados que forman parte de la Convención.

A continuación, veremos el tratamiento jurídico otorgado a los niños, niñas y adolescentes infractores en algunas legislaciones de otros países, para conocer su diseño normativo y mecanismos procesales orientados a su desarrollo:

6.1. Costa Rica

En Costa Rica podemos mencionar a la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley N° 7576, del 3 de abril de 1996, que al referirse a la responsabilidad penal mínima señala lo siguiente:

“Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley; la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios. Si las medidas administrativas conllevan la restricción de la libertad ambulatoria del menor de edad, deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también las controlará” (Ley N° 7576 "Ley de Justicia Penal Juvenil", 1996, art. 6).

En tal sentido, observamos que la edad de responsabilidad penal mínima se fija en 12 años de edad, dejando a salvo la responsabilidad civil de los niños, niñas y adolescentes menores de dicha edad, a fin que sea ejercida vía acción en los órganos jurisdiccionales correspondientes. Es decir, los niños, niñas y adolescentes menores de 12 años de edad, de ninguna manera se les atribuye la comisión de un delito y por consiguiente no son llevados a un proceso judicial.

Asimismo, resulta importante destacar al Patronato Nacional de la Infancia, institución del estado que se encarga de brindar la atención y el seguimiento necesario, entendiéndose que se encarga de brindar las medidas administrativas que el caso requiera, y que, si es necesario restringir la libertad del menor de edad, se comunicará dicha situación al Juez a fin que supervise dicha medida.

6.2. Brasil

En Brasil tenemos la Ley N° 8069 del 13 de Julio de 1990, que aprueba el “Estatuto del Niño y del Adolescente”, y considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a aquella entre doce y dieciocho años de edad.

Asimismo, la Ley señala que:

Las medidas de protección al niño y al adolescente son aplicables siempre que los derechos reconocidos en esta ley sean

amenazados o violados bajo tres supuestos: I. Por acción u omisión de la sociedad o del Estado; II. por falta, omisión o abuso de los padres o responsable; III. en razón de su conducta (Ley. N° 8069 "Estatuto da Crianca e do Adolescente", 1990, art. 98).

La ley también considera acto infractor a la conducta descrita como crimen o contravención penal. En relación con ello, la ley fija que son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, quedando sujetos a las medidas previstas en la norma, y que el acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101 de la ley.

El estatuto del niño y adolescente reúne diversas medidas de protección al niño que cometa acto infractor:

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 (Ley. N° 8069 "Estatuto da Crianca e do Adolescente", 1990, art. 101).

Ahora bien, el artículo 136° de la Ley N° 8069, regula las atribuciones del Consejo Tutelar, siendo éste el órgano competente para aplicar las medidas antes anotadas. Esta institución es el órgano permanente y autónomo, no jurisdiccional, encargado por la sociedad de velar por el cumplimiento de los derechos del niño y del adolescente.

6.3. Colombia

El autor Alejandro Morchaletti, en relación al sistema jurídico de la República de Colombia, señala que:

El Código establece un sistema de responsabilidad penal para adolescentes del cual forman parte el Poder Judicial, la Policía Judicial, la Policía Nacional, los defensores públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, quienes deben asumir la defensa técnica de los adolescentes, Las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y las Comisarías de Familia, o los Inspectores de Policía, cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos y El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar responderá por los lineamientos técnicos para la

ejecución de las medidas pedagógicas que se ordenen en el marco del proceso penal (Morlchetti, 2013, p. 24).

En efecto, en Colombia tenemos el Código de la Infancia y Adolescentes, aprobado por Ley N° 1098, del 8 de noviembre de 2006, cuyo objeto es establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política de Colombia y en las leyes especiales.

El Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia establece que, sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible.

La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible. Tampoco serán juzgadas, declaradas

penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad (Ley N° 1098 "Código de la Infancia y Adolescencia", 2006, art. 142).

Asimismo, el sistema de justicia colombiano establece que:

Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa (Ley N° 1098 "Código de la Infancia y Adolescencia", 2006, art. 143).

Si un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años es sorprendido en flagrancia por una autoridad de policía, esta lo pondrá inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia a disposición de las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos. Si es un particular quien lo sorprende, deberá ponerlo de

inmediato a disposición de la autoridad policial para que esta proceda en la misma forma.

El artículo 79° de la ley colombiana se refiere a las Defensorías de Familia, que son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Defensorías de Familia cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, y sus conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tienen el carácter de dictamen pericial. Asimismo, conforme el artículo 82° del Código de la Infancia y Adolescencia, esta institución tiene diversas funciones, pero la que más nos importa es la siguiente: “5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos”.

En suma, si verificamos las normas antes anotadas debemos destacar que en Colombia la edad de responsabilidad mínima penal está fijada en catorce (14) años de edad. Los niños, niñas y adolescentes que cometan delito y se encuentren por debajo de dicha edad, no serán sometidos a un proceso judicial, sólo serán pasibles de un procedimiento de naturaleza administrativa a cargo de las Defensorías de Familia, órgano que forma parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Es de resaltar el tratamiento procesal de los niños, niñas y adolescentes, puesto que ha establecido un sistema integral, que involucra diversas disciplinas para realizar un diagnóstico de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, lo cual es acorde al principio del interés superior del niño y al principio de protección integral reconocido en las Convención sobre los Derechos del Niño.

6.4. Chile

En Chile tenemos la Ley N° 20084 que aprueba la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente, del 28 de noviembre de 2005, que se aplica a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de la ley, se consideran adolescentes.

La referida Ley precisa que, si se sorprendiere a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicas y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos. Una vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección. En todo caso, tratándose de infracciones de menor entidad podrá entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado y, de no ser ello posible, lo entregará a un

adulto que se haga responsable de él, prefiriendo a aquellos con quienes tuviere una relación de parentesco, informando en todo caso al tribunal de familia competente (Ley N° 20084 "Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente", 2005, art. 58).

Los Tribunales de Familia en Chile establecieron como procedimiento que en los casos en que un niño, niña o adolescente inimputable incurra en una conducta ilícita, el juez de familia deberá citar a su padre, madre o a quien lo tenga a su cuidado a una audiencia, para los fines del artículo 234 del Código Civil (Ley N° 19968 "Ley de creación de los Tribunales de Familia", 2004, art. 102 N).

El Código Civil de Chile, precisa que:

Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño. Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales (Código Civil de Chile, 2000, art. 234).

En tal sentido, observamos que Chile establece como edad mínima de responsabilidad penal en los adolescentes la edad de catorce años, y para aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentren por debajo de dicha edad se les considera inimputables, pasibles de medidas cautelares que son fijadas por un Tribunal de Familia, es decir, existe un procedimiento jurisdiccional para la aplicación de dichas medidas que la norma define claramente y que no somete a un proceso de responsabilidad, siendo interesante este modelo.

6.5. Ecuador

La Ley N° 2002-100, del 3 de julio de 2003, aprueba el Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Ecuador. En esta legislación se define al niño de la siguiente manera: “niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (Ley N° 2002-100 "Código de la Niñez y Adolescencia", 2003, art. 4). La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia está conformada por los Juzgados de Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Adolescentes Infractores.

El Título I del Libro Cuarto del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador regula la responsabilidad del adolescente infractor. Este Código precisa que: “los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal estarán sujetos a medidas socio-

educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del Código” (Ley N° 2002-100 "Código de la Niñez y Adolescencia", 2003, art. 306).

En tal sentido, concordando dicha norma con el artículo 4° del mismo cuerpo legal, se deduce que la edad mínima de responsabilidad penal se fija en doce años de edad; es decir, que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran por debajo de dicha edad son absolutamente inimputables.

Sobre la inimputabilidad, el Código de la Niñez y Adolescencia, señala que:

Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas contempladas en este Código. Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326°, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código (Ley N° 2002-100 "Código de la Niñez y Adolescencia", 2003, art. 307).

Debemos destacar que el artículo 326° del Código de la especialidad señala que ningún niño puede ser detenido, ni siquiera en caso de infracción flagrante. En este evento, debe ser entregado de inmediato a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe recibir a un niño en un Centro de Internamiento; y si de hecho sucediera, el Coordinador del Centro será destituido de su cargo.

Por otro lado, en relación a las medidas de protección éstas pueden ser administrativas o judiciales, son competentes para dictarlas los Jueces de la Niñez y Adolescencia, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención en los casos contemplados en este Código.

Las medidas judiciales de protección sólo pueden ser ordenadas por los Jueces de la Niñez y Adolescencia. Las medidas administrativas pueden ser dispuestas indistintamente, por los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que las justifican. Las entidades de atención sólo podrán ordenar medidas administrativas de protección, en los casos expresamente previstos en el presente Código. De las medidas dispuestas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención puede recurrirse ante los Jueces de la Niñez y Adolescencia, contra

cuya resolución en esta materia no cabrá recurso alguno (Ley N° 2002-100 "Código de la Niñez y Adolescencia", 2003, art. 218).

6.6. Argentina

En la República de Argentina tenemos la Ley N° 22.278, que aprueba el Régimen Penal de Minoridad, del 25 de agosto de 1980, modificado por la Ley N° 22.803, del 9 de mayo de 1983.

En esta legislación no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (Ley N° 22.278 "Régimen Penal de Minoridad", 1980, art. 1).

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado,

previa audiencia de los padres, tutor o guardador (Ley N° 22.278 "Régimen Penal de Minoridad", 1980, art. 1 segundo párrafo).

Si analizamos la norma podemos ver que la edad de responsabilidad mínima penal se encuentra fijada en 16 años de edad, por lo tanto, los niños, niñas y adolescentes que se encuentran por debajo de edad son inimputables.

Ahora bien, si estamos en el caso de niños, niñas y adolescentes que se encuentran por debajo de la edad de responsabilidad mínima penal, tenemos que serán incluidos en un procedimiento judicial donde el Juez, de conformidad puede disponer:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el

menor alcance la mayoría de edad (Ley N° 22.278 "Régimen Penal de Minoridad", 1980, art. 3).

Asimismo, en jurisdicción nacional la autoridad técnico-administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículos 1 y 3 deben disponer los jueces. En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas.

6.7. España

En España se dio la Ley Orgánica 5/2000 que aprueba la "Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores", del 12 de enero de 2000, aplicable para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales:

(...) 2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España

(Ley Orgánica N° 5/200 "Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores", 2000, art. 1).

Por otro lado, existe un régimen aplicado a los menores de catorce años de edad, al respecto la norma señala:

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal remitirá a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél (Ley Orgánica N° 5/200 "Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores", 2000, art. 3).

La norma establece un procedimiento administrativo aplicable a los menores de catorce años de edad que son imputados por hechos tipificados como delitos.

La Ley Orgánica 1/1996, establece el marco de Protección Jurídica del Menor donde se describe las medidas de protección aplicables. Asimismo, se utiliza la expresión "entidad pública" cuando se hace

referencia a la entidad de protección de menores competente territorialmente, que se encuentra en cada comunidad autónoma, siendo de su responsabilidad la verificación de su funcionamiento y elección de los profesionales que la integran.

6.8. Estados Unidos

En Norteamérica no existe una fórmula de justicia penal juvenil, así como tampoco un proceso diferenciado de los adultos, ello puesto que debido a los índices de criminalidad muchos estados han optado porque los niños, niñas y adolescentes que cometan delitos sean juzgados bajo el régimen penal de adultos.

Ello es una situación que va contra el Sistema de Protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes y se debe a que Estados Unidos no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, y evidentemente se encuentra bajo su potestad regular la forma de justicia juvenil para sus ciudadanos.

Existe una la Ley de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia (Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act) que dispone la separación de los jóvenes de los adultos bajo custodia, así como la desinstitucionalización de los *status offenders*, esto es, jóvenes procesados por conductas no penales que se sancionan únicamente por su estatus o condición de menores de edad, así como también provee

financiamiento a aquellos estados que cumplan con las protecciones federales diseñadas para los jóvenes acusados de cometer delitos, con el fin de asegurar su cuidado adecuado y garantizar que sean tratados como jóvenes en el sistema de justicia.

Asimismo, define a los "programas de delincuencia juvenil" (juvenile delinquency program) como cualquier programa o actividad relacionada con la prevención de la delincuencia juvenil, diseñada para reducir factores de riesgo para el comportamiento delincuente, que se basan en factores de protección y desarrollo de competencias; sin embargo, en la mayoría de los estados aún se procesan a los niños, niñas y adolescentes como adultos, situación que aparentemente continuará debido al contexto político y social de permanente inseguridad que vive dicho país.

En un estudio sobre el sistema de justicia penal juvenil en los Estados Unidos, tenemos que:

Una de las principales causas legales para que los niños ingresen al sistema de justicia penal para adultos en Estados Unidos es la legislación que limita la jurisdicción de los tribunales juveniles a fin de excluir a todos los niños de 17 años, o de 16 años del sistema de justicia juvenil. Esto conduce a que estos niños sean juzgados automáticamente como adultos en todas las circunstancias, en contravención al derecho internacional que fija la edad mínima

para ser tratado como adulto en 18 años (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 36).

Asimismo, debemos indicar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene suma preocupación sobre la elevación de la edad mínima de responsabilidad, al respecto señala que:

La mayoría de las reformas para elevar la edad máxima de acceso a la jurisdicción juvenil se limiten a ciertos delitos, como las contravenciones menores (misdemeanors) y la mayoría de delitos menos graves (felonies); mientras que no resultan aplicables a los delitos de mayor gravedad (serious crimes). Como consecuencia de aquello, los adolescentes acusados de delitos más graves, incluidos muchos delitos violentos, siguen siendo automáticamente excluidos de la jurisdicción de la justicia juvenil en muchos estados de Estados Unidos. Esta es, por ejemplo, la situación en los estados de Massachusetts e Illinois, donde a pesar de que en 2013 y 2015 se elevó la edad mínima de la jurisdicción penal a 18 para la mayoría de delitos, los jóvenes acusados de delitos más graves están excluidos de la jurisdicción de los tribunales juveniles (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 37).

Evidentemente, sobre esta situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha encontrado que:

En 21 estados de Estados Unidos y en el Distrito de Columbia no se especifica una edad mínima para ser transferido a los tribunales para adultos; y en otros 26 estados, los niños de 10 a 14 años de edad son considerados susceptibles de ser transferidos al sistema de justicia penal para adultos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 39).

Esta situación no podría aplicarse definitivamente al Perú, puesto que contraviene la Convención sobre los Derechos del Niños y resulta lesivo a los derechos fundamentales de la niñez e infancia.

CAPÍTULO VII

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

7.1. Diseño metodológico

En el presente trabajo realizamos una investigación de tipo básico y cualitativo, nivel descriptivo y diseño no experimental, que está orientado a describir la realidad tal como es, en las condiciones y circunstancias en que se presenta para reunir la información necesaria que permita obtener resultados y conclusiones.

7.2. Delimitación de la investigación

a) Delimitación temporal

La investigación comprende los casos presentados durante el período 2018 - 2019 en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

b) Delimitación espacial

La investigación se ejecutará en el ámbito geográfico que compete a la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

7.3. Diseño muestral

a) Población

Los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal, cuyos procesos son materia de juzgamiento ante la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

b) Muestra

Se tomará como muestra las decisiones judiciales emitidas durante el período 2018 – 2019.

7.4. Técnicas de recolección de datos

Utilizamos la técnica de recopilación documental con la finalidad de obtener datos e información a partir de doctrina, legislación comparada y otras investigaciones, asimismo un cuestionario como técnica de recolección de datos, y su instrumento encuesta, de tal forma que nos permite obtener información respecto a criterios y opiniones de los magistrados y especialistas en la materia.

7.5. Aspectos éticos

El tema de estudio escogido en la presente investigación: “El principio convencional de protección integral y la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 en los casos de niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal, en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte durante el período 2018 - 2019”, es original y de autoría personal del suscrito en calidad de investigador. Se declara bajo juramento el haber citado a las fuentes de información y consignado los derechos de autor respectivos en las referencias bibliográficas, asumiendo plenamente la responsabilidad sobre su contenido ante la Universidad y las autoridades respectivas.

CAPÍTULO VIII

RESULTADOS

En este capítulo vamos a mostrar los resultados de la recopilación documental de las resoluciones judiciales que han sido emitidas con relación al tema de investigación, y que permitirá generar la discusión y conclusiones en los capítulos posteriores.

8.1. En relación al proceso aplicable a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

8.1.1. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en una ocasión sobre el proceso aplicable a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

En el expediente N° 00162-2011-PHC, se analizó el caso donde la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante resolución judicial de fecha dieciocho de mayo de dos mil diez, confirmó la resolución judicial de fecha veintiocho de octubre de dos mil nueve, emitida por el Cuarto Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, en el que se impone al menor de iniciales A. E. V. Y., de trece años de edad, la

medida de protección integral por el término de quince meses, por la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio de la menor de iniciales A. T. P., de catorce años de edad, hecho ocurrida el quince de octubre de dos mil ocho.

El abogado defensor del menor de iniciales A. E. V. Y., de trece años de edad, interpuso recurso de hábeas corpus señalando la vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva, el debido proceso y la libertad individual, argumentando que no tiene capacidad para infringir la ley penal y que el favorecido ha sido sometido a un procedimiento distinto para imponérsele una medida de protección, la cual puede ser impuesta sin necesidad de un proceso judicial investigatorio, bastando para ello sólo los actuados policiales y fiscales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, precisó lo siguiente:

“(…) 4. Según se señala a fojas 15 de autos, el menor favorecido al 15 de octubre de 2008, fecha en que ocurrieron los hechos, tenía 13 años de edad; por lo que, al ser menor de 14 años, era pasible de medidas de protección.

5. Asimismo, si bien se alega que, para la imposición de las medidas de protección contra el favorecido, la imposición de alguna de las medidas de protección previstas en el

artículo 242° 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”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda porque no se acreditó la vulneración del derecho al debido proceso y la libertad individual, y se pronunció a favor de la aplicación de un proceso donde se acredite la participación indubitable del menor favorecido con la medida de protección.

8.1.2. Pronunciamientos de las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República

a) Casación N° 431-2013

El caso materia de pronunciamiento se refiere a una denuncia del Ministerio Público que promueve acción judicial contra los niños de iniciales C. A. H. L., L. E. D. T., J. C. M. A., J. G. G. M., por presunta infracción a la ley penal – faltas contra la persona, en agravio del menor de iniciales D. J. A. C., la cual fue declarada inadmisibile por el Sexto Juzgado de Familia de Lima a fin que se subsanen ciertas omisiones, que finalmente no fueron subsanadas oportunamente por el Ministerio Público y se

declaró improcedente la denuncia, lo cual fue objeto de apelación y originó la sentencia de vista de la Sala Superior que confirmó la recurrida y que es objeto del recurso de casación.

Se trata del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público por causal de infracción normativa del artículo 184° del Código de los Niños y Adolescentes y 139° de la Constitución Política, argumentando que:

“En la sentencia de vista de la Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, se ha producido una interpretación errónea del artículo 184° del citado código, puesto que entiende que los menores de catorce (14) años comprendidos en supuestos actos de infracción a la ley penal, deben ser reconocidos por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES (Ahora Ministerio de la Mujer y Población Vulnerable – MIMP) y que el caso de análisis es una denuncia sobre presunta comisión de infracción a la ley penal – faltas contra la persona, que debe ser remitido para las medidas de protección a la competente Gerencia General de la Unidad de Investigaciones Tutelares del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES (Ahora Ministerio de la Mujer y Población Vulnerable – MIMP), y que dichas medidas se encuentran a cargo de la referida Unidad Gerencial”.

Asimismo, el Ministerio Público argumenta que se ha infringido el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución, toda vez que el pronunciamiento de la Sala no ha tomado en cuenta lo previsto en los artículos 133° y 142° del Código de los Niños y Adolescentes, y el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió el recurso de casación con los siguientes fundamentos destacables:

(...) Octavo.- Que, en conclusión, estando a los principios constitucionales, así como a los dispositivos legales glosados con anterioridad, resulta claro que el conocimiento de un proceso como el sustanciado 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 esa 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 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 242° del Código de los Niños y Adolescentes y 53° del Texto Único Ordenado 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 (...).

Finalmente, la Sala Civil Transitoria resolvió declarar fundado el recurso de casación, y ordenó remitir lo actuado al Juzgado de Familia Subespecialidad de Infracciones de Turno.

b) Casación N° 4974-2015

El Ministerio Público formalizó denuncia penal y solicitó medidas de protección contra el adolescente de iniciales A. Z. I., de once años de edad, por infracción a la ley penal, en la modalidad de actos contra el pudor en agravio del menor de iniciales M. M. T. P., de cinco años de edad.

El Cuarto Juzgado de Familia del Callao resolvió abrir investigación al referido menor y dispuso como medida de protección temporal que el niño permanezca bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres en el propio hogar.

Durante el proceso el representante del Ministerio Público opina que se archiven los actuados, debiéndose proseguir con la medida de protección establecida a su favor y se exhorte a los progenitores del tutelado, para el cabal cumplimiento de su rol a fin de que puedan orientar al tutelado en el respeto a las normas.

El órgano jurisdiccional, mediante sentencia declaró no ha lugar la aplicación de medida de protección por infracción a la ley penal al niño A. Z. I., de once años de edad, argumentando que durante el proceso no se ha establecido la relación de causalidad entre el hecho y la autoría del niño tutelado.

La defensa legal de la parte agraviada interpone recurso de apelación argumentando que existen medios probatorios que acreditan la responsabilidad del niño de iniciales A. Z. I., de once años de edad; sin embargo, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao confirmó la resolución apelada.

La defensa legal de la agraviada interpone recurso de casación invocando la infracción normativa por inaplicación de los artículos 183°, 184° y 242° del Código de los Niños y Adolescentes, puesto que existen medios probatorios que acreditan la responsabilidad del niño A. Z. I., de 11 años de edad, asimismo invoca la infracción normativa del artículo 212° del Código de los Niños y Adolescentes, porque el A quo llevó mal la audiencia y no permitió que se formulen preguntas al niño investigado. Finalmente, invoca infracción normativa por inaplicación del artículo 215° del Código de los Niños y Adolescentes, porque el Juez no se ha pronunciado sobre la existencia del daño causado.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió el recurso de casación con los siguientes fundamentos destacables:

(...) Quinto. - Que, el artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes señala “El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código. El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código. Sexto. - Del análisis de la norma citada precedentemente, se advierte que nuestra legislación no le da el mismo tratamiento al trasgresor de la norma penal menor de catorce años que aquel cuya edad fluctúa entre los catorce y dieciocho años de edad, en tanto el Estado en aplicación del artículo 40 numeral 3 inciso a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha cumplido con establecer cuál es la edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños (menores de 18 años) no tiene capacidad para infringir leyes penales, justamente es por ello que dispone se dicten medidas de protección y no medidas socio educativas. Sétimo. - La distinción radica en que los niños por su falta de madurez mental no tienen la capacidad cognoscitiva para tomar conciencia de sus acciones, por lo que tenemos que aun cuando se advierte que la conducta del menor podría infringir la legalidad, no se le puede atribuir culpabilidad, en tanto tiene la calidad de inimputable, y en consecuencia excluido de sanciones y por el contrario sometido a medidas de protección que deberán

velar por su corrección y freno a dichas acciones. De lo que se colige que la Sala Superior no ha infringido las normas denunciadas, de lo que se concluye que el menor citado en la demanda es inimputable, pues, tenía 11 años de edad al momento del hecho que se le atribuye; por lo que el recurso de casación debe ser declarado infundado en todos sus extremos.

Finalmente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la representante de la menor de iniciales M. M. T. P.

c) Casación N° 3996-2016

En este caso el Ministerio Público de Lima Norte solicita la apertura de investigación tutelar respecto del menor A. H. L. M., de doce años de edad, al estar involucrado en la infracción contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio culposo en agravio del menor P. A. M. S. M., de once años de edad, habiéndose decretado su condición jurídica de entrega a sus padres.

El Juez mediante sentencia de fecha veintidós de setiembre de dos mil quince, declara al menor responsable de la infracción a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, homicidio

culposo, en agravio de quien en vida fuera el niño de iniciales P. A. M. S. M., de once años de edad; le impone la medida de protección de cuidado en su propio hogar con el monitoreo del equipo multidisciplinario adscrito al órgano jurisdiccional y una reparación civil de veinte mil nuevos soles.

La defensa legal del infractor interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia alegando una motivación deficiente, que no se tomó en cuenta la evaluación psicológica del menor infractor, la falta de información de personas presentes al momento del hecho y que la reparación civil es sumamente elevada; sin embargo, la Sala Laboral Permanente y Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte confirmó la resolución apelada.

La defensa legal del infractor formula recurso de casación por las casuales de infracción normativa de los artículos 43° y 1976° del Código Civil, alegando que al contar con 12 años de edad al momento de los hechos debería haber sido considerado incapaz absoluto y no puede ser obligado al pago de una reparación civil de forma individual o solidaria.

El Tribunal Supremo declaró procedente la casación excepcional, para verificar si en el presente caso, en el que el investigado es un adolescente que al momento de los hechos

denunciados contaba con doce años de edad, se le han respetado las garantías del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales, reguladas en el artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Perú y artículos 184 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resolvió el recurso de casación con los siguientes fundamentos destacables:

(...) Cuarto. - En este marco normativo supranacional (Convención sobre los Derechos del Niño) y doctrinario (Doctrina de la protección integral), sobre la materia, nuestro sistema normativo ha establecido que la potestad jurisdiccional la ejercen los Juzgados y Salas de Familia, de conformidad con los artículos 133 del Código de los Niños y Adolescentes y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora bien, la situación de los menores de catorce años, merece una consideración especial, en atención a su falta de madurez mental y la capacidad cognocitiva y volitiva suficientes para darse cuenta del carácter antijurídico de su conducta; o, para poder determinarla conforme a tal apreciación, y aun cuando aquél haya incurrido en una conducta típica y antijurídica, no se le puede atribuir culpabilidad, al ostentar la calidad de inimputable, por ende, carece completamente de responsabilidad penal, no

estando sujetos al régimen jurídico especial de justicia penal juvenil, y menos aún al sistema penal para adultos.

Quinto. - Debido a que están plenamente exentos de responsabilidad penal juvenil (inimputabilidad absoluta), no se les puede imponer medidas socioeducativas, siéndoles aplicables únicamente las medidas de protección de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, aplicable por el Juez de Familia, según lo previsto en el artículo 242 del acotado Código. Es decir, el sistema de justicia penal juvenil y las medidas socio educativas en nuestro país, están previstas exclusivamente para aquellos adolescentes que, al momento de cometer la infracción a la ley penal, cuenten con más de catorce años de edad. Aquella disposición se encuentra en concordancia con el artículo 40 numerales 2.iii) y 3.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño y la regla 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de Beijing, que obligan a los Estados parte a establecer una “edad mínima” para los menores acusados de haber cometido una infracción a la ley penal, en consecuencia, debajo de dicha edad se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal, pues ello implicaría más bien

una desviación de la jurisdicción predeterminada por la ley y por la Convención sobre los Derechos del Niño. En consecuencia, las medidas de protección que resulten necesarias se aplicarán a través de un proceso de naturaleza tutelar, según el citado artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes.

(...) Noveno. - Que, en cuanto a la reparación civil, no corresponde ventilarse en esta clase de proceso, por lo que se debe dejar a salvo el derecho de los padres del niño P.A.M.S.M. para que lo hagan valer en la vía correspondiente; siendo así corresponde anular este extremo de la sentencia (...).

Finalmente, la Sala Civil Permanente declaró fundado el recurso de casación interpuesta por la representante legal del menor A. H. L. M., y actuando en sede de instancia confirmaron la sentencia apelada, de fecha veintidós de setiembre de dos mil quince, que impone al adolescente A. H. L. M., la medida de protección de cuidado en su propio hogar, la que debe ser monitoreada por el equipo multidisciplinario del Juzgado de origen, y declararon nulo el extremo que fija como reparación civil la suma de veinte mil soles (S/. 20. 000.00) a favor de los herederos del menor P. A. M. S. M.

d) Casación N° 3091-2017

En este caso el Ministerio Público solicita la apertura de proceso a fin que se apliquen medidas de protección a favor del menor de iniciales C. S. I. O. B., de doce años de edad, por la comisión de la infracción a la ley contra la libertad – violación de la libertad sexual – actos contra el pudor en menores de catorce años, en agravio del niño de iniciales P. S. B. R., de siete años de edad.

La juez de la causa, por resolución de fecha veintidós de junio de dos mil quince, declaró no ha lugar a promover acción judicial para dictar medidas de protección a favor del menor infractor de iniciales C. S. I. O. B., fundamentando su decisión en que se trata de un adolescente de (12) años, que es inimputable a la fecha de los hechos, que se encuentra dentro de la inimputabilidad al no alcanzar la madurez para asumir la trascendencia de sus actos, que está bajo la protección y cuidado de sus padres, y teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 184° del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que el adolescente infractor mayor de catorce años de edad será pasible de medidas socioeducativas, los hechos incriminados al menor con iniciales C.S.I.O.B. no deberán ser judicializados, que haría mal su judicatura en judicializar a niños y adolescentes menores de catorce años, por su falta de

madurez física y mental y para evitar los efectos negativos que implica un proceso de esta naturaleza frente a su desarrollo en estructuración.

El Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la sentencia, sin embargo, la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, declaró no ha lugar promover acción judicial para dictar medidas de protección solicitada por la representante del Ministerio Público al adolescente de iniciales C.S.I.O.B, de 12 años de edad, y que tales medidas de protección deben ser aplicadas por el organismo del ente rector, esto es, por la Dirección de Investigación Tutelar del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

El Ministerio Público formuló recurso de casación por la infracción de los artículos 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú, y los artículos 133, 184 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes, así como el artículo 53 inciso a) del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, argumentando que se está desconociendo la competencia del Juzgado de Familia en temas de infracción a la ley penal, que se encuentra en los artículos 133 del Código de los Niños y Adolescentes y 53 inciso a) del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; argumentando que debe

investigarse si cometieron o no la infracción a la ley penal que se les atribuye, lo cual es de competencia del Juzgado de Familia en infracciones a la ley penal; solo el "Juez Especializado" determinará a través del procedimiento correspondiente si un menor de catorce años cometió una infracción a la ley penal, como autor o como partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta, y de ser así dispondrá las medidas de protección más favorables al niño, caso contrario, si no se llegara a determinar la comisión de una infracción a la ley penal de parte del menor de catorce años, no cabría aplicar medida alguna.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió el recurso de casación con los siguientes fundamentos destacables:

(...) Décimo quinto.- Teniendo en cuenta que cuando una infracción es cometida por un adolescente mayor a los catorce años, se le atribuye responsabilidad penal especial, sin embargo, cuando la infracción es cometida por menores a catorce años, se habla de un sujeto de derechos sin responsabilidad civil, correspondiendo se le fije una medida de protección, la misma que puede ser ordenada por el juez para proteger a un niño o adolescente vulnerado o amenazado en sus derechos, y que establecidos los daños, estos deban ser reparados en aplicación de las normas

correspondientes a la responsabilidad civil extracontractual, ante la vía judicial correspondiente. En tal sentido, 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

(...) Vigésimo. - En tal sentido, al tratarse de un menor de catorce años de edad a la fecha de acontecidos los hechos, amerita la aplicación de medidas de protección, siendo que, para tal efecto, se requiere iniciar un proceso en el que se ordene las diligencias pertinentes que coadyuven a determinar las medidas de protección más favorables. Ese sentido coincide con la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en la causa número 00162-2011-PHC/TC del tres de mayo de dos mil once, cuando señala en su fundamento seis que: "Asimismo, si bien, se alega que para la imposición de algunas de las medidas de protección, no se debió iniciar proceso contra el favorecido, la imposición de algunas de las medidas de protección previstas por el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requería que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido en la que la infracción

penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor, lo que ha implicado el inicio del proceso”.

(...) Vigésimo cuarto. - Pues, al no abrir investigación judicial por la infracción normativa a la ley penal atribuida al menor de doce años de edad por los hechos acaecidos en el presente proceso, importa una vulneración al principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional atribuida por ley prevista por el artículo 53°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en el artículo 139° numeral 2) de la Constitución Política del Perú. En virtud a dicho principio la jurisdicción atribuida a los jueces para el conocimiento de determinados casos en función a los criterios de competencia establecidas en la ley, no pueden ser objeto de transferencia, cesión o encargo, ya que obliga inexcusablemente a que dicha atribución sea ejercida directa y exclusivamente por el órgano jurisdiccional competente, aspecto que como se ha precisado anteriormente no ha sido considerado por el juez de la causa, ni mucho menos por la Sala de Mérito, pese haber sido invocado en el recurso de apelación conforme se aprecia a fojas setenta y dos, generando con ello la emisión de una resolución basada en una motivación aparente, lo cual vulnera las disposiciones previstas por el artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Perú. Por lo

que debe declararse fundado el recurso de casación, nula la resolución de vista e insubsistente la apelada, debiendo expedir nuevo pronunciamiento el juez de la causa.

Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declaró fundado el recurso de casación formulado por el Ministerio Público, nulas las resoluciones expedidas anteriormente y ordenó que el juez de la causa, emita nuevo pronunciamiento.

e) Casación N° 302-2016

En este último caso, el Ministerio Público solicita la apertura de proceso contra la adolescente de iniciales S. C. J. N., de 13 años de edad, por la comisión de la infracción contra el patrimonio – hurto agravado, en grado de tentativa, en agravio de Supermercado Metro del distrito de la Victoria.

La Jueza de Familia declaró no haber lugar a promover acción judicial para dictar medidas de protección solicitadas por el representante del Ministerio Público, respecto a la adolescente de iniciales S. C. J. N., por ser inimputable a la fecha de comisión del acto ilícito, y por tanto, no procede la judicialización a niños y adolescentes menores de 14 años de edad, en virtud a lo establecido por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que

determina que el niño menor de 14 años será pasible de medida de protección.

El Ministerio Público interpuso recurso de apelación y la Sala Especializada de Familia, confirmó el extremo apelado, señalando que, al ser la adolescente menor de 14 años de edad, está exenta de cualquier proceso penal para evitar secuelas negativas que pudieran generarle, observándose que las medidas de protección por su naturaleza tuitiva se han aplicado en forma inmediata, efectiva y oportuna, por encontrarse la menor a la fecha bajo el cuidado y protección de sus señores padres.

El Ministerio Público interpuso recurso de casación argumentando infracción normativa por interpretación errónea del segundo párrafo del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con los artículos 133 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes, sosteniendo que la Sala Superior considera erróneamente que las medidas de protección contempladas en el artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, para menores de catorce años de edad, corresponde a una materia tutelar de competencia del juzgado de familia tutelar, invocando normas ajenas a la materia de infracciones a la ley penal, ya que la sala alega que las medidas de protección deben ser aplicadas por un órgano administrativo,

la Dirección de Investigación Tutelar de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la cual carece de competencia para tal fin.

Asimismo, el Ministerio Público denunció la infracción normativa por inaplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asimismo se habría inaplicado el segundo párrafo del artículo 184° del Código invocado, por cuanto dichos dispositivos legales reconocen que los menores de catorce años de edad pueden ser considerados como infractores de la ley penal aplicándoseles las medidas de protección respectivas; por lo cual la recurrida habría inaplicado indebidamente una norma de rango legal sobre una materia que sí resulta de su competencia, toda vez, que el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados de Familia conocen en materia de infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes como autores o como partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió los siguientes fundamentos:

“(…) 5.4. En ese sentido, antes de ingresar a analizar las causales invocadas en los literales a), b), y c), es del caso

anotar, que en principio, los hechos que se imputan a la adolescente, de trece años de edad, están previstos en el ordenamiento penal como infracción a la ley penal contra el patrimonio – hurto agravado en grado de tentativa, en agravio de Supermercado Metro de La Victoria, por tanto le es aplicable el segundo párrafo del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que los infractores menores de 14 años de edad, serán pasibles de medidas de protección, lo que encuentra consonancia en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

(...) 5.6. Ahora bien, respecto al órgano que resulta competente para dictarlas, se debe tener en cuenta que el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados de Familia conocen en materia de infracciones, las infracciones a la ley penal cometidas por niñas niños y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta.

5.7. De lo que se colige, que el Juez de Familia especializado en materia de infracciones será el competente para conocer de las infracciones a la ley penal cometidas por niños niñas y adolescentes; en ese sentido,

cuando un niño niña o adolescente menor de 14 años de edad cometa infracción a la ley penal, corresponderá al Juzgado de Familia de la especialidad de infracciones a la ley penal, dictar las medidas de protección establecidas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes.

5.8. En consecuencia, se observa de autos que la Sala Superior confirma adecuadamente lo resuelto por el Tercer Juzgado de Familia especializado en Infracciones Penales, al considerar que dicha instancia es competente para dictar la medida de protección pertinente a favor de la adolescente infractora, esto es, la de entrega a sus padres o responsables, por contar la menor con menos de 14 años de edad al momento en que acontecieron los hechos, la misma que se aplicó de forma inmediata, dada la naturaleza tuitiva de esta, y en virtud al Principio del Interés Superior del Niño. Siendo innecesario someterla a una investigación tutelar que judicializaría su caso, al haberse dado cumplimiento a la medida de protección antes descrita, conforme fluye del Acta Fiscal y Acta de Entrega de Menor de folios sesenta y siete y setenta y uno, respectivamente (...).

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, no casaron la resolución de vista del

dieciocho de noviembre de dos mil quince, en el extremo que declaró no ha lugar a promover acción judicial para dictar medidas de protección para la adolescente de iniciales S.C.J.N. (13 años de edad).

Sin embargo, es necesario destacar que en esta casación se emitieron dos votos singulares que merecen ser citados. Uno de ellos corresponde al Señor Juez Supremo Sánchez Melgarejo, quien precisó lo siguiente:

(...) Quinto. - Ahora bien, siguiendo la doctrina de la protección integral, se considera al menor de edad como alguien que requiere protección y asistencia especiales, pero también lo reconoce como sujeto de derechos y libertades, y con capacidad para participar en la toma de decisiones en los asuntos relativos a su persona. Es por ello que, se ha creado un Derecho Penal Juvenil garantista que establece un procedimiento singular tanto para los menores de catorce años como para los mayores de dicha edad que cometen actos de desviación social; al primero de ellos, se les impone una medida de protección conforme al artículo antes referido, a través de una investigación tutelar, que tiende a excluirlo de una actividad procesal judicial; mientras que, al segundo, se le impone una medida socioeducativa mediante un proceso por infracción penal

acorde al procedimiento establecido en el Código de los Niños y Adolescentes.

Sexto. - Siendo esto así, se tiene que el representante del Ministerio Público, formuló denuncia contra la menor de iniciales S.C.J.N, de trece años de edad, solicitando se le aperture proceso, por la presunta comisión de la infracción a la Ley Penal contra el patrimonio, en la modalidad de hurto agravado, en grado de tentativa, en agravio de Supermercado Metro de La Victoria, a fin que se dicten las medidas de protección a favor de la citada menor; sin embargo, mediante Resolución número uno del 02 de julio de 2015, se resolvió no ha lugar promover acción judicial para dictar medidas de protección solicitada por el Ministerio Público para la menor S.C.J.N., siendo confirmada por la Sala Superior mediante Resolución número tres del 28 de noviembre de 2015.

Séptimo.- De la revisión de autos, se advierte que a fojas 71 obra el acta de entrega de la menor a su madre Gina Julia Napanga Torres, quien estuvo acompañándola en todo momento desde que fue intervenida hasta cuando rindió su declaración en sede policial (Fs.7), y siendo que la menor de iniciales S.C.J.N. ha reconocido haber cometido los hechos que se le imputan , resulta innecesario someterla a un proceso judicial para la imposición de medidas de protección, más aún, si no está en tela de juicio

la responsabilidad de la referida adolescente, al haberse acreditado en forma indubitable su participación. Además, como bien lo ha indicado el Colegiado, la medida de protección finalmente se llegó a aplicar de forma inmediata, al haberse dispuesto la entrega de la menor a sus padres, conforme fluye del acta antes mencionada.

(...) Noveno.- En lo que respecta al órgano competente para dictar las medidas de protección reguladas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, no cabe duda que es el Juez Especializado de Familia quien debe dictarlas, conforme así lo ha establecido el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con la norma mencionada del código de menores, en donde se establece que los juzgados de familia conocen en materia de infracciones, las infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta. Se debe precisar que, si bien el artículo 243 del citado Código faculta al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social aplicar al niño y al adolescente que lo requiera las medidas de protección que ahí se establecen, su ámbito de competencia se circunscribe en el supuesto que el niño o adolescente se encuentre en presunto estado de abandono; lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

Por estas razones, el Juez Supremo Sánchez Melgarejo, se adhiere al voto de la señora Jueza Suprema Rodríguez Chávez y de los señores Jueces Supremos Calderón Puertas y De La Barra Barrera.

No obstante, tenemos el otro voto singular emitido por los señores Jueces Supremos Del Carpio Rodríguez y Yaya Zumaeta, donde se destaca lo siguiente:

(...) Sexto. - Que, en el caso de autos, S.C.J.N, es una adolescente de trece años de edad, y por tanto es una inimputable penal; empero, es pasible de medidas de protección, cuya aplicación será determinada en un proceso tutelar judicial, a cargo de un Juez Especializado de Familia. Sobre el particular la Opinión Consultiva OC-17/2002 de veintiocho de agosto de dos mil dos, solicitada por la Comisión Interamericana a la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala: "(...) separación de funciones administrativas y jurisdiccionales: se debe diferenciar entre la protección social, que busca ofrecer las condiciones necesarias para que el niño desarrolle su personalidad y satisfaga sus derechos fundamentales, y protección jurídica, entendida como una función de garantía que tiene como objetivo decidir sobre los derechos subjetivos de los niños; (...) Los artículos 8 y 25 de la

Convención Americana, en concordancia con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño, entre ellas: a. Juez Natural: “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. En este sentido, el artículo 5.5 de la Convención Americana contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados antes jueces especializados”. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00162-2011-PHC/TC del 3 de mayo de 2011 señala: “(...) 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”. Que, a lo anterior se adiciona que de conformidad con el citado artículo 242 es el Juez Especializado quien aplica las medidas de protección, al menor de trece años que comete infracción, en tanto que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones

Vulnerables solo tiene competencia para trámite de procedimientos administrativos tutelares por abandono.

Sétimo. - Que, por tanto, este Supremo Tribunal considera que se ha incurrido en la causal de nulidad insalvable, pues se ha vulnerado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, al haberse desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley y disponer el sometimiento de un menor de trece años de edad, a quien se le atribuye la comisión de infracción a la ley penal, a procedimiento distinto de los previamente establecidos, infringiéndose así el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, lo que determina la nulidad insubsanable de la recurrida a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Procesal Civil.

Por estas razones, el voto de los Jueces Supremos Del Carpio Rodríguez y Yaya Zumaeta, era para que se declare fundado el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público obrante a fojas ciento setenta y cuatro; en consecuencia nula la resolución de vista de fecha dieciocho de noviembre de dos mil quince, de fojas ciento sesenta y siete; e insubsistente la resolución apelada de fecha dos de julio de dos mil quince de fojas ciento diecisiete, en el extremo que declara: No ha lugar a promover acción judicial para dictar medidas de protección para la adolescente de iniciales S.C.J.N. (13 años de edad), por

presunta Infracción a la Ley Penal contra el Patrimonio – Hurto Agravado en grado de tentativa, en agravio de Supermercado Metro de La Victoria; en consecuencia se ordene al Juzgado Tutelar Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, proceda de inmediato con arreglo a sus atribuciones

8.2. En relación a la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297, a favor de niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad en conflicto con la ley penal

A continuación, anotaremos las resoluciones emitidas por las Salas Superiores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que se pronunciaron sobre la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297, a favor de los niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, que se encuentran en conflicto con la ley penal.

8.2.1. Pronunciamientos de la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

a) Resolución número dieciséis, de fecha nueve de mayo de dos mil diecinueve

En el presente caso resulta que el día veintidós de agosto de dos mil diecisiete, siendo las 03:00 horas aproximadamente, el

menor de iniciales S. J. P. Q. C., de doce años de edad, ingresó a la vivienda de la ciudadana Elena Montero Caballero de Gómez, con la finalidad de hurtar; sin embargo, al verse descubierto intentó agredir físicamente con un cuchillo a la agraviada, pero fue capturado en dicho momento por el esposo de la víctima, quien condujo al menor ante la autoridad policial.

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del adolescente S. J. P. Q. C., de doce años de edad, por la infracción contra el patrimonio – robo agravado, en agravio de la ciudadana Elena Montero Caballero de Gómez, ofreciendo como elementos para su actuación el informe policial, la declaración del personal policial interviniente, la declaración de la agraviada, el acta de registro personal del menor, el acta de hallazgo y recojo de cuchillo, y la declaración del menor investigado, donde admite su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 17171-2017-0-0901-JR-FT-05, y mediante resolución número uno, de fecha veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, declaró promover proceso tutelar a favor del adolescente de iniciales S. J. P. Q. C., de doce años de edad, se ordenó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. De igual modo, se realizó la

audiencia única, donde se recibió la declaración de la agraviada Elena Montero Caballero de Gómez, y la declaración del menor investigado S. J. P. Q. C., donde reconoció los hechos por el cual fue denunciado.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable al menor S. J. P. Q. C., dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juez de Familia procedió a elevar en consulta dicho dictamen al Fiscal Superior de Lima Norte, quien mediante escrito devuelve lo actuado, pero indica entre sus fundamentos que el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2008 no constituye precedente de observancia obligatoria y que corresponde a los juzgados de familia conocer la materia de infracciones cometidas por niños, niñas y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como falta.

El Juzgado de Familia mediante resolución número once, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, procedió a emitir

sentencia, donde ordena al menor de iniciales S. J. P. Q. C., de doce años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de sus progenitores, quienes deberán supervisar su conducta y actividades que realice a fin que la conducta infractora no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como reparación civil la cantidad de cincuenta soles a favor de la parte agraviada, así como también ordenó remitir copias certificadas de lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte – Callao, a fin que proceda conforme al Decreto Legislativo N° 1297.

El Ministerio Público interpone recurso de apelación contra sentencia alegando contravención del derecho a la motivación escrita de resoluciones judiciales, asimismo las conclusiones arribadas en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018, por lo que solicita nuevo pronunciamiento conforme al citado pleno jurisdiccional.

La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte resolvió el recurso de apelación con los siguientes fundamentos destacables:

“(…) 4.3.2. Al respecto se tiene que si bien es verdad en las conclusiones plenarias del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia llevado a cabo el 20 y 21 de setiembre de 2018, se

llegó a la conclusión por mayoría que “debajo de los 14 años de edad, debe presumirse que los niños son inimputables y que no tienen responsabilidad para infringir la ley penal, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal (...) siendo de aplicación aplicar la ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297”, sin embargo, lo resuelto en tal Pleno no tiene el carácter de precedente judicial conforme se encuentra regulado en el artículo 400° del Código Procesal Civil.

(...) 4.3.4. Más aún la investigación judicial efectuada por el Juez de Primera Instancia por la infracción normativa a la ley penal atribuida al menor de doce años por los hechos acaecidos resulta acorde con lo resuelto por la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 3091-2017-Lima, en un caso similar al presente, en donde resolvió que: (...) al no abrir investigación judicial por la infracción normativa a la ley penal atribuida al menor de doce años por los hechos acaecidos en el presente proceso, importa una vulneración al principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional atribuida por ley prevista por el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en el artículo 139, numeral 2) de la Constitución Política del Perú.

(...) 4.3.6. Por otro lado, debe revocarse la sentencia en el extremo que se fija una reparación civil de cincuenta soles a favor de la agraviada, la cual deberá ser abonada por los padres biológicos o responsables del menor. Ello es así, porque el objetivo del presente proceso es determinar si resulta aplicable una medida de protección en favor del menor investigado; sin embargo, con ello no se busca fijar una reparación civil en favor de la parte agraviada, sin perjuicio de dejar a salvo su derecho a fin que lo haga valer en la forma y modo prescrito por ley”.

Finalmente, la Sala Superior resolvió confirmar la sentencia apelada, y la revocaron en el extremo que fija como reparación civil la cantidad de cincuenta soles a favor de la parte agraviada, dejando a salvo su derecho a fin que haga valer su derecho en la forma y modo prescrito por la ley.

b) Resolución Número Diecinueve, de fecha cuatro de julio de dos mil diecinueve

En el presente caso tenemos que en el mes de noviembre del año dos mil dieciséis, el adolescente de iniciales R. F. R. A., de trece años de edad, abusó sexualmente de su sobrino de iniciales J. O. R. A., de seis años de edad, en el interior del domicilio del denunciado, ubicado en el distrito de Comas.

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del menor R. F. R. A., de trece años de edad, por la infracción contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad, en agravio del niño de iniciales J. O. R. A., de seis años de edad, ofreciendo como elementos para su actuación el certificado médico legal del agraviado, el acta de entrevista única del menor agraviado, el protocolo de pericia psicológica del menor agraviado, la declaración de la progenitora del menor agraviado, y la declaración del menor investigado, donde negaba los hechos que se le atribuyen.

El órgano jurisdiccional generó el expediente judicial N° 15587-2017-0-0901-JR-FP y mediante resolución número uno, de fecha siete de septiembre de dos mil diecisiete, declaró promover proceso tutelar a favor del adolescente de iniciales R. F. R. A., de trece años de edad, se decretó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. De igual modo, se realizó la audiencia única, donde se produjo la ratificación del certificado médico legal por el médico legista, y la declaración del menor investigado R. F. F. A., donde negó los hechos que se le atribuyen.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, opinó porque se declare inimputable al menor de iniciales R. F. R. A., dejando a salvo el derecho de la parte

agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juez de Familia procedió a elevar en consulta dicho dictamen al Fiscal Superior de Lima Norte, quien mediante escrito devuelve lo actuado, pero indica entre sus fundamentos que el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2008 no constituye precedente de observancia obligatoria y que corresponde a los juzgados de familia conocer la materia de infracciones cometidas por niños, niñas y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como falta.

El Juzgado de Familia mediante resolución número trece, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, procedió a emitir sentencia, dispuso a favor del menor R. F. R. A., de trece años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de sus progenitores, quienes deberán continuar con el cuidado, protección y crianza, además de supervisar su conducta y actividades que realice a fin que la conducta infractora no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como reparación civil la cantidad de cinco mil quinientos soles a

favor de la parte agraviada, así como también una terapia psicológica a favor del menor agraviado y el menor infractor.

El Fiscal de Familia formula recurso de apelación argumentando que la sentencia carece de motivación y contraviene el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018, que se fijó reparación civil sin tener en cuenta que un proceso tutelar no tiene naturaleza retributiva, pues el único fin del proceso es la medida de protección, no siendo la vía legal para ventilar dicha pretensión.

El colegiado de la Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, resolvió el recurso de apelación con los siguientes fundamentos destacables:

(...) 5.9. Al respecto se tiene que si bien es verdad en las conclusiones plenarias del Pleno Jurisdiccional de Familia llevado a cabo el 20 y 21 de septiembre de 2018, se llegó a la conclusión por mayoría que debajo de los 14 años de edad, de presumirse que los niños son inimputables y que no tienen responsabilidad para infringir la ley penal, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal, siendo de aplicación aplicar la Ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297, sin embargo, lo señalado por el pleno

no tiene carácter de precedente judicial conforme se encuentra regulado en el artículo 400 del Código Procesal Civil.

(...) 5.11. Aunado a ello como es el caso de autos de la investigación judicial efectuada por el Juez de Primera Instancia por la infracción normativa a la ley penal atribuida al menor de 13 años por los hechos investigados resulta acorde con lo resuelto por la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 3091-2017-Lima, en un caso similar al presente, en donde se resolvió que “(...) al no abrir investigación judicial por la infracción normativa a la ley penal atribuida al menor de 13 años por los hechos acaecidos en el presente caso, importa una vulneración al principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional atribuida por la Ley prevista en el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en el artículo 139, numeral 2 de la Constitución Política del Perú (...)”, por lo que debe desestimarse dicho agravio, razones por cuales debe confirmarse la apelada en el extremo que dispone una medida de protección en favor del menor.

5.12. De otro lado, debe revocarse la sentencia en el extremo que se fija una reparación civil de cinco mil quinientos nuevos soles a favor del agraviado, la cual se deberá ser abonada por los padres biológicos o

responsables del menor, ello es así, porque el objeto del presente proceso es determinar si resulta aplicable una medida de protección en favor del menor investigado, sin perjuicio de dejar a salvo su derecho a fin que lo haga valer en la forma y modo prescrito.

Finalmente, la Sala Superior resolvió confirmar la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, contenida en la resolución número trece, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, que otorga la medida de protección de cuidado en el cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de los progenitores, quienes deberán continuar con el cuidado, protección y crianza además de supervisar la conducta y actividades que realicen el menor a fin de garantizar que efectivamente la conducta infractora no se vuelva a repetir posteriormente, revocó el extremo que fija como reparación civil la cantidad de cinco mil quinientos soles, reformándola dejaron a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que haga valer su derecho en la forma y modo prescrito por la ley.

8.2.2. Pronunciamientos de la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

a) Resolución número diecinueve, de fecha siete de mayo de dos mil diecinueve

En el presente caso tenemos que el día cinco de enero del año dos mil diecisiete, el menor de iniciales A. A. S. B., de trece años de edad, le habría realizado tocamientos con su pene en las partes íntimas de la niña de iniciales S. D. T. P., hecho suscitado en el interior del domicilio del menor investigado ubicado en el distrito de Independencia.

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del adolescente A. A. S. B., de trece años de edad, por la infracción contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menor de edad, en agravio de la niña de iniciales S. D. T. P., ofreciendo como elementos para su actuación la declaración de la menor agraviada, el reconocimiento médico legal de la víctima, el protocolo de pericia psicológica de la víctima, la declaración de la progenitora de la agraviada, y la declaración del menor investigado A. A. S. B., donde reconoce su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El órgano jurisdiccional generó el expediente judicial N° 08314-2017-0-0901-JR-FP-05, mediante resolución número uno, de fecha veinticinco de abril de dos mil diecisiete, se declaró promover proceso tutelar a favor del menor A. A. S. B., de trece años de edad, se ordenó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. De igual modo, se realizó la audiencia

única, donde se recibió la declaración de la progenitora de la agraviada, y la declaración del menor A. A. S. B., quien reconoció los hechos por el cual fue denunciado.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable al menor A. A. S. B., de trece años de edad, dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juez de Familia procedió a elevar en consulta dicho dictamen al Fiscal Superior de Lima Norte, quien mediante escrito devuelve lo actuado, pero indica entre sus fundamentos que el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2008 no constituye precedente de observancia obligatoria y que corresponde a los juzgados de familia conocer la materia de infracciones cometidas por niños, niñas y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como falta.

El Juzgado de Familia mediante resolución número catorce, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, procedió a emitir sentencia, otorgó al menor de iniciales A. A. S. B., de trece años

de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de sus progenitores, quienes deberán supervisar su conducta y actividades que realice a fin que la conducta infractora no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como reparación civil la cantidad de trescientos soles a favor de la parte agraviada, así como una terapia para ambos menores.

El Ministerio Público interpone recurso de apelación contra sentencia alegando como agravio la vulneración del principio de proscripción del avocamiento indebido, el derecho a un debido proceso y contravenir el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El colegiado de la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, resolvió el recurso de apelación con los siguientes fundamentos destacables:

“(…)7° Al respecto la Casación N° 302-2016-Lima (03 de julio de 2018) y la Casación N° 3091-2017-Lima (4 de junio de 2018), han dejado claro que el competente para iniciar investigación judicial y determinar la medida de protección que le corresponde a un menor de catorce, por la comisión de una infracción penal, es el juez de familia; en ese orden de ideas, convenimos con el voto en mayoría del Pleno

Jurisdiccional Nacional de Familia 2018, que decidió que no es correcto someter a un menor de catorce a un proceso penal y que las medidas de protección que le corresponda se aplicarán a través de un proceso tutelar, sin embargo, consideramos que incurre en error en el extremo que sostiene que dicho proceso se regirá por la Ley de Desprotección Parental del Decreto Legislativo N° 1297, debido a que no es posible entender que la comisión de una infracción sea, per se, un supuesto de desprotección o abandono parental.

8° En nuestro sistema jurídico, es claro, que el legislador no ha querido darle un tratamiento penal o administrativo a la investigación de la infracción penal cometida por un menor de catorce, tampoco lo ha hecho respecto de las contravenciones de derechos de menor, de modo que siguiendo la solución pacífica que tanto el Ministerio Público como los Juzgados de Familia han adoptado para las contravenciones, lo que corresponde en estos casos de infracciones de menor de catorce es iniciar investigación judicial para determinar la comisión de los hechos ilícitos y la responsabilidad civil que se atribuya conforme a las reglas del proceso único y luego emitir una decisión final que se pronuncie sobre la medida de protección que le corresponda e indemnización cuando ésta última haya sido

atribuida y acumulada a la demanda formulada por el Ministerio Público o la parte interesada (...)."

Finalmente, la Sala Superior resolvió confirmar la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, contenida en la resolución número catorce, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, que resuelve disponer a favor del menor A. A. S. B., de trece años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar.

b) Resolución número veinte, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve

En este caso resulta que en el mes de marzo del año dos mil dieciséis, a la salida del Colegio Augusto Salazar Bondi, el niño de iniciales E. D. O. F., de once años de edad, abrazó a la fuerza a su compañera aula de iniciales M. C. Q. L., de diez años de edad, logrando de esta forma tocarle los senos por encima de su ropa.

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del menor E. D. O. F., de once años de edad, por la infracción contra la libertad sexual – actos contra el pudor, en agravio de la menor de iniciales M. C. Q. L., de diez años de edad, ofreciendo como elementos para su actuación el acta de

entrevista única de la agraviada, el protocolo de pericia psicológica de la agraviada, y la declaración del menor investigado, donde admite haber realizado la conducta denunciada por la agraviada.

El órgano jurisdiccional generó el expediente N° 22136-2017-0-0901-JR-FP-05 y mediante resolución número uno, de fecha uno de diciembre de dos mil diecisiete, declaró promover proceso tutelar a favor del adolescente E. D. O. F., de once años de edad, se decretó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. De igual modo, se realizó la audiencia única, donde se produjo la ratificación del protocolo de pericia psicológica, y la declaración del menor investigado E. D. O. F., donde volvió a admitir la conducta que se le atribuye.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable al menor E. D. O. F., dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juez de Familia procedió a elevar en consulta dicho dictamen al Fiscal Superior de Lima Norte, quien mediante escrito devuelve lo actuado, pero indica entre sus fundamentos que el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2008 no constituye precedente de observancia obligatoria y que corresponde a los juzgados de familia conocer la materia de infracciones cometidas por niños, niñas y adolescentes como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como falta.

El Juzgado de Familia mediante resolución número quince, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, procedió a emitir sentencia, dispuso al menor E. D. O. F., de once años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de su progenitora, quien deberá continuar con su cuidado, protección y crianza, además de supervisar su conducta y actividades que realice a fin que la conducta infractora no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como reparación civil la cantidad de trescientos soles a favor de la parte agraviada, así como también una terapia psicológica a favor de ambos menores.

El Ministerio Público interpone recurso de apelación contra sentencia alegando como agravio que no se ha observado las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018, las medidas de protección deben aplicarse vía proceso tutelar conforme la Ley de Desprotección Parental prevista en el

Decreto Legislativo N° 1297, y no debió haberse fijado una reparación civil por cuanto un proceso tutelar no tiene naturaleza retributiva.

El colegiado de la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte resolvió el recurso de apelación con los siguientes fundamentos destacables:

(...) 4.10. Si bien es cierto el menor en la época de la ocurrencia de 11 años de edad, era inimputable, según se sustenta en la apelación; la resolución apelada conforme a ley, no ha declarado responsabilidad alguna; sino que ha cumplido con otorgar medidas de protección.

4.11. En atención a los principios de tutela jurisdiccional efectiva, eficacia, ductilidad y economía procesal, a fin de evitar la interposición de un nuevo proceso, debe validarse los extremos que ordena el pago de una reparación civil, y el mandato de terapia psicológica para los menores, salvo que el centro de salud, al momento de la evaluación, por el tiempo transcurrido considere que ya no sería necesario tratamiento alguno.

4.12. En conclusión, la resolución apelada en lo esencial debe ser confirmada por haber sido expedida con arreglo a los antecedentes y la ley, salvo en cuando ordena una terapia psicológica integral a favor de los menores.

Finalmente, la Sala Superior resolvió confirmar la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, contenida en la resolución número quince, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, en todos sus extremos.

8.3. En relación a la aplicación de las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

En este punto mencionaremos unos casos tomados como muestra, resumiremos los hechos y anotaremos los fundamentos principales de las resoluciones emitidas por los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte – Sub Especialidad Infracciones, a fin de conocer sus fundamentos al emitir las medidas de protección dictadas a favor de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que se encuentran en conflicto con la ley penal.

Es necesario señalar que los procesos se inician por acción del Fiscal de Familia, luego el órgano jurisdiccional promueve proceso mediante resolución judicial y ordena la realización de una audiencia, donde se realizan los actos procesales destinados a la actuación de los elementos ofrecidos por el Ministerio Público. Finalmente, el juzgado emite la decisión final.

8.3.1. Pronunciamientos del Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

a) Resolución número cuatro, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve

El Fiscal de Familia solicitó la apertura de proceso tutelar a favor de la adolescente de iniciales N. A. A. T., de trece años de edad, por infracción contra la vida, el cuerpo y la salud – agresiones, en agravio de la menor de iniciales A. C. H. C., ofreciendo como elementos para su actuación la declaración de la progenitora de la menor agraviada, el certificado médico legal de la agraviada, la pericia psicológica de la agraviada, la declaración de un testigo y la declaración de la agraviada.

El órgano jurisdiccional genera el Expediente N° 19086-2018 y mediante resolución número uno, de fecha tres de octubre de dos mil dieciocho, declaró promover proceso tutelar a favor de la adolescente N. A. A. T., de trece años de edad, decretó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. De igual modo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración de la adolescente N. A. A. T., donde negó el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable a la menor N. A. A. T., de trece años de edad, dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juzgado emitió sentencia mediante resolución número cuatro, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, en los siguientes términos:

(...) Décimo cuarto.- Que, con fecha 20 y 21 de setiembre de 2018, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se abordó como tema el procedimiento judicial para menores de 14 años que infringen la ley penal, concluyéndose: el pleno por mayoría debajo 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 aplicación aplicar

la ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297, sin embargo, esta interpretación no debe ser literal sino amplia y sistemática con las normas vigentes, como es el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes.

Décimo quinto. - Que, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1297, se verifica que las UPEs no tienen competencia para conocer los procesos tutelares que deriven de una investigación por la comisión de una infracción a la ley penal, sino más bien, cuando se trate estrictamente de casos por situación de riesgo o desprotección familiar, siendo el Juez Especializado de Familia quien debe dictar las medidas de protección.

De otro lado, sobre la determinación de la medida de protección, el órgano jurisdiccional se pronunció de la siguiente forma:

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se tiene que la determinación de una medida de protección a un menor, implica una valoración conjunta de factores favorables y perjudiciales, aplicando una medida de protección destinada a su reorientación en sus conductas y la consejería especializada a fin que mida el nivel de riesgo

de sus actos, del informe social a fojas ciento cuarenta y uno, la adolescente proviene de una familia mono parental, estando a cargo de su progenitora, se encuentra estudiando el segundo de secundaria, en vacaciones seguirá danza y natación, reside en vivienda de propiedad de bisabuela, ocupando el tercer piso, se siente entusiasmada con terminar su secundaria y seguir la carrera de contabilidad, de su participación refiere estar arrepentida y que en su oportunidad le pidió perdón a la adolescente, cuenta con el soporte familiar de su progenitora. Evaluando los criterios preliminarmente podemos concluir que en el presente caso la menor tutelada N. A. A. T., tiene soporte familiar que deberá brindarle mayor atención y supervisión en las actividades que realiza, por consiguiente, habiéndose efectuado una visita social y verificándose que tiene condiciones para desarrollarse con normalidad, resulta proporcional brindarle la medida de protección que permita una educación dentro de su entorno familiar.

El Juzgado finalmente emitió sentencia disponiendo a favor de la adolescente N. A. A. T., de trece años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de su progenitora, quien deberá continuar con el cuidado, protección y crianza, además de supervisar la

conducta y actividades que realice la menor a fin de garantizar que efectivamente la conducta infractora por el cual origina el proceso tutelar no se vuelva a repetir posteriormente, y se fijó como reparación civil la cantidad de cien soles a favor de la parte agraviada.

b) Resolución número once, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve

El Fiscal de Familia solicitó la apertura de proceso tutelar a favor de la adolescente de iniciales P. N. P. C., de trece años de edad, por infracción contra el patrimonio – hurto agravado, en grado de tentativa, en agravio de la empresa PARIS CENCOSUD, ofreciendo como elementos para su actuación la declaración del personal de seguridad, el acta de registro personal e incautación, el acta de entrega de bienes, el registro de video vigilancia, y la declaración de la menor investigada, donde reconoce haberse apoderado de prendas de vestir del establecimiento comercial.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 14866-2017 y mediante resolución número uno, de fecha diez de agosto de dos mil diecisiete, declaró promover proceso tutelar a favor de la adolescente P. N. P. C., de trece años de edad, se decretó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la

actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. De igual modo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración de la adolescente P. N. P. C., donde admitió su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable a la menor P. N. P. C., de trece años de edad, dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juzgado finalmente emitió sentencia mediante resolución número once, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, en los siguientes términos:

Cabe precisar que este despacho no comparte la opinión del Representante del Ministerio Público Provincial, obrante de fojas 146 a 149, por cuanto no se pronunció por el fondo del proceso tutelar, teniéndose en cuenta que los presentes actuados se abrieron como un proceso tutelar, con el propósito de dictar una medida de protección si resulta

necesaria, siempre y cuando se puede determinar la participación del tutelado en el hecho que originó la investigación tutelar. Asimismo, la Fiscalía Superior en lo Civil y de Familia del Distrito Fiscal de Lima Norte, se ha pronunciado en reiteradas veces, en los procesos tutelares de menores de catorce años similares, elevados a dicha instancia, en los Expedientes N° 17171-2017, N° 22136-2017 y N° 15587-2017, donde señala en sus dictámenes que las Unidades de Protección Especial (UPEs) no tiene atribuida la competencia para conocer los procesos tutelares que deriven de una investigación por la comisión de una infracción a la ley penal, y es el Juez Especializado de Familia quien debe dictar las medidas de protección reguladas en el 242 el Código de los Niños y Adolescentes, por lo que, se desestima la opinión del representante del Ministerio Público Provincial.

De otro lado, sobre la determinación de la medida de protección, el órgano jurisdiccional se pronunció de la siguiente forma:

(...) En consonancia con lo anteriormente expuesto, se tiene que la determinación de una medida de protección a un menor, implica una valoración conjunta de factores favorables y perjudiciales, aplicando una medida de

protección destinada a su reorientación en sus conductas y la consejería especializada a fin que mida el nivel de riesgo de sus actos, del informe social a fojas ciento treinta y seis, la adolescente proviene de una familia nuclear, estando a cargo de sus progenitores, que llevan quince años juntos, de los cuales ocho son en matrimonio, la menor investigada vive en la vivienda de propiedad de sus abuelos paternos, adolescente cursando el segundo de secundaria, estudia inglés, en cuanto al proceso reconoce participación señalando que se dejó llevar por su amiga, adolescente cuenta con el soporte familiar de sus progenitores.

Evaluando los criterios preliminarmente podemos concluir que en el presente caso la adolescente tutelada tiene soporte familiar que deberá brindarle mayor atención y supervisión en las actividades que realiza, por consiguiente, habiéndose efectuado una visita social y verificándose que tiene condiciones para desarrollarse con normalidad, resulta proporcional brindarle la medida de protección que permita una educación dentro de su entorno familiar (...).

El Juzgado finalmente sentenció disponiendo a favor de la adolescente de iniciales P. N. P. C., de trece años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de su progenitora, quien deberá continuar con el cuidado, protección y crianza, además de

supervisar la conducta y actividades que realice la menor a fin de garantizar que efectivamente la conducta infractora por el cual origina el proceso tutelar no se vuelva a repetir posteriormente, y se fijó como reparación civil la cantidad de cincuenta soles a favor de la parte agraviada.

c) Resolución número cuatro, de fecha siete de enero de dos mil diecinueve

El Fiscal de Familia solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del adolescente de iniciales M. A. A. R., de doce años de edad, por infracción contra la libertad sexual – actos contra el pudor, en agravio de la menor de iniciales R. E. R. R., de seis años de edad, ofreciendo como elementos para su actuación la declaración de la apoderada de la menor agraviada, el certificado médico legal de la agraviada, la entrevista única de la agraviada, la pericia psicológica de la agraviada, la pericia psicológica del investigado, y la declaración del adolescente investigado, donde admite su responsabilidad.

El órgano jurisdiccional generó el expediente judicial N° 18508-2018 y mediante resolución número uno, de fecha tres de setiembre de dos mil dieciocho, declaró promover proceso tutelar a favor del adolescente M. A. A. R., de doce años de edad, se decretó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba

ofrecidos por el Fiscal. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del adolescente investigado M. A. A. R., donde admite su responsabilidad.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable al menor M. A. A. R., de doce años de edad, dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juzgado finalmente emitió sentencia mediante resolución número cuatro, de fecha siete de enero de dos mil diecinueve, en los siguientes términos:

(...) Décimo cuarto: Que, con fecha 20 y 21 de setiembre de 2018, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se abordó como tema el procedimiento judicial para menores de 14 años que infringen la ley penal, concluyéndose: el pleno por mayoría debajo 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 aplicación aplicar la ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297, sin embargo, esta interpretación no debe ser literal sino amplia y sistemática con las normas vigentes, como es el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes.

Décimo quinto. - Que, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1297, se verifica que las UPEs no tienen competencia para conocer los procesos tutelares que deriven de una investigación por la comisión de una infracción a la ley penal, sino más bien, cuando se trate estrictamente de casos por situación de riesgo o desprotección familiar, siendo el Juez Especializado de Familia quien debe dictar las medidas de protección.

De otro lado, sobre la determinación de la medida de protección, el órgano jurisdiccional se pronunció de la siguiente forma:

(...) En consonancia con lo anteriormente expuesto, se tiene que la determinación de una medida de protección a un menor, implica una valoración conjunta de factores favorables y perjudiciales, aplicando una medida de protección destinada a su reorientación en sus conductas y

la consejería especializada a fin que mida el nivel de riesgo de sus actos, del informe social a fojas ciento veinte, el menor proviene de una familia nuclear, estando a cargo de sus progenitores, se encuentra estudiando en el primero de secundaria, en verano se dedica al deporte, progenitor indica que es responsable, le gusta el estudio, y quiere terminar su secundaria, cuenta con el soporte familiar de sus progenitores (...).

El Juzgado finalmente resolvió a favor del menor M. A. A. R., de doce años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de sus progenitores, quienes deberá continuar con el cuidado, protección y crianza, además de supervisar la conducta y actividades que realice el menor a fin de garantizar que efectivamente la conducta infractora por el cual origina el proceso tutelar no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como reparación civil la cantidad de quinientos soles a favor de la parte agraviada, y una terapia psicológica para ambos menores.

d) Resolución número quince, de fecha veinte de marzo de dos mil diecinueve

El Fiscal de Familia solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del adolescente de iniciales J. E. C. R., de doce años de

edad, por infracción contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones leves, en agravio del menor de iniciales W. I. R. Q., ofreciendo como elementos para su actuación el certificado médico legal del agraviado, la declaración de la progenitora del agraviado, la declaración del agraviado, y la declaración del menor investigado, donde reconoce su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 15709-2017 y mediante resolución número uno, de fecha seis de setiembre de dos mil diecisiete, declaró promover proceso tutelar a favor del adolescente J. E. C. R., de doce años de edad, se decretó que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se realizó la ratificación de las conclusiones del médico legista, y se recibió la declaración del adolescente investigado J. E. C. R., donde admite su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable al menor J. E. C. R., de doce años de edad, dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima

Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juzgado finalmente emitió sentencia mediante resolución número quince, de fecha veinte de marzo de dos mil diecinueve, en los siguientes términos:

(...) Décimo cuarto: Que, con fecha 20 y 21 de setiembre de 2018, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se abordó como tema el procedimiento judicial para menores de 14 años que infringen la ley penal, concluyéndose: el pleno por mayoría debajo 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 aplicación aplicar la ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297, sin embargo, esta interpretación no debe ser literal sino amplia y sistemática con las normas vigentes, como es el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes.

Décimo quinto. - Que, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1297, se verifica que las UPEs no tienen competencia para conocer los procesos tutelares que deriven de una investigación por la comisión de una infracción a la ley penal, sino más bien, cuando se trate estrictamente de casos por situación de riesgo o desprotección familiar, siendo el Juez Especializado de Familia quien debe dictar las medidas de protección (...).

De otro lado, sobre la determinación de la medida de protección, el órgano jurisdiccional se pronunció de la siguiente forma:

(...) En consonancia con lo anteriormente expuesto, se tiene que la determinación de una medida de protección a un menor, implica una valoración conjunta de factores favorables y perjudiciales, aplicando una medida de protección destinada a su reorientación en sus conductas y la consejería especializada a fin que mida el nivel de riesgo de sus actos, del informe social a fojas sesenta y nueve, los padres del adolescente no han tenido una relación de convivencia, donde el adolescente ha referido que no mantiene comunicación con su progenitor, estando bajo la responsabilidad de su progenitora, y con el apoyo de familiares, apoyándolo para superarse, la progenitora es el sustento económico del hogar, adolescente se encuentra

estudiando, con deseos de superación y estudiar la carrera de ingeniería civil, con domicilio fijo, lugar donde reside desde su nacimiento, menor está dedicado al estudio y de los hechos se encuentra arrepentido. Del informe psicológico, a fojas cincuenta y ocho, donde concluye evidencia una adecuada madurez neuropsicológica, sin embargo, las carencias afectivas en el seno familiar han generado en el evaluado un yo inhibido y un sistema nervioso inestable, razón por la cual busca apoyo y un punto de referencia a fin de sentirse protegido ya que no cuenta con estrategias de afrontamiento frente a las amenazas que provienen del entorno, convirtiéndole en alguien vulnerable frente a un grupo de pares con conductas poco funcionales.

Evaluando los criterios preliminarmente podemos concluir que en el presente caso el menor tutelado cuenta con soporte familiar que deberá brindarle mayor atención y supervisión en las actividades que realizan, por consiguiente, habiéndose efectuado una visita social y verificándose que tienen condiciones para desarrollarse con normalidad, resulta proporcional brindarle la medida de protección que permita una educación dentro de su entorno familiar (...).

El Juzgado finalmente resolvió a favor del menor J. E. C. R., de doce años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de su progenitora, quien deberá continuar con el cuidado, protección y crianza, además de supervisar la conducta y actividades que realice el menor a fin de garantizar que efectivamente la conducta infractora por el cual origina el proceso tutelar no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como indemnización la cantidad de ochocientos soles a favor de la parte agraviada.

e) Resolución número diecisiete, de fecha dos de mayo de dos mil diecinueve

El Fiscal de Familia solicitó la apertura de proceso tutelar a favor del adolescente de iniciales V. A. V. H., de seis años de edad, por infracción contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones leves, en agravio del menor de iniciales S. F. A. T., ofreciendo como elementos para su actuación la declaración del agraviado, la declaración de la progenitora del agraviado, y el informe médico del agraviado.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 02186-2017, mediante resolución número uno, de fecha seis de setiembre de dos mil diecisiete, declaró promover proceso tutelar a favor del menor de iniciales V. A. V. H., de seis años de edad, se decretó

que permanezca bajo el cuidado de sus padres, y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos por el Fiscal. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del agraviado y la declaración del investigado V. A. V. H., donde reconoció que agredió físicamente al agraviado.

El Fiscal de Familia al momento de emitir su dictamen, previo a la sentencia, solicitó al órgano jurisdiccional que se declare inimputable al menor V. A. V. H., de seis años de edad, dejando a salvo el derecho de la parte agraviada a fin que ejerza acción civil en la vía correspondiente, y se remitan copias de todo lo actuado a la Unidad de Protección Especial de Lima Norte Callao, a fin que proceda a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, de conformidad a lo aprobado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018.

El Juzgado finalmente emitió sentencia mediante resolución número diecisiete, de fecha dos de mayo de dos mil diecinueve, donde se pronunció sobre la aplicación del Pleno Jurisdiccional de Familia 2018 en los siguientes términos:

(...) Décimo cuarto: Que, con fecha 20 y 21 de setiembre de 2018, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se abordó como tema el procedimiento judicial para menores de 14 años que infringen la ley penal, concluyéndose: el pleno por mayoría debajo 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 aplicación aplicar la ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297, sin embargo, esta interpretación no debe ser literal sino amplia y sistemática con las normas vigentes, como es el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes.

Décimo quinto. - Que, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1297, se verifica que las UPEs no tienen competencia para conocer los procesos tutelares que deriven de una investigación por la comisión de una infracción a la ley penal, sino más bien, cuando se trate estrictamente de casos por situación de riesgo o desprotección familiar, siendo el Juez Especializado de Familia quien debe dictar las medidas de protección (...).

De otro lado, sobre la determinación de la medida de protección, el órgano jurisdiccional se pronunció de la siguiente forma:

(...) En consonancia con lo anteriormente expuesto, se tiene que la determinación de una medida de protección a un menor, implica una valoración conjunta de factores favorables y perjudiciales, aplicando una medida de protección destinada a su reorientación en sus conductas y la consejería especializada a fin que mida el nivel de riesgo de sus actos, del informe social a fojas doscientos veintinueve, el menor investigado proviene de una familia reconstituida, hace seis años los padres se separan, la madre de familia forma nuevo hogar en matrimonio desde hace dos años, el padrastro asume la responsabilidad económica y figura paterna, menor investigado cursa el cuarto grado de primaria y acude a un taller de fútbol que brinda la Municipalidad de Puente Piedra, el menor se encuentra bajo la responsabilidad de su progenitora.

Evaluando los criterios preliminarmente podemos concluir que en el presente caso el menor tutelado cuenta con soporte familiar que deberá brindarle mayor atención y supervisión en las actividades que realizan, por consiguiente, habiéndose efectuado una visita social y verificándose que tienen condiciones para desarrollarse con normalidad, resulta proporcional brindarle la medida de protección que permita una educación dentro de su entorno familiar (...).

El Juzgado finalmente resolvió a favor del menor V. A. V. H., de seis años de edad, la medida de protección de cuidado en el propio hogar, bajo la estricta responsabilidad de su progenitora, quien deberá continuar con el cuidado, protección y crianza, además de supervisar la conducta y actividades que realice el menor a fin de garantizar que efectivamente la conducta infractora por el cual origina el proceso tutelar no se vuelva a repetir posteriormente, se fijó como indemnización la cantidad de mil ochocientos soles a favor de la parte agraviada.

8.3.2. Pronunciamientos del Séptimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

a) Resolución número tres, de fecha siete de setiembre de dos mil dieciocho

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso a favor del menor de iniciales C. I. G. L., de doce años de edad, por la infracción contra la ley penal, actos contra el pudor en menores de edad, en agravio de la menor de iniciales C. V. E. L.

El órgano jurisdiccional generó el expediente judicial N° 18011-2018 y mediante resolución número uno, de fecha nueve de agosto de dos mil dieciocho, declaró promovida la acción penal a favor del menor C. I. G. L., de doce años de edad, se decretó

su condición procesal de entrega a sus padres y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del investigado, donde reconoció su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia emitió dictamen en la audiencia, y conforme al artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el artículo VIII del Título Preliminar, el principio del interés superior del niño, y los artículos 12°, 37° y 40° de la Convención sobre los Derechos del Niño, solicitó la medida de protección de entrega a sus padres, sin perjuicio que el menor C. I. G. L., asista a una terapia psicológica, y requirió que la reparación civil sea de quinientos soles a favor de la parte agraviada.

El juzgado emitió sentencia mediante resolución número tres, de fecha siete de setiembre de dos mil dieciocho, aplicando la ley de terminación anticipada contenida del artículo 468° al 471° del Código Procesal Penal, aprobado por decreto legislativo N° 957, pronunciándose sobre la medida de protección en los siguientes términos:

(...) Cuarto: Para establecer el quantum de la medida socio educativa, este órgano jurisdiccional debe tener en cuenta

otros aspectos de tanto o igual importancia a los ya señalados como son:

a) se valora el hecho que el citado investigado ante este juzgado, admite su conformidad su responsabilidad y se acoge a la conclusión anticipada, prevista por el artículo 468° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al presente caso, demostrando su arrepentimiento por lo que, le resulta de aplicación el acuerdo plenario número 5-2008/CJ-116.

b) Finalmente, se tiene en cuenta la naturaleza de la infracción, la forma y circunstancias del evento infractor, el número de agentes, así como las condiciones personales del investigado

c) Que, por el principio de proporcionalidad y razonabilidad la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, consagrado en el numeral VIII del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos y atendiendo que es un menor de catorce años, le corresponde se le aplique una medida de protección conforme al artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes (...).

El Juzgado finalmente resolvió aprobar el acuerdo de terminación anticipada celebrado por el Ministerio Público y el

menor investigado, declaró que se encuentra acreditada la conducta del adolescente C. I. G. L., de doce años de edad, como autor de la infracción a la ley penal considerada como delito contra la libertad sexual – actos contra el pudor, en agravio del menor de iniciales C. V. E. L., impuso la medida de entrega a sus padres, precisando que los padres deberán cumplir con su rol, inculcándole valores, principios y normas sociales, asimismo de asistir a una terapia psicológica integral, que deberá ser realizada por el período necesario, bajo apercibimiento de variarse la medida de protección y se ordene el ingreso del menor a un albergue del INABIF. Asimismo, se fijó como reparación civil la cantidad de quinientos soles, se ordenó que los padres del menor investigado asistan a una escuela de padres, y una terapia psicológica a favor de la menor agraviada.

b) Resolución número ocho, de fecha doce de junio de dos mil diecinueve

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso a favor del menor de iniciales F. R. C. C., de doce años de edad, por la infracción contra la ley penal, actos contra el pudor en menores de edad, en agravio de la menor de iniciales M. E. C. A.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 20951-2018 y mediante resolución número uno, de fecha trece de setiembre

de dos mil dieciocho, declaró promovida la acción penal a favor del menor F. R. C. C., de doce años de edad, se decretó su condición procesal de entrega a sus padres y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del investigado, donde reconoció su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia emitió dictamen en la audiencia, y conforme al artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, solicitó la medida de protección de entrega a sus padres y requirió que la reparación civil sea de quinientos soles a favor de la parte agraviada.

El juzgado emitió sentencia mediante resolución número ocho, de fecha doce de junio de dos mil diecinueve, aplicando la ley de terminación anticipada contenida del artículo 468° al 471° del Código Procesal Penal, aprobado por decreto legislativo N° 957, pronunciándose sobre la medida de protección en los siguientes términos:

(...) Cuarto: Para establecer el quantum de la medida socio educativa, este órgano jurisdiccional debe tener en cuenta otros aspectos de tanto o igual importancia a los ya señalados como son:

- a) se valora el hecho que el citado investigado ante este juzgado, admite su conformidad su responsabilidad y se acoge a la conclusión anticipada, prevista por el artículo 468° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al presente caso, demostrando su arrepentimiento por lo que, le resulta de aplicación el acuerdo plenario número 5-2008/CJ-116, de igual modo hay que tener presente el hecho que desde sede preliminar éste viene admitiendo los cargos.
- b) En cuanto a la lesión del bien jurídico protegido: el hecho imputado al denunciado se encuentra previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 176°- A, regulado por el artículo 170° del código penal vigente, en concordancia el artículo 183° del Código de los Niños y Adolescentes, y el inciso a) del artículo 204° del mismo cuerpo normativo, y que se encuentra determinada como infracción contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menores. Finalmente, se tiene en cuenta la naturaleza de la infracción, la forma y circunstancias del evento infractor, el número de agentes, así como las condiciones personales del investigado.
- c) Que, por el principio de proporcionalidad y razonabilidad la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, consagrado en el numeral VIII del Título

Preliminar del Código Penal, teniendo en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos; del mismo modo, resulta necesario dosificar la medida a imponerse, por lo que en este caso, se debe tener presente que el adolescente investigado acepta haber sido partícipe de los hechos imputados, por lo que le corresponde la aplicación del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (confesión sincera), nos encontramos en este caso de una infracción contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menores, en la cual el infractor ha aceptado los cargos (...).

El Juzgado falló aprobar el acuerdo de terminación anticipada celebrado por el Ministerio Público y el menor investigado, declaró responsable a F. R. C. C., como autor de la infracción a la ley penal considerada como infracción contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menores en agravio de la menor M. E. C. A., dictó como medida de protección que el menor tutelado permanezca bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres en el propio hogar, de igual modo que asista a una terapia psicológica, bajo apercibimiento de disponerse su albergue en el INABIF, y se fijó como reparación civil la cantidad de quinientos soles.

c) Resolución número ocho, de fecha veintiséis de junio de dos mil diecinueve

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso a favor del menor de iniciales F. M. M. S., de trece años de edad, por la infracción contra la ley penal, violación sexual de menor de edad, grado de tentativa, en agravio de la menor de iniciales M. J. M., de catorce años de edad.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 27503-2018 y mediante resolución número uno, de fecha veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho, declaró promovida la acción penal a favor del menor F. M. M. S., se decretó su condición procesal de entrega a sus padres y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del investigado, donde reconoció su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia emitió dictamen en la audiencia, y conforme al artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, solicitó la medida de protección de entrega a sus padres y requirió que la reparación civil sea de mil soles a favor de la parte agraviada M. J. M.

El juzgado emitió sentencia mediante resolución número ocho, de fecha veintiséis de junio de dos mil diecinueve, aplicando la ley de terminación anticipada contenida del artículo 468° al 471°

del Código Procesal Penal, aprobado por decreto legislativo N° 957, pronunciándose sobre la medida de protección en los siguientes términos:

(...) Cuarto: Para establecer el quantum de la medida socio educativa, este órgano jurisdiccional debe tener en cuenta otros aspectos de tanto o igual importancia a los ya señalados como son:

- a) se valora el hecho que el citado investigado ante este juzgado, admite su conformidad su responsabilidad y se acoge a la conclusión anticipada, prevista por el artículo 468° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al presente caso, demostrando su arrepentimiento por lo que, le resulta de aplicación el acuerdo plenario número 5-2008/CJ-116, de igual modo hay que tener presente el hecho que desde sede preliminar éste viene admitiendo los cargos.
- b) En cuanto a la lesión del bien jurídico protegido: el hecho imputado al denunciado se encuentra previsto y sancionado en el primer párrafo, inciso 2) del artículo 173° del código penal vigente, y del 16° de la norma acotada, en concordancia con el primer párrafo del artículo 184° del Código de los Niños y Adolescentes, que se encuentra determinada como contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en

tentativa. Finalmente, se tiene en cuenta la naturaleza de la infracción, la forma y circunstancias del evento infractor, el número de agentes, así como las condiciones personales del investigado.

- c) Que, por el principio de proporcionalidad y razonabilidad la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, consagrado en el numeral VIII del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos; del mismo modo, resulta necesario dosificar la medida a imponerse, por lo que en este caso, se debe tener presente que el adolescente investigado acepta haber sido partícipe de los hechos imputados, por lo que le corresponde la aplicación del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (confesión sincera), nos encontramos en este caso de una infracción contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad – tentativa, en la cual el infractor ha aceptado los cargos (...).

El Juzgado resolvió aprobar el acuerdo de terminación anticipada celebrado por el Ministerio Público y el menor investigado, declaró responsable a F. M. M. S., como autor de la infracción a la ley penal considerada como infracción contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad – tentativa, en agravio de M. J. M., dictó como medida de

protección que el menor tutelado permanezca bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres en el propio hogar, de igual modo que asista a una terapia psicológica, bajo apercibimiento de disponerse su albergue en el INABIF., y se fijó como reparación civil la cantidad de mil soles.

d) Resolución número siete, de fecha cinco de setiembre de dos mil diecinueve

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso a favor del menor de iniciales F. S. H. CH., de trece años de edad, por la infracción contra la ley penal, actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales N. M. CH. L., de ocho años de edad.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 6347-2019 y mediante resolución número uno, de fecha ocho de enero de dos mil diecinueve, declaró promovida la acción penal a favor del menor F. S. H. CH., de trece años de edad, se decretó su condición procesal de entrega a sus padres y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del investigado, donde reconoció su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia emitió dictamen en la audiencia, y conforme al artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, solicitó la medida de protección de cuidado en el propio hogar, y requirió que la reparación civil sea de mil soles a favor de la parte agraviada.

El juzgado emitió sentencia mediante resolución número siete, de fecha cinco de setiembre de dos mil diecinueve, aplicando la ley de terminación anticipada contenida del artículo 468° al 471° del Código Procesal Penal, aprobado por decreto legislativo N° 957, pronunciándose sobre la medida de protección en los siguientes términos:

(...) Cuarto: Para establecer el quantum de la medida de protección, este órgano jurisdiccional debe tener en cuenta otros aspectos de tanto o igual importancia a los ya señalados como son:

a) se valora el hecho que el citado investigado ante este juzgado, admite su conformidad su responsabilidad y se acoge a la conclusión anticipada, prevista por el artículo 468° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al presente caso, demostrando su arrepentimiento por lo que, le resulta de aplicación el acuerdo plenario número 5-2008/CJ-116, de igual modo hay que tener presente el hecho que desde sede preliminar éste viene admitiendo los cargos.

- b)** En cuanto a la lesión del bien jurídico protegido: el hecho imputado al denunciado se encuentra previsto y sancionado en el del tipo penal de infracción a la ley penal contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menor de edad, conducta prevista y sancionada en el primer párrafo, inciso 3) del artículo 176-A del Código Penal. Finalmente, se tiene en cuenta la naturaleza de la infracción, la forma y circunstancias del evento infractor, el número de agentes, así como las condiciones personales del investigado.
- c)** Que, por el principio de proporcionalidad y razonabilidad la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, consagrado en el numeral VIII del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos; del mismo modo, resulta necesario dosificar la medida a imponerse, por lo que en este caso, se debe tener presente que el adolescente investigado acepta haber sido partícipe de los hechos imputados, por lo que le corresponde la aplicación del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (confesión sincera), nos encontramos en este caso de una infracción a la ley penal contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menor de edad, en la cual el infractor ha aceptado los cargos (...).

El Juzgado resolvió aprobar el acuerdo de terminación anticipada celebrado por el Ministerio Público y el menor investigado, declaró que se encuentra acreditada la conducta del adolescente F. S. H. CH., de trece años de edad cuando ocurrieron los hechos, como autor de la infracción a la ley penal, considerada como delito contra la libertad sexual – actos contra el pudor en agravio del menor de iniciales N. M. CH. L., impuso como medida de protección al menor F. S. H. CH., la entrega a sus padres, esto es que permanezca bajo el cuidado de sus padres biológicos, quienes deberán cumplir con el rol de padres inculcándole valores, principios y normas sociales, asimismo asista a una terapia psicológica bajo la responsabilidad de los padres en un centro de salud, bajo apercibimiento de ser variada dicha medida y disponerse su albergue en el INABIF. Por último, se fijó una reparación civil de setecientos soles a favor de la parte agraviada, y una terapia psicológica a favor de la menor agraviada.

e) Resolución número tres, de fecha dieciséis de setiembre de dos mil diecinueve

El Ministerio Público solicitó la apertura de proceso a favor del menor de iniciales R. C. O. G., de trece años de edad, por la infracción contra la ley penal, actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales A. L. B. Z. B.

El órgano jurisdiccional generó el Expediente N° 17601-2019 y mediante resolución número uno, de fecha veinte de junio de dos mil diecinueve, declaró promovida la acción penal a favor del menor R. C. O. G., de trece años de edad, se decretó su condición procesal de entrega a sus padres y se dispuso la actuación de los medios de prueba ofrecidos. Asimismo, se realizó la audiencia única, donde se recibió la declaración del investigado, donde reconoció su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

El Fiscal de Familia emitió dictamen en la audiencia, y conforme al artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, solicitó la medida de protección de cuidado en el propio hogar, debiendo orientarse a los padres en el cumplimiento de su rol, que la reparación civil sea de cuatrocientos soles a favor de la parte agraviada, y que ambos menores reciban una terapia psicológica.

El juzgado emitió sentencia mediante resolución número tres, de fecha dieciséis de setiembre de dos mil diecinueve, aplicando la ley de terminación anticipada contenida del artículo 468° al 471° del Código Procesal Penal, aprobado por decreto legislativo N° 957, pronunciándose sobre la medida de protección en los siguientes términos:

(...) Cuarto: Para establecer el quantum de la medida de protección, este órgano jurisdiccional debe tener en cuenta otros aspectos de tanto o igual importancia a los ya señalados como son:

a) se valora el hecho que el citado investigado ante este juzgado, admite su conformidad su responsabilidad y se acoge a la conclusión anticipada, prevista por el artículo 468° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al presente caso, demostrando su arrepentimiento por lo que, le resulta de aplicación el acuerdo plenario número 5-2008/CJ-116, de igual modo hay que tener presente el hecho que desde sede preliminar éste viene admitiendo los cargos.

b) En cuanto a la lesión del bien jurídico protegido: el hecho imputado al denunciado se encuentra previsto y sancionado en el del tipo penal contra la libertad sexual – tocamientos actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores de edad, en agravio de la menor A. L. B. Z. B., conducta prevista y sancionada en el primer párrafo, inciso 3) del artículo 176°-A, del código penal, finalmente, se tiene en cuenta la naturaleza de la infracción, la forma y circunstancias del evento infractor, el número de agentes, así como las condiciones personales del investigado.

c) Que, por el principio de proporcionalidad y razonabilidad la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, consagrado en el numeral VIII del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos; del mismo modo, resulta necesario dosificar la medida a imponerse, por lo que en este caso, se debe tener presente que el adolescente investigado acepta haber sido partícipe de los hechos imputados, por lo que le corresponde la aplicación del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (confesión sincera), nos encontramos en este caso de una infracción a la ley penal contra la libertad sexual – actos contra el pudor en menor de edad, en la cual el infractor ha aceptado los cargos (...).

El Juzgado falló aprobar el acuerdo de terminación anticipada celebrado por el Ministerio Público y el menor investigado, declaró que se encuentra acreditada la conducta del tutelado R. C. O. G., de trece años de edad cuando ocurrieron los hechos, como autor de la infracción a la ley penal, considerada como delito contra la ley penal, contra la libertad sexual – tocamientos actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de la menor A. L. B. Z. B., impuso como medida de protección al menor R. C. O. G., la entrega a sus padres, esto es que permanezca bajo el cuidado de sus padres biológicos, quienes deberán cumplir con el rol de padres inculcándole valores,

principios y normas sociales, asimismo asista a una terapia psicológica bajo la responsabilidad de los padres en un centro de salud, bajo apercibimiento de ser variada dicha medida y disponerse su albergue en el INABIF. Por último, se fijó una reparación civil de trescientos soles a favor de la parte agraviada, y una terapia psicológica a favor de la menor agraviada.

8.4. Encuesta a Jueces y Fiscales

A continuación, vamos a mostrar resultados sobre una encuesta aplicada durante el mes de marzo del año 2020 a treinta profesionales del derecho, entre Jueces, Fiscales y personal jurisdiccional, con especialidad en niños, niñas y adolescentes, que laboran en el Distrito Judicial de Lima Norte, con la finalidad de conocer su opinión en relación a los objetivos del trabajo de investigación.

Tabla 1

Encuesta sobre Aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal

Preguntas	Si	No
¿Usted conoce los instrumentos internacionales de protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes?	30	0
¿Usted conoce los alcances del Decreto Legislativo N° 1297?	27	3
¿Usted considera que los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, permiten la aplicación del decreto legislativo N° 1297 a los niños,	4	26

niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal?

Elaboración propia aplicado a 30 abogados especializados

Del cuadro anterior observamos todos los entrevistados conocen los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, no obstante, 27 conocen los alcances del decreto legislativo N° 1297, en tanto que otros 3 no tiene conocimiento de dicha norma. Ahora bien, resulta que 26 profesionales entrevistados han señalado que los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño no permiten aplicar el decreto legislativo N° 1297 a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal. Por otro lado, 4 profesionales han señalado que sí es posible. Esta tendencia permite afirmar que la mayoría de los profesionales del derecho entienden que el decreto legislativo N° 1297 sólo es aplicable a los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales.

Tabla 2

Encuesta sobre la aplicación de los procesos del Decreto Legislativo 1297 a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal

Preguntas	Si	No
¿Usted conoce los tipos de proceso contenidos en el Decreto Legislativo N° 1297?	27	3
¿Usted considera que los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?	0	27

Elaboración propia aplicado a 30 abogados especializados

En el cuadro podemos observar que 27 profesionales afirmaron conocer los procesos contenidos en el Decreto Legislativo N° 1297, cabe indicar que estos son el proceso por situación de riesgo de desprotección y el proceso por situación de desprotección familiar, mientras que 3 afirmaron no conocer estos procesos. Asimismo, de los 30 encuestados tenemos que 27 consideró que los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 no son aplicables a los niño, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, mientras que los otros 3 no se pronunciaron al respecto. Esto nos permite señalar que es aceptado por la mayoría de profesionales encuestados que los procesos por riesgo de desprotección familiar y por desprotección familiar del Decreto Legislativo N° 1297 no son aplicables a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Tabla 3

Encuesta sobre la Aplicación de las Medidas de Protección del Decreto Legislativo N° 1297 a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal

Preguntas	Si	No
¿Usted conoce las medidas de protección contenidas en el Decreto Legislativo N° 1297?	27	3
¿Usted considera que el Decreto Legislativo N° 1297 permite aplicar medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?	0	27

Elaboración propia aplicado a 30 abogados especializados

En el cuadro se aprecia que, del universo de 30 profesionales del derecho, 27 han manifestado conocer las medidas de protección contenidas en el Decreto Legislativo N° 1297, en tanto que 3 profesionales han manifestado no conocer dichas medidas, asimismo se observa que dichas 27 personas han considerado que no es posible aplicar las medidas de protección del Decreto Legislativo N° 1297 a los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años de edad que infringen la ley penal.

En tal sentido, nuevamente se corrobora que mayoritariamente los profesionales encuestados no consideran aplicables las medidas de dicho decreto legislativo en los casos de infracciones a la ley penal atribuidos a niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO IX

DISCUSIÓN

9.1. En relación al proceso aplicable a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal

De la revisión de la decisión del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 00162-2011-PHC, se destaca que el máximo órgano de interpretación de la constitución considera que, para la imposición de las medidas de protección, previstas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, es necesario:

- Se acredite de forma indubitable la participación del menor favorecido en la infracción a la ley penal; y,
- El inicio de un proceso

En esa misma línea interpretativa fijada en sede constitucional encontramos decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, tenemos la Casación N° 431-2013, donde la Sala Civil Transitoria precisó:

(...) Octavo.- Que, en conclusión, estando a los principios constitucionales, así como a los dispositivos legales glosados con anterioridad, resulta claro que el conocimiento de un proceso como el sustanciado 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 esa 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 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.

En tal sentido, observamos que la Sala Civil Transitoria se pronuncia a favor del proceso por infracción a la ley penal destinado a la aplicación de medidas de protección a un niño, niña o adolescente, en conflicto con la ley penal, y que corresponde al Juez de Familia aplicar tales medidas.

Sobre la diferenciación del tratamiento que deben recibir los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal, tenemos la Casación N° 4974-2015, donde la Sala Civil Permanente se pronunció afirmando que:

(...) Sétimo. - La distinción radica en que los niños por su falta de madurez mental no tienen la capacidad cognoscitiva para tomar conciencia de sus acciones, por lo que tenemos que aun cuando se advierte que la conducta del menor podría infringir la legalidad, no se le puede atribuir culpabilidad, en tanto tiene la calidad de inimputable, y en consecuencia excluido de sanciones y por el contrario sometido a medidas de protección que deberán velar por su corrección y freno a dichas acciones.

Observamos que el factor “falta de madurez” o “falta de capacidad cognoscitiva” son presupuestos que eximen de responsabilidad y atribuyen la calidad de inimputable, excluye de sanciones y permite la aplicación de medidas de protección al niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal, con una finalidad correctora y educadora.

Asimismo, en la Casación N° 3996-2016, la Sala Civil Permanente se pronunció en relación al proceso aplicable para emitir medidas de protección, precisando que:

(...) Quinto. - Debido a que están plenamente exentos de responsabilidad penal juvenil (inimputabilidad absoluta), no se les puede imponer medidas socioeducativas, siéndoles aplicables únicamente las medidas de protección de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, aplicable por el Juez de Familia, según lo previsto en el artículo 242 del acotado Código. Es decir, el

sistema de justicia penal juvenil y las medidas socio educativas en nuestro país, están previstas exclusivamente para aquellos adolescentes que, al momento de cometer la infracción a la ley penal, cuenten con más de catorce años de edad. Aquella disposición se encuentra en concordancia con el artículo 40 numerales 2.iii) y 3.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño y la regla 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de Beijing, que obligan a los Estados parte a establecer una “edad mínima” para los menores acusados de haber cometido una infracción a la ley penal, en consecuencia, debajo de dicha edad se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal, pues ello implicaría más bien una desviación de la jurisdicción predeterminada por la ley y por la Convención sobre los Derechos del Niño. En consecuencia, las medidas de protección que resulten necesarias se aplicarán a través de un proceso de naturaleza tutelar, según el citado artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes (...).

En tal sentido, observamos que el proceso de “naturaleza tutelar” se erige como el mecanismo procesal idóneo para aplicar las medidas de protección al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal, sin embargo, no se delimitan con claridad los actos procesales de dicho proceso.

Algo que también destacamos en esta casación es que se pronunció sobre el ejercicio de la acción resarcitoria, y precisó que:

(...) Noveno. - Que, en cuanto a la reparación civil, no corresponde ventilarse en esta clase de proceso, por lo que se debe dejar a salvo el derecho de los padres del niño P.A.M.S.M. para que lo hagan valer en la vía correspondiente; siendo así corresponde anular este extremo de la sentencia (...).

En tal sentido, dentro del proceso de “naturaleza tutelar”, no es posible fijar reparaciones civiles en la sentencia, solamente es posible que el Juez dicte medidas de protección, y cualquier otra pretensión de naturaleza resarcitoria deberá ser sometido a la vía legal ordinaria para su exigibilidad.

En la Casación N° 3091-2017, se discute sobre la reparación de los daños ocasionados por el niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal, y se precisa que:

(...) Décimo quinto.- Teniendo en cuenta que cuando una infracción es cometida por un adolescente mayor a los catorce años, se le atribuye responsabilidad penal especial, sin embargo, cuando la infracción es cometida por menores a catorce años, se habla de un sujeto de derechos sin responsabilidad civil, correspondiendo se le fije una medida de protección, la misma que puede ser ordenada por el juez para proteger a un niño o

adolescente vulnerado o amenazado en sus derechos, y que establecidos los daños, estos deban ser reparados en aplicación de las normas correspondientes a la responsabilidad civil extracontractual, ante la vía judicial correspondiente. En tal sentido, 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 (...).

En tal sentido, se concluye que la responsabilidad civil extracontractual es la vía legal idónea para discutir la pretensión resarcitoria en el caso de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años, que se encuentren en conflicto con la ley penal. Asimismo, en la misma casación se vuelve a discutir la naturaleza del proceso aplicable y cumple con precisar que:

(...) Vigésimo. - En tal sentido, al tratarse de un menor de catorce años de edad a la fecha de acontecidos los hechos, amerita la aplicación de medidas de protección, siendo que, para tal efecto, se requiere iniciar un proceso en el que se ordene las diligencias pertinentes que coadyuven a determinar las medidas de protección más favorables. Ese sentido coincide con la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en la causa

número 00162-2011-PHC/TC del tres de mayo de dos mil once, cuando señala en su fundamento seis que: “Asimismo, si bien, se alega que para la imposición de algunas de las medidas de protección, no se debió iniciar proceso contra el favorecido, la imposición de algunas de las medidas de protección previstas por el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requería que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido en la que la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor, lo que ha implicado el inicio del proceso (...).

En tal sentido, sobre el órgano competente para dictar las medidas de protección, la Casación concluye que:

(...) Vigésimo Primero. - En lo atinente a la competencia del presente proceso corresponde su conocimiento al juez de familia con subespecialidad en lo penal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 53° literal a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial tal como lo ha establecido esta Sala Suprema en la Casación número 431-2013-LIMA (...).

En la Casación N° 302-2016 ocurre una situación bastante particular puesto que el Fiscal de Familia solicitó la apertura de proceso para la aplicación de medidas de protección ante el Juez de Familia; sin embargo, el órgano jurisdiccional declaró no ha lugar promover proceso, y continuarse la medida de protección de entrega a sus padres, que había

sido emitida por el Fiscal de Familia cuando tomó conocimiento del caso. El Ministerio Público interpuso el recurso de casación y la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió señalando que:

(...) 5.8. En consecuencia, se observa de autos que la Sala Superior confirma adecuadamente lo resuelto por el Tercer Juzgado de Familia especializado en Infracciones Penales, al considerar que dicha instancia es competente para dictar la medida de protección pertinente a favor de la adolescente infractora, esto es, la de entrega a sus padres o responsables, por contar la menor con menos de 14 años de edad al momento en que acontecieron los hechos, la misma que se aplicó de forma inmediata, dada la naturaleza tuitiva de esta, y en virtud al Principio del Interés Superior del Niño. Siendo innecesario someterla a una investigación tutelar que judicializaría su caso, al haberse dado cumplimiento a la medida de protección antes descrita, conforme fluye del Acta Fiscal y Acta de Entrega de Menor de folios sesenta y siete y setenta y uno, respectivamente (...).

En tal sentido, observamos que, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, concluye que el Juez puede dictar una medida de protección de manera inmediata con la documentación presentada por el Fiscal de Familia, sin necesidad de desarrollar actos procesales

posteriores, tales como audiencias o declaraciones, siendo suficiente que de la documentación fiscal el órgano jurisdiccional verifique la situación objetiva del niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal, para que emita la resolución judicial que contenga la medida de protección idónea para su desarrollo integral.

Uno de los votos singulares que apoya la decisión casatoria en mayoría es del Señor Juez Supremo Sánchez Melgarejo, quien precisó lo siguiente:

(...) Sexto. - Siendo esto así, se tiene que el representante del Ministerio Público, formuló denuncia contra la menor de iniciales S.C.J.N, de trece años de edad, solicitando se le aperture proceso, por la presunta comisión de la infracción a la Ley Penal contra el patrimonio, en la modalidad de hurto agravado, en grado de tentativa, en agravio de Supermercado Metro de La Victoria, a fin que se dicten las medidas de protección a favor de la citada menor; sin embargo, mediante Resolución número uno del 02 de julio de 2015, se resolvió no ha lugar promover acción judicial para dictar medidas de protección solicitada por el Ministerio Público para la menor S.C.J.N., siendo confirmada por la Sala Superior mediante Resolución número tres del 28 de noviembre de 2015. Séptimo.- De la revisión de autos, se advierte que a fojas 71 obra el acta de entrega de la menor a su madre Gina Julia Napanga Torres, quien estuvo acompañándola en todo

momento desde que fue intervenida hasta cuando rindió su declaración en sede policial (Fs.7), y siendo que la menor de iniciales S.C.J.N. ha reconocido haber cometido los hechos que se le imputan, resulta innecesario someterla a un proceso judicial para la imposición de medidas de protección, más aún, si no está en tela de juicio la responsabilidad de la referida adolescente, al haberse acreditado en forma indubitable su participación. Además, como bien lo ha indicado el Colegiado, la medida de protección finalmente se llegó a aplicar de forma inmediata, al haberse dispuesto la entrega de la menor a sus padres, conforme fluye del acta antes mencionada”.

Existió otro voto singular emitido en este caso corresponde a los señores Jueces Supremos Del Carpio Rodríguez y Yaya Zumaeta, donde se pronunciaron por declarar fundado el recurso de casación conforme al siguiente fundamento:

(...) Sexto. - Que, en el caso de autos, S.C.J.N, es una adolescente de trece años de edad, y por tanto es una inimputable penal; empero, es pasible de medidas de protección, cuya aplicación será determinada en un proceso tutelar judicial, a cargo de un Juez Especializado de Familia. Sobre el particular la Opinión Consultiva OC-17/2002 de veintiocho de agosto de dos mil dos, solicitada por la Comisión Interamericana a la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala: “(...) separación

de funciones administrativas y jurisdiccionales: se debe diferenciar entre la protección social, que busca ofrecer las condiciones necesarias para que el niño desarrolle su personalidad y satisfaga sus derechos fundamentales, y protección jurídica, entendida como una función de garantía que tiene como objetivo decidir sobre los derechos subjetivos de los niños; (...) Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño, entre ellas: a. Juez Natural: "Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley". En este sentido, el artículo 5.5 de la Convención Americana contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados antes jueces especializados". Asimismo, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00162-2011-PHC/TC del 3 de mayo de 2011 señala: "(...) 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 242° 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". Que, a lo anterior se

adiciona que de conformidad con el citado artículo 242 es el Juez Especializado quien aplica las medidas de protección, al menor de trece años que comete infracción, en tanto que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables solo tiene competencia para trámite de procedimientos administrativos tutelares por abandono.

En tal sentido, de las casaciones anotadas anteriormente, consideramos que esta última resulta razonable en relación al procedimiento de las medidas de protección aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que se encuentran en conflicto con la ley penal, puesto que exige al Juez de Familia realizar una evaluación de las actuaciones realizadas a nivel preliminar por el Fiscal de Familia, y convalidar la medida de protección dictada por dicha autoridad, de tal forma que puede emitir la resolución judicial conteniendo la medida de protección, sin la necesidad de promover un proceso tutelar, lo cual resulta lógico puesto que dicho proceso no está regulado en norma legal específica.

Caso contrario, de continuar iniciándose “procesos tutelares”, al no existir norma específica que regule dicho procedimiento, se seguirán promoviendo estos procesos con actos procesales que corresponden al típico proceso por infracción a la ley penal reservado para aquellos adolescentes infractores mayores de catorce años de edad, lo cual consideramos que contraviene el principio convencional de protección

integral contenido en el numeral 3) del artículo 40° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, consideramos que no es posible colocar en el mismo status jurídico al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que infringe la ley penal, con el niño que se encuentra en situación de desprotección parental o en riesgo de desprotección familiar, puesto que tienen cualidades y actitudes de distinta naturaleza, y por tal motivo, deberán recibir un tratamiento procesal diferenciado según las necesidades de protección que requieren en el marco de la ley que los ampara, caso contrario, serían objeto de decisiones judiciales que no serían idóneas, necesarias y proporcionales a su desarrollo integral.

9.2. En relación a la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297, a favor de niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad en conflicto con la ley penal

A nivel jurisprudencial, en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte se han emitido resoluciones sobre la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental previsto en el Decreto Legislativo N° 1297, en los procesos seguidos a niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal.

La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, emitió dos decisiones sobre el tema en específico. La resolución número dieciséis, de fecha nueve de mayo de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 17171-2017-0-0901-JR-FT-05, y la resolución número diecinueve, de fecha cuatro de julio de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 15587-2017-0-0901-JR-FP. En ambos casos, la Primera Sala Civil Permanente precisó como argumento común que:

(...) Al respecto se tiene que si bien es verdad en las conclusiones plenarias del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia llevado a cabo el 20 y 21 de setiembre de 2018, se llegó a la conclusión por mayoría que “debajo de los 14 años de edad, debe presumirse que los niños son inimputables y que no tienen responsabilidad para infringir la ley penal, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal (...) siendo de aplicación aplicar la ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297”, sin embargo, lo resuelto en tal Pleno no tiene el carácter de precedente judicial conforme se encuentra regulado en el artículo 400° del Código Procesal Civil.

En tal sentido, la Primera Sala Civil Permanente determinó que lo más adecuado era la aplicación de un proceso judicial, y lo sustentó en ambos casos, argumentando que:

(...) Los hechos acaecidos resulta acorde con lo resuelto por la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 3091-2017-Lima, en un caso similar al presente, en donde resolvió que: (...) al no abrir investigación judicial por la infracción normativa a la ley penal atribuida al menor de doce años por los hechos acaecidos en el presente proceso, importa una vulneración al principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional atribuida por ley prevista por el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en el artículo 139, numeral 2) de la Constitución Política del Perú.

De otro lado, en relación a la pretensión resarcitoria dentro de este tipo de proceso, señaló que no corresponde, afirmando que:

Ello es así, porque el objetivo del presente proceso es determinar si resulta aplicable una medida de protección en favor del menor investigado; sin embargo, con ello no se busca fijar una reparación civil en favor de la parte agraviada, sin perjuicio de dejar a salvo su derecho a fin que lo haga valer en la forma y modo prescrito por ley.

De otro lado, la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emitió dos decisiones sobre el tema en particular. En la resolución número diecinueve, de fecha siete de mayo de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 08314-2017-0-0901-JR-FP-05), determinó que:

(...) 7° Al respecto la Casación N° 302-2016-Lima (03 de julio de 2018) y la Casación N° 3091-2017-Lima (4 de junio de 2018), han dejado claro que el competente para iniciar investigación judicial y determinar la medida de protección que le corresponde a un menor de catorce, por la comisión de una infracción penal, es el juez de familia; en ese orden de ideas, convenimos con el voto en mayoría del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia 2018, que decidió que no es correcto someter a un menor de catorce a un proceso penal y que las medidas de protección que le corresponda se aplicarán a través de un proceso tutelar, sin embargo, consideramos que incurre en error en el extremo que sostiene que dicho proceso se regirá por la Ley de Desprotección Parental del Decreto Legislativo N° 1297, debido a que no es posible entender que la comisión de una infracción sea, per se, un supuesto de desprotección o abandono parental.

De otro lado, esta resolución esgrime un diseño del proceso aplicable, en los siguientes términos:

(...) 8° En nuestro sistema jurídico, es claro, que el legislador no ha querido darle un tratamiento penal o administrativo a la investigación de la infracción penal cometida por un menor de catorce, tampoco lo ha hecho respecto de las contravenciones de derechos de menor, de modo que siguiendo la solución pacífica que tanto el Ministerio Público como los Juzgados de Familia han

adoptado para las contravenciones, lo que corresponde en estos casos de infracciones de menor de catorce es iniciar investigación judicial para determinar la comisión de los hechos ilícitos y la responsabilidad civil que se atribuya conforme a las reglas del proceso único y luego emitir una decisión final que se pronuncie sobre la medida de protección que le corresponda e indemnización cuando ésta última haya sido atribuida y acumulada a la demanda formulada por el Ministerio Público o la parte interesada.

Entonces, verificamos que para la Segunda Sala Civil Permanente se debe iniciar un proceso, similar al seguido en el proceso judicial por contravención, bajo las reglas del proceso único, donde se determine la comisión de los hechos ilícitos, la responsabilidad civil y se emita una decisión final sobre la medida de protección aplicable, pudiendo incluso formularse acciones indemnizatorias dentro de este proceso, tanto por el Ministerio Público o la parte que resulte interesada, lo cual consideramos que no es lo adecuado porque el proceso único está diseñado específicamente para materias de contenido civil, más no para procesos por infracción a la ley penal, por tanto, lo estamos desnaturalizando al pretender su aplicación a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal.

De otro lado, en la resolución número veinte, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve, emitido en el expediente judicial N° 22136-

2017-0-0901-JR-FP-05, el colegiado de la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, al referirse sobre la pretensión resarcitoria, precisó que: “4.11. En atención a los principios de tutela jurisdiccional efectiva, eficacia, ductilidad y economía procesal, a fin de evitar la interposición de un nuevo proceso, debe validarse los extremos que ordena el pago de una reparación civil (...); es decir, admite la posibilidad de plantear pretensiones resarcitorias dentro del proceso seguido a los niños, niñas y adolescentes, menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, por una justificación de tutela procesal efectiva y economía procesal, sin embargo, como ya lo han descrito las resoluciones casatorias indicadas anteriormente, no es posible discutir pretensiones resarcitorias o indemnizatorias cuando se solicita una medida de protección a favor de un niño, niña o adolescente menor de 14 años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal.

Por tanto, de las resoluciones anotadas anteriormente, consideramos que no es posible la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental, previsto en el Decreto Legislativo N° 1297, a favor de niños, niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, toda vez que la situación de desprotección parental tiene un origen y naturaleza jurídica distinta a la de un niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal, por ello estos últimos reciben un tratamiento diferenciado según sus especiales necesidades de protección.

De aplicar el proceso tutelar previsto en el Decreto Legislativo N° 1297, consideramos que se produce una desviación de la jurisdicción predeterminada por ley, la cual se encuentra reservada exclusivamente al Juez de Familia; por lo que, en el marco del principio de legalidad e indelegabilidad de la función jurisdiccional, corresponde al Juez de Familia dictar las medidas de protección que sean necesarias, idóneas y proporcionales al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que ha infringido la ley penal.

En relación a los actos procesales que la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte propone ejecutar, consideramos que iniciar investigación judicial para determinar la comisión de los hechos ilícitos, la responsabilidad civil, la indemnización, y la decisión final que se pronuncie sobre la medida de protección, en el marco del proceso único, resulta lesivo al derecho al debido proceso, puesto que estos actos procesales no están fijados en norma legal específica. En tal sentido, de aplicarse estos actos procesales verificamos que en estricto sensu se trata del proceso por infracción a la ley penal diseñado exclusivamente para los infractores mayores de catorce años de edad, y no resulta razonable que sea aplicado a aquellos niños, niñas o adolescentes infractores que se encuentran debajo de la edad mínima de responsabilidad penal.

Por tanto, consideramos que lo correcto es que el Juez emita la medida de protección al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de

edad, que ha infringido la ley penal, sin mayor trámite procesal, y sólo con la verificación de las actuaciones preliminares realizadas por el Ministerio Público, no pudiendo requerirse el pago de indemnizaciones o reparaciones civiles, puesto que en la vía especializada sólo es posible dictar medidas de protección, y no cabe la exigibilidad de otras pretensiones de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, que pueden ser reclamadas en la vía legal ordinaria.

9.3. En relación a la aplicación de las medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

En este acápite verificamos que el Quinto Juzgado de Familia y el Séptimo Juzgado de Familia de Lima Norte son los únicos órganos jurisdiccionales que conocen los procesos por infracción a la ley penal, atribuidos a los niños, niñas o adolescentes, menores de catorce años de edad, en distrito judicial de Lima Norte.

A nivel del Quinto Juzgado de Familia de Lima Norte encontramos resoluciones que se pronunciaron sobre la aplicación de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297 y las medidas de protección aplicables a los niños, niñas y adolescentes, menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

En efecto, en la resolución número cuatro, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 19086-2018; en la resolución número once, de fecha cuatro de enero de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 14866-2017, en la resolución número cuatro, de fecha siete de enero de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 18508-2018; en la resolución número quince, de fecha veinte de marzo de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 15709-2017, y en la resolución número diecisiete, de fecha dos de mayo de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 02186-2017, observamos que coinciden en señalar que:

(...) Que, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1297, se verifica que las UPEs no tienen competencia para conocer los procesos tutelares que deriven de una investigación por la comisión de una infracción a la ley penal, sino más bien, cuando se trate estrictamente de casos por situación de riesgo o desprotección familiar, siendo el Juez Especializado de Familia quien debe dictar las medidas de protección.

En tal sentido, este órgano jurisdiccional considera que corresponde específicamente al Juez de Familia la función de dictar medidas de protección al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que se encuentre en conflicto con la ley penal, descartando la posibilidad de delegar la función jurisdiccional a la Unidad de Protección Especial,

como ente administrativo que dicta las medidas de protección en el marco del Decreto Legislativo N° 1297.

De otro lado, con relación a los criterios para dictar las medidas de protección, verificamos que el órgano jurisdiccional se sustentó no solo en los elementos ofrecidos por el Ministerio Público, sino también por la declaración del niño, niña o adolescente en audiencia, y el informe social y/o psicológico que elaboró el equipo multidisciplinario del Poder Judicial.

Una característica común en todas las resoluciones judiciales anotadas anteriormente, es que en todas ellas se aplicó la medida de protección de entrega a sus padres, siendo a ellos quienes se les delegó la función de supervisión, educación y orientación, para que no se vuelva a repetir la conducta infractora que originó el proceso tutelar, asimismo, se fijaron reparaciones e indemnizaciones, y se ordenaron terapias psicológicas como complemento a la medida de protección.

A nivel del Séptimo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte verificamos que no se ha pronunciado específicamente sobre la aplicación del proceso tutelar de la ley de desprotección parental del Decreto Legislativo N° 1297, a los casos de niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

En efecto, en la resolución número tres, de fecha siete de setiembre de dos mil dieciocho, emitida en el expediente judicial N° 18011-2018; en la

resolución número ocho, de fecha doce de junio de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 20951-2018; en la resolución número ocho, de fecha veintiséis de junio de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 27503-2018; en la la resolución número siete, de fecha cinco de setiembre de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 6347-2019; y en la resolución número tres, de fecha dieciséis de setiembre de dos mil diecinueve, emitida en el expediente judicial N° 17601-2019, observamos que el Ministerio Público solicitó la apertura de proceso por comisión de infracción a la ley penal a favor de niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, sin embargo, el órgano jurisdiccional promovió estos procesos bajo las típicas reglas del proceso por infracción a la ley penal diseñado para adolescentes infractores mayores de catorce años de edad. Incluso, se observa que el órgano jurisdiccional ha venido aplicando mecanismos de simplificación procesal diseñados exclusivamente para la justicia penal ordinaria, tales como la terminación anticipada y la confesión sincera, resultando que a través de estos procedimientos se han emitido las sentencias que contienen las medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal.

Asimismo, se observa que en todas las resoluciones judiciales se dictó la medida de protección de entrega a los padres, se otorgaron reparaciones civiles y ordenaron terapias psicológicas como complemento, todo ello justificado esencialmente en la propia admisibilidad de responsabilidad del menor investigado, y sin la elaboración de un informe técnico

multidisciplinario que permita tener un mejor panorama de la situación del niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal.

En tal sentido, de las decisiones recopiladas y analizadas, consideramos que no existe uniformidad en el tratamiento procesal aplicado a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal, debido a la ausencia de un proceso que delimite con claridad los actos procesales que permitan dictar una medida de protección necesaria, idónea y proporcional a las necesidades del infractor.

Las medidas de protección que se emiten hasta la fecha siguen siendo las mismas (entrega a los padres), no existe un seguimiento posterior del órgano jurisdiccional para verificar si efectivamente existió un cumplimiento de la medida de protección otorgada, y ello genera que las sentencias emitidas resulten ineficaces y no se cumpla con el principio convencional de protección integral del niño, niña o adolescente, que se encuentra en conflicto con la ley penal.

9.4. Sobre la necesidad de una modificación normativa

La defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es un proceso complejo que involucra el reconocimiento de su plenitud como sujetos de derechos, conforme así lo señala la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de protección de

los derechos de la niñez y adolescencia que hemos detallado anteriormente.

El sistema de justicia penal juvenil vigente en la actualidad no ha contemplado la situación de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal, prueba de ello es que no existe procedimiento para que se le dicten medidas de protección a la luz del texto vigente del artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes.

Esta situación de vacío legal genera que a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que infringen la ley penal, se les dicte medidas de protección dentro de procesos que en su esencia es el típico proceso por infracción a la ley penal diseñado para niños, niñas y adolescentes mayores de catorce años de edad, o incluso se les dicta medidas de protección en procesos donde se aplica mecanismos de simplificación procesal aplicados y regulados en la jurisdicción ordinaria sólo para adultos, tales como la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la confesión sincera.

Incluso, el vigente Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado por Decreto Legislativo N° 1348, deja de pronunciarse sobre la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, menores de catorce años de edad que infringen la ley penal, quedando aún vigente el solitario artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, que si bien

establece medidas de protección a favor de ellos, no delimita el proceso para su aplicación, así como tampoco mecanismos de seguimiento para conocer su eficacia.

Por todos estos fundamentos, y habiéndose dejado claro que no es posible la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297, el presente trabajo de investigación permite afirmar que es necesaria una modificación normativa del artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, conforme a los alcances descritos en el presente capítulo.

CONCLUSIONES

1. Nuestro Sistema de Justicia Juvenil Especializado establece una edad mínima de responsabilidad penal, debajo de la cual se presume que el niño, niña o adolescente carece de responsabilidad penal.
2. Al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal, se le debe presumir inimputable, consecuentemente, sólo será pasible de medidas de protección idóneas, necesarias y proporcionales a sus necesidades de educación y desarrollo integral.
3. Al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal, no se le puede aplicar el proceso por infracción a la ley penal regulado en el capítulo V, del Título II, del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, así como tampoco puede aplicársele mecanismos de simplificación procesal como conclusión anticipada, terminación anticipada o confesión sincera, por carecer de responsabilidad penal y solo ser pasibles de medidas de protección.
4. El Juez Especializado de Familia deberá dictar las medidas de protección al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal, sin la necesidad de promover proceso para dicho fin, sólo deberá verificar y evaluar las actuaciones realizadas a nivel preliminar por el Ministerio Público, y los

informes técnicos (psicológico y social) del equipo multidisciplinario del Poder Judicial.

5. No podrá considerarse al niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal, como un supuesto de desprotección familiar, siendo inaplicables los procesos y las medidas de protección de la ley de desprotección parental prevista en el Decreto Legislativo N° 1297.

RECOMENDACIONES

1. Consideramos el texto vigente del artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes necesita ser modificado, y por dicho motivo proponemos la siguiente modificación legislativa:

“Ley que modifica el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, y establece el procedimiento para dictar medidas de protección a niños, niña y adolescentes menores de catorce años de edad, que se encuentra en conflicto con la ley penal”

Artículo 1°. - Modificación del artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes

Modifíquese el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes, de forma tal que quede redactado de la siguiente manera:

Artículo 242°. - procedimiento para dictar medidas de protección a niños, niña y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal.

Al niño, niña o adolescente, menor de catorce años de edad, que infringe la ley penal, el Juez Especializado de Familia le concederá las siguientes medidas de protección integral:

- a) El cuidado en el propio hogar, bajo la patria potestad de los padres, tutores, o responsables, que estarán sujetos al cumplimiento estricto de sus obligaciones destinadas a la orientación, formación y educación

integral del niño, niña o adolescente, contando con todos los servicios gratuitos de las instituciones del Estado, que les permita ejercer adecuadamente su rol protector y educador a favor de los niños, niñas y adolescentes.

b) Participación en programas de orientación y educativos diseñados especialmente por el Servicio de Orientación al Adolescente.

c) Atención Integral en Instituciones Públicas o Privadas, diseñadas especialmente para el tratamiento de niños, niñas y adolescentes, en conflicto con la ley penal

d) Participación en programas de Justicia Juvenil Restaurativa promovidos por el Ministerio Público.

El Juez Especializado de Familia deberá dictar en resolución motivada las medidas de protección dentro del término de treinta días, ante la solicitud del Ministerio Público que acompañe las actuaciones fiscales realizadas a nivel preliminar, y previo informe técnico del equipo multidisciplinario del Poder Judicial.

Las medidas de protección tendrán una duración de un año, pudiendo ampliarse su vigencia por un tiempo igual, asimismo serán supervisadas trimestralmente por el equipo multidisciplinario del Poder Judicial, que al final del año elaborará un informe final sobre su ejecución y cumplimiento.

Los daños generados por los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, serán directamente atribuibles a sus padres, tutores o responsables; consecuentemente, toda acción deberá ser

dirigida directamente hacia ellos en la vía procesal ordinaria por la parte que resulte afectada.

2. Consideramos que en caso no sea posible realizar la modificación legislativa, los órganos especializados de familia deben dejar de iniciar procesos “tutelares” por no estar regulados en norma legal específica, y tampoco deben aplicar mecanismos de simplificación procesal por conclusión anticipada, terminación anticipada o confesión sincera, puesto que ello implica una desviación de las normas y procedimientos fijados por ley, vulnerándose de esta forma el derecho al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal.

3. En el caso de las medidas de protección que se vienen aplicando a la fecha, los órganos jurisdiccionales deben realizar un seguimiento sobre el cumplimiento efectivo de las mismas, puesto que es necesario verificar si las sentencias han cumplido su finalidad, esto es que los niños, niñas y adolescentes, no hayan vuelto a cometer conductas infractoras.

FUENTES DE INFORMACION

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Beloff, M. (2009). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bergalli, R. (2003). *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bustos Ramírez, J. (1997). *Perspectivas de un derecho penal del niño*. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Calvo, A. L., & Carrascosa, J. (2011). *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares.

Carranca y Trujillo, R. (1995). *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Mexico: Porrúa.

Chesney-Lind, Meda; Shelden, Randall G. . (2004). *Girls, Delinquency, and Juvenile Justice*. Michigan: Wadsworth/Thomson Learning.

Cillero, M. (1999). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño UNICEF.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *La situación de niños y niñas y adolescentes en el sistema penal de justicia para adultos en Estados Unidos*. Washington D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cruz Blanca, M. J. (2002). *Derecho Penal de Menores*. Madrid: EDERSA.

De Lama, A. (2006). *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Torres, J. M. (2009). *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel.

Diez-Picazo, L. (1984). *Familia y Derecho*. Madrid: Tecnos.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. (14 de Diciembre de 1990). Asamblea General de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: Naciones Unidas.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.

García Mendez, E. (2001). *Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Costa Rica: CONAMAJ.

García-Pablos, A. (2013). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Higuera Guimerá, J. F. (2003). *Derecho penal juvenil*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Meis Knupfer, A. (2001). *Reform and Resistance: Gender, Delinquency, and America's First Juvenile Court by Anne Meis Knupfer*. Londres: Routledge.

Mejía Salas, P. (2010). *La investigación tutelar*. Lima: Centro de Investigación y Desarrollo "Jorge Basadre Grohmann".

Mir Puig, S. (1982). *Política Criminal y Reforma de Derecho Penal*. Bogotá: TEMIS.

Morlachetti, A. (2013). *Sistemas Nacionales de Protección Integral de la Infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL UNICEF.

Palomba, F. (1995). *Tendencias Evolutivas en la protección de los menores de edad. La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal*. El Salvador: Hombres de Maíz.

Platt, A. (1997). *Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.

Sendra, V. G. (1993). *Derecho Procesal. Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Solórzano, J. (2006). *Los Derechos Humanos de la Niñez y su aplicación judicial*. Ciudad de Guatemala: Unicef Argrafic.

Tejeiro, C. E. (2005). *Teoría general de niñez y adolescencia*. Bogotá: Universidad de los Andes (Colombia).

Tiffer Sotomayor, C. (2012). *Justicia Penal Juvenil. Entre la Justicia Retributiva y la Justicia Restaurativa*. San José de Costa Rica: ILANUD.

Van der Maat, B. A. (2007). *100 años de tratamiento de jóvenes en conflicto con la ley en Arequipa*. Arequipa: Observatorio de Prisiones.

Vásquez González, C. (2007). *Derecho Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson.

Viñas, R. H. (1983). *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires: EDIAR.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

Ibáñez, P. A. (1986). El sistema tutelar de menores como reacción penal forzada. *Revista Psicología Social y sistema penal*, 1(1). Madrid: Alianza.

Navas Rial, C. (2002). Los menores y el Derecho Penal en la República Argentina. *Revista Anuario de Justicia de Menores*, II(2). Madrid: ASTIGI.

Palomba, F. (1993). La reforma al sistema de la justicia juvenil es una obligación. *Revista Centroamericana de Desarrollo Humano Hombres de Maíz*, 1(16). (A. C. Educación, Ed.) El Salvador.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior de los niñas y niñas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales*, 1(1). Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

Recuperado de:

http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Revista_CECOCH/revista-ano6-1-9.pdf

Arias Arenas, C. (2017). El acto infractor de menores y la regulación del procedimiento en los juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de Puno. (*tesis de maestría*). Universidad Nacional del Altiplano, Puno.

Recuperado de: <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/8771>

Alvira Martín, F. (1984). El efecto disuasorio de la pena. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, 7(7). Universidad de Santiago de Compostela. Recuperado de: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4303>

Baratta, A. (2007). Democracia y Derechos del Niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 1(9). Santiago: Fondo UNICEF. Recuperado de: http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20_y_derechos_9.pdf

Cabezas Salmerón, J. (2011). Superación del modelo anterior de justicia juvenil (Tutelar) poer el actual modelo (de responsabilidad) ¿se lo ha creido alguien? *Revista Crítica Penal y Poder*, 1(1). Barcelona: OSDPH Universidad de Barcelona. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1991>

Cortés Morales, J. (2007). A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El desafío pendiente. 9(9). Santiago de Chile: Fondo UNICEF. Recuperado de: http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20_y_derechos_9.pdf

Cruz y Cruz, E. (2009). “Los menores de edad Infractores de la Ley Penal”. (*Tesis doctoral derecho*). Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/11218/1/T32137.pdf>

Giménez-Salinas, Esther; Gonzáles Zorrilla, Carlos. (1998). Jóvenes y Cuestión Penal en España. *Revista: Jueves para la Democracia*, 3(3). Madrid: Jueces para la Democracia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/182536>

Granado, S. (2016). El menor infractor : evolución jurídica y mitos del tratamiento jurídico penal - actual. (*Tesis de doctorado*). Universidad de Huelva, Huelva. Recuperado de: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12299>

Harbottle, F. (2014). La edad mínima de la responsabilidad penal. Análisis de la legislación y jurisprudencia de Costa Rica a partir del corpus juris internacional de protección de los derechos humanos de la niñez. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 60(31). San Jose. Recuperado de: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1117/revista-iidh-60.pdf>

López-Contreras, R. (2015). Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1). Guatemala. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

Martínez Iglesias, A. I. (2016). Factores de riesgo de la conducta antisocial en menores en situación de exclusión social. (*Tesis doctoral*). Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/38850/>

Martínez, C. (2015). La Justicia Restaurativa y un modelo integrador de Justicia Penal. *Revista de Derecho UNED*, 16(16). Madrid: Fundación UNED. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:RDUNED-2015-16-7420>

Payé Salazar, J. (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 Niño, en el Perú". (*Tesis de título de abogado*). Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Arequipa. Recuperado de: <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/2220/DEpasajm.pdf?sequence=1>

Rengifo, J. (2015). "Tratamiento de los menores de catorce años de edad que cometen infracciones contra la ley penal en la zona judicial de Huánuco, 2015".

(*Tesis de titulación de abogado*). Universidad de Huánuco, Huánuco. Obtenido de:<http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/156/RENGIFO%20QUISPE%2C%20JEISSY%20AMERICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tamarit, J. (2013). El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012. *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, 1(1). Salamanca. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4293905>

REFERENCIAS NORMATIVAS

Código Civil de Chile. (30 de Mayo de 2000). Congreso de Chile. Santiago, Chile: Congreso de Chile.

Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de Noviembre de 1989). Asamblea General de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: UNICEF.

Decreto Legislativo N° 1098 "Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables". (20 de Enero de 2012). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Decreto Legislativo N° 1297 "Protección de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos". (30 de Diciembre de 2016). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N° 1348 "Código de Responsabilidad Penal del Adolescente". (7 de Enero de 2017). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Decreto Ley N° 26102 "Código de los Niños y Adolescentes". (29 de Diciembre de 1992). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP "Reglamento del D. Legislativo N° 1297". (10 de Febrero de 2018). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Decreto Supremo N° 004-2018-JUS "Reglamento del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente". (24 de Marzo de 2018). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Decreto Supremo N° 005-2016-MIMP "Reglamento del servicio de investigación tutelar". (21 de julio de 2016). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Decreto Supremo N° 011-2005-MIMDES "Aprueba el reglamento de capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes". (12 de Noviembre de 2005). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Ley 13968 "Ley del Código de Menores". (2 de Febrero de 1962). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Ley 30466 Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. (17 de Junio de 2016). Diario Oficial El Peruano. Lima, Lima: Editora Perú.

Ley N° 1098 "Código de la Infancia y Adolescencia". (8 de Noviembre de 2006). Congreso de Colombia. Bogotá, Colombia: Congreso de Colombia.

Ley N° 19968 "Ley de creación de los Tribunales de Familia". (25 de Agosto de 2004). Congreso de Chile. Santiago, Chile: Congreso de Chile.

Ley N° 2002-100 "Código de la Niñez y Adolescencia". (3 de Julio de 2003). Ediciones Legales. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Ley N° 20084 "Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente". (28 de Noviembre de 2005). Congreso de Chile. Santiago, Chile: Congreso de Chile.

Ley N° 22.278 "Régimen Penal de Minoridad". (25 de Agosto de 1980). Congreso de la República de Argentina. Buenos Aires, Argentina: Congreso de la República de Argentina.

Ley N° 26941 "Ley que Modifica el Código de los Niños y Adolescentes". (16 de Abril de 1998). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Ley N° 27337 "Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes". (7 de Agosto de 2000). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Ley N° 28330 "Modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes". (14 de Agosto de 2004). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Ley N° 7576 "Ley de Justicia Penal Juvenil". (3 de Abril de 1996). Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Ley Orgánica N° 5/200 "Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores". (12 de Enero de 2000). Boletín Oficial Español. Madrid, España: Boletín Oficial Español.

Ley. N° 8069 "Estatuto da Crianca e do Adolescente". (13 de Julio de 1990). Brasil. Brasilia, Brasil: Brasil.

Observación General N° 07 (CRC/C/GC/7): Realización de los Derechos de la Primera Infancia. (14 de Noviembre de 2005). Comité de los Derechos del Niño. Ginebra, Naciones Unidas: Comité de los Derechos del Niño.

Observación General N° 10 (CRC/C/GC/10): Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes. (25 de Abril de 2007). Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas, Naciones Unidas: Comité de los Derechos del Niño.

Opinión Consultiva OC 17/2002 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño". (28 de Agosto de 2002). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia. (21 y 22 de Setiembre de 2018). Plenos Jurisdiccionales Nacionales de 2018. Ica, Perú: Poder Judicial del Perú.

Recomendación CM/R (2008) 11 Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas. (5 de Noviembre de 2008). Comité de Ministros de la Unión Europea. Barcelona, España: Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing". (28 de Noviembre de 1985). Asamblea General de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución Administrativa N° 025-CME-PJ. (11 de Enero de 1996). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Resolución Administrativa N° 183-2018-CE-PJ. (4 de Junio de 2018). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Editora Perú.

Resolución Administrativa N° 027-2016-CE-PJ "Protocolo de Actuación para la comunicación entre los Jueces de Familia y los equipos multidisciplinarios". (3 de Febrero de 2016). Poder Judicial. (C. E. Judicial, Ed.) Lima.

ANEXOS

**ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES, FISCALES Y PROFESIONALES DEL
DERECHO CON ESPECIALIDAD EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Título de la tesis: “El Decreto Legislativo N° 1297 y su aplicación a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad que Infringen la ley Penal”

Objetivo General: Determinar si los instrumentos internacionales de protección permiten la aplicación del Decreto Legislativo N° 1297 en los casos de niños, niñas y adolescentes, menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

1. ¿Usted conoce los instrumentos internacionales de protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes?

Sí () No ()

2. ¿Usted conoce los alcances del Decreto Legislativo N° 1297?

Sí () No ()

3. ¿Usted considera que los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, permiten la aplicación del decreto legislativo N° 1297 a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que infringen la ley penal?

Sí () No ()

Objetivo Específico 1: Determinar si los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

4. ¿Usted conoce los tipos de proceso contenidos en el Decreto Legislativo N° 1297?

Sí () No ()

5. ¿Usted considera que los procesos del Decreto Legislativo N° 1297 son aplicables a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?

Sí () No ()

Objetivo Específico 2: Determinar si el Decreto Legislativo N° 1297 permite la aplicación de medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal

6. ¿Usted conoce las medidas de protección contenidas en el Decreto Legislativo N° 1297?

Sí () No ()

7. ¿Usted considera que el Decreto Legislativo N° 1297 permite aplicar medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, que infringen la ley penal?

Sí () No ()