

**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TÍTULO

**LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE MENORES EN
CONFLICTO CON LA JUSTICIA PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
LAMBAYEQUE**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

INÉS DEL MILAGRO TERRONES TEJADA

ASESORA:

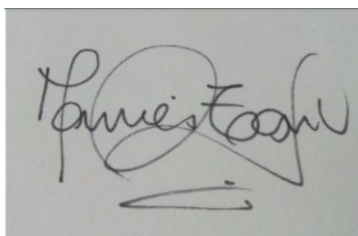
MG. MAGALI JANETH CONDOR VILLALTA

CHICLAYO –PERÚ

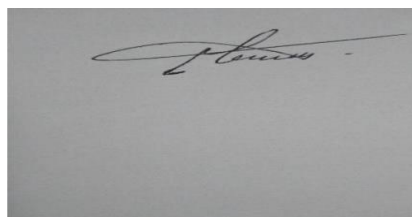
2020

Título:
**“LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE MENORES EN
CONFLICTO CON LA JUSTICIA PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
LAMBAYEQUE”**

**Tesis presentada por la Bachiller INÉS DEL MILAGRO TERRONES
TEJADA a la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de
Chiclayo, para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**



Bachiller Inés del Milagro Terrones Tejada
Autor



Mg. Magali Janeth Córdor Villalta
Asesora

Aprobado por el Jurado:



Mg. Javier Soriano Díaz Díaz
Presidente



Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Secretario



Mg. Francisco Josué Castañeda Ramos
Vocal

CHICLAYO - 2020

DEDICATORIA:

A:

Mis queridos padres:

Que, siempre me han impulsado a seguir adelante, enseñándome a levantarme después de cada caída en el camino de la vida, brindándome consejos para vivir en dignidad, paz y justicia, para ser de mí una profesional de éxito y enfrentar esta sociedad competitiva.

Mis Hijos Alex Fabricio y Gianluca Alessandro

Que, con su sola existencia me motivaron a seguir estudiando.

Inés del Milagro Terrones Tejada

AGRADECIMIENTO

A:

Dios por estar conmigo en cada paso que doy, fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y haber puesto en mi camino aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

Inés del Milagro Terrones Tejada

ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
PRESENTACIÓN	
ÍNDICE GENERAL	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	

CAPÍTULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

I-ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA:.....	11
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	11
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
2.0. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	18
2.1. JUSTIFICACIÓN.....	18
2.2. IMPORTANCIA.....	28
2.3. OBJETIVOS.....	32
2.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	32
2.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	32
3.0. MARCO TEÓRICO	32
4.0. HIPÓTESIS.....	87
Formulación de la Hipótesis.	87
4.1. Variables e Indicadores.....	88
4.2. Indicadores:.....	89
5.0. MARCO METODOLÓGICO.....	90
5.1. Delimitación de la Investigación	90
5.2. Diseño de Contrastación de Hipótesis.	90
5.3. Población y Muestra.....	91
5.4. Recursos Humanos, Materiales, Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	91
6.0. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS...	92

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO DEL MENOR INFRACTOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA

2.1. Referencias Históricas	95
2.2. Antecedentes Legislativos en algunos Países Europeos	104
2.3. Antecedentes Legislativos en algunos Países Americanos.	109

2.4.	Legislación Latinoamericana en Materia de Menores Infractores.	114
2.5.	Surgimiento de la Justicia Penal Juvenil en el Perú	120

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PERÚ

3.1.	Exordio.....	137
3.2.	La Doctrina de la Protección Integral	138
3.3.	El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil	144
3.4.	Principios Garantistas en el Procesamiento al Adolescente Infractor	151
3.5.	La Remisión.....	154
3.6.	Jurisdicción y Competencia en el Proceso Único de Adolescentes infractores.....	155
3.7.	El Sujeto Activo en el Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano.....	159
3.8.	Las Garantías Sustantivas, Procesales y de Ejecución en el Sistema de Justicia Penal Juvenil.....	161
3.9.	Principio de Humanidad.....	171
3.10.	Garantías Procesales.	169
3.11.	Garantías de la Ejecución de Las Medidas.....	179

CAPÍTULO IV

RESULTADOS, ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1.	Aspectos Metodológicos de la Investigación de Campo	181
4.2.	Resultados, Análisis de los Resultados y Discusión	181
4.3.	Fundamento de la Modificación de la Norma.....	188
4.4.	Contrastación de Hipótesis... ..	190
CONCLUSIONES.....		199
RECOMENDACIONES.		201
BIBLIOGRAFIA		203

PRESENTACIÓN

Notables señores integrantes del Jurado Evaluador, en concordancia con las disposiciones normativas establecidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, dejo a vuestra consideración y elevado criterio académico, el Informe de Investigación titulado:

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE MENORES EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE.

El mismo que me permitirá obtener el Título Profesional de Abogado. Convencida del aporte teórico, científico y social de este trabajo, manifiesto mi plena disposición a recepcionar y apreciar las observaciones y sugerencias que ustedes realicen. Las mismas que fundadas en argumentos pertinentes, de seguro van a contribuir a mejorar la presente investigación.

La autora.

RESUMEN

Es una obligación de la Familia, la Sociedad y el Estado, proteger y garantizar el desarrollo de nuestra niñez y adolescencia, como también prevenir el delito, en búsqueda de una sociedad más humana y segura. Por ello es importante, enseñarles a los niños y adolescentes a responsabilizarse de sus vidas, de sus actos, conviviendo en armonía, paz; toda vez que los niños y adolescentes son personas que se encuentran en etapa formativa de su personalidad bio-psicoemocional; ya que el Estado es el responsable de dicha formación –deber y derecho del Estado para procurar la máxima satisfacción de los derechos del niño– por mandato constitucional, previsto en los artículos 4, 51, 55 de la Constitución Política del Estado, bajo el Principio del Interés Superior del Niño; es por ello, que requieren un tratamiento especial cuando los menores de edad se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, cuyo tratamiento Tutelar en nuestro país transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, por lo que dicho sistema debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales. Esta acción se enmarca en el compromiso del Estado peruano de adecuar sus leyes y formas de proceder al Principio del Interés Superior del Niño establecido por la Convención de los Derechos del Niño y se traduce principalmente en procurar siempre decidir aquello que puede beneficiar mejor a su proceso de desarrollo en todos los ámbitos de su vida.

Palabras claves: Fundamento fáctico y jurídico de las medidas de protección en materia de menores en conflicto con la justicia penal

ABSTRACT

It is an obligation of the family, society and the State, to protect and guarantee the development of our childhood and adolescence, as well as to prevent crime, in search of a more humane and safe society. Therefore, it is important to teach children and adolescents to take responsibility for their lives, their actions, living together in harmony, peace; hence, the researcher as Provincial Family Prosecutor has a double responsibility, as a citizen and authority, since children and adolescents are people who are in the formative stage of their biopsychosocial personality; the State being responsible for such training - the duty and right of the State to ensure maximum satisfaction of the rights of the child - by constitutional mandate, provided for in articles 4, 51, 55 of the Political Constitution of the State, under the Principle of Interest Superior of the Child, that is why they require special treatment when minors are immersed in a tax and judicial investigation for alleged violation of the criminal law, whose Guardianship treatment in our country violates fundamental rights affecting their dignity, so that system must be applied from the doctrine of Integral Protection, in the light of international instruments. This action is part of the commitment of the Peruvian State to adapt its laws and ways of proceeding to the Principle of the Best Interest of the Child established by the Convention on the Rights of the Child and is mainly translated into always trying to decide what can best benefit your process of development in all areas of his life.

Keywords: Factual and legal basis of protection measures for minors in conflict with criminal justice.

INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que las condiciones en las que participan los niños en un proceso penal no son las mismas en que lo hace un adulto. Así, en aplicación del marco jurídico de protección de los derechos humanos, los niños que han infringido o han sido acusados de infringir leyes penales no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos; sino, además, una protección especial. De allí que la aplicación de las medidas de protección a los Niños y Adolescentes que comenten infracción a la ley penal deben realizarse en el marco de la Constitución Política y las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido. Estos instrumentos reconocen el deber de protección especial que toda sociedad democrática está obligada a brindar a los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años de edad.

En el contexto descrito el presente trabajo de investigación es importante porque demostraremos la deficiencia legislativa existente en lo concerniente a las medidas de protección expedidas a nivel judicial a los menores que han cometido infracción a la ley penal, pues es contradictoria con el bloque de constitucionalidad, la Convención de los Derechos del Niño, la Doctrina de Protección Integral, el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente; y que su análisis y propuesta normativa, permitirá determinar que la aplicación de las medidas de protección a nivel fiscal, contribuiría al fomento de la dignidad del niño que ha cometido infracción a la ley penal; asimismo, el Estado estaría asumiendo su responsabilidad con los menores investigados de acuerdo a los estándares internacionales del cual el Perú es parte, máxime si nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, en la que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, por lo que bajo este principio el Estado tiene como prioridad mejorar la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes que han infringido la ley penal y así estaríamos construyendo una sociedad basada en la promoción de sus derechos, orientado a reconstruir la paz y el tejido social, requiriéndose establecer una política integral para los adolescentes infractores a la ley penal, el cual constituye un proceso de construcción respetuoso de los derechos humanos, que

nos permitirá dejar atrás prácticas retrógradas, que no generan ningún resultado y adecuarnos a nuestra Constitución y también a los estándares internacionales del cual el Perú es parte en esta materia.

La judicialización de niños y adolescentes menores de catorce años de edad, por haber infringido la ley penal, contraviene abiertamente a la Convención de los Derechos del Niño, de la cual el Perú es parte, teniendo en cuenta que están en edad crítica formativa de su personalidad, desde el punto de vista psicosocial, la judicialización puede perjudicarles de por vida. Para ellos deben desarrollarse programas de reintegración, prevención y atención.

Para un mejor estudio y comprensión del trabajo de investigación, la estructura texto-discursiva del estudio, se organiza en capítulos, la misma que permitirá sustentar y fundamentar jurídicamente la tesis planteada.

I-ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA:

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La violencia contra niños y adolescentes, cada vez son mayores y propio a una situación cultural particular, está íntimamente ligada a la desestructuración sociocultural de la posmodernidad y depende en gran medida de factores relacionados con la globalización, en especial por la destrucción de los valores tradicionales y éticos. Además, las agresiones ejercidas contra las nuevas generaciones dentro de la familia, constituyen la ‘matriz’ de la gran mayoría de las otras formas de violencia, de modo que entender su dinámica mortífera abre el camino a la aprehensión de las causas de las fuerzas invisibles que corroen la convivencia social contemporánea. En sí misma, la violencia contra los más jóvenes es una realidad aterradora, y las investigaciones al respecto concuerdan para mostrar que este fenómeno no solo es muy común, sino que parece aumentar en

un mundo donde las actuaciones agresivas, tanto en el plano físico como en el sexual se hacen cada vez más frecuentes.

De ahí la urgencia de pensar en los medios necesarios para fomentar una verdadera 'prevención'. Y quien habla de prevención sabe que una política cuyo fin es erradicar el fenómeno de la violencia contra niños, niñas y adolescentes, además de fundarse en principios éticos claramente definidos, tiene como requisito inicial estudiar bien la problemática en juego, comenzando por el contexto sociocultural en el cual esta violencia se produce, así como sus características, singulares y estructurales, en cuanto respuestas al fenómeno de desestructuración del lazo social propio a nuestra época; y como segundo requisito, cernir con mucho detenimiento la realidad del abuso sexual contra los menores, así como las formas graves de maltrato, un tema a menudo olvidado, a pesar de sus consecuencias mortíferas para la construcción psíquica del joven. De ahí una tipificación diferencial de los abusos sexuales y maltratos, además de una apreciación de su nivel de gravedad en función de sus efectos inmediatos, a mediano y a largo plazo, que servirán para dimensionar la problemática con mucha precisión.

Es una obligación de la familia, la sociedad y el Estado, proteger y garantizar el desarrollo de nuestra niñez y adolescencia, como también prevenir el delito, en búsqueda de una sociedad más humana y segura. Por ello es importante, enseñarles a los niños y adolescentes a responsabilizarse de sus vidas, de sus actos, conviviendo en armonía, paz, toda vez que los niños y adolescentes son personas que se encuentran en etapa formativa de su personalidad bio-psicoemocional; siendo el Estado el responsable de dicha formación –deber y derecho del Estado para procurar la máxima satisfacción de los derechos del niño– por mandato constitucional, previsto en los artículos 4º, 51º, 55º de la Constitución Política del Estado, bajo el Principio del Interés Superior del Niño, es por ello que requieren un tratamiento especial cuando los menores de edad se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, cuyo tratamiento Tutelar en nuestro país transgrede derechos fundamentales,

Afectando su dignidad, por lo que dicho sistema debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales. Esta acción se enmarca en el compromiso del Estado peruano de adecuar sus leyes y formas de proceder al Principio del Interés Superior del Niño establecido por la Convención de los Derechos del Niño y se traduce principalmente en procurar siempre decidir aquello que puede beneficiar mejor a su proceso de desarrollo en todos los ámbitos de su vida.

Que, mediante Ley N°27337 se aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, vigente desde el 07 de agosto del 2000, los Niños y Adolescentes infractores en nuestro país, tienen un tratamiento especial, sin embargo en dicha ley existen deficiencias legislativas que están conllevando a que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite que en casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo es, que ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal. Tratamiento que causa grave perjuicio al niño, adolescente infractor comprendido hasta los catorce años de edad, tratándose en forma desigual con los infractores mayores de catorce años quienes gozan de mayor beneficio que los menores de esa edad. Requiriéndose para ello, su inmediata respuesta jurídica, por tratarse de una responsabilidad del Estado. Considerando además que la CIDH alienta a los Estados a implementar legislación que permita que la respuesta estatal a la infracción de leyes penales por parte de niños sea siempre proporcionada a las circunstancias en las que ocurrió, a la gravedad de la conducta, a la edad y las necesidades del niño, entre otros criterios.

En mi condición de estudiante de derecho, me ha permitido incrementar la visión de justicia a la que aspiramos; basada en recuperar las relaciones sociales

deterioradas que tome en cuenta a todas las partes afectadas, involucrándolas activamente en la resolución del conflicto cuando haya disposición para ello; y atendiendo las causas circunstanciales que llevaron al niño y adolescente a transgredir la ley penal. Realizando las mediaciones entre adolescentes y personas afectadas; además de involucrar a los servicios y programas comunitarios en la atención socioeducativa de los adolescentes atendidos, obteniendo la reducción de la reincidencia y reiteración de las conductas infractoras. Siendo que el Estado asuma su compromiso con los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, como la Convención de los Derechos del Niño, máxime si el niño y adolescente es una persona que está en proceso de desarrollo y es pilar fundamental para consolidar el Estado Constitucional de Derecho.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para la determinación de cuáles deben ser medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la justicia, nuestro argumento de la hipótesis planteada es imprescindible precisar lo que cae dentro de lo que se llama violencia contra menores. Se puede proponer una definición psicoanalítica: es violencia el actuar de un adulto contra un niño, una niña o un adolescente, cuando este actuar está desprovisto de palabras humanizadoras, pronunciadas o no; es decir, un actuar carente de sentido que se manifiesta con gestos, acciones, frases, conductas, cuyo fin no es transmitir algún valor ético, algún aprendizaje educativo, algún afecto, sino un simple desfogue contra el más pequeño, tratándolo como mera cosa, sin que exista por parte del adulto un afán de hacerle un bien y de cuidar por su bienestar. Este perifraseo es necesario en la actualidad en un esfuerzo de evitar la dilución de la noción de violencia a falta de una delimitación clara, hasta el punto que el término puede perder todo sentido cuando todo se transforma en supuesto maltrato. Porque hay comportamientos equivocados, comportamientos de adultos frente a sus hijos que parecen cargados de agresividad y que, sin embargo, no tienen una connotación de violencia; al contrario, hay otros cuya meta expresada es hacer daño

al pequeño; y hay otros que son destructores a pesar de no tener una apariencia violenta.

El maltrato físico y/o psicológico constituye una vertiente de situaciones de violencia intrafamiliar y, desde nuestro criterio, muy a menudo la más inquietante, la que siempre acompaña las peores formas afectar la dignidad, y en nuestro país es un problema social creciente, pues representa un fracaso de la sociedad en la educación de sus nuevos integrantes, además constituye un riesgo que atenta contra el Estado de derecho, el respeto de las instituciones, las reglas para la convivencia pacífica y la seguridad de los ciudadanos; con consecuencias como la pérdida de la escala de valores, que a su vez, acarrearán consecuencias psicológicas, en razón que la mayoría de infractores violentos exhibe rasgos del trastorno antisocial de la personalidad y los muestran antes de los 15 años. En este caso, el trastorno de conducta tiende a convertirse en un elemento probable para la delincuencia en serie si no se diagnostica y se trata con una medida tutelar apropiada, existe el riesgo que se convierta completamente en la edad adulta, en un trastorno antisocial de la personalidad y una carga para el Estado.

Desde esta perspectiva, en la experiencia vivida como parte integrante de la sociedad, se advierte que el Estado no viene asumiendo su responsabilidad sobre este flagelo, por cuanto con su actitud omisiva permite que persistan algunas prácticas socio jurídicas correspondientes al modelo retribucionista (castigador) y tutelar (proteccionista), expresadas sobre todo en detenciones arbitrarias, una inadecuada y tardía defensa pública, la sobre judicialización de los casos, el uso excesivo de la internación preventiva y la escasa aplicación de la remisión y de medidas socioeducativas alternativas a la privación de la libertad, provoca secuelas generando la estigmatización en los menores investigados, ocasionándoles daños irreparables para su vida futura. Por lo que, el Estado debe asumir su compromiso de protección a los niños y adolescentes que se encuentren investigados por haber cometido infracción a la ley penal, bajo el Principio del Interés Superior del Niño, debiendo legislar acorde a los instrumentos internacionales de la cual el Perú es

parte al haber suscrito y ratificado; dado que en nuestro país de acuerdo a la legislación de menores de edad, previsto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Derecho Positivo peruano, está considerando un tratamiento desigual entre los adolescentes mayores de 14 años de edad que se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, tienen un tratamiento preferencial como es la aplicación de la Remisión Fiscal; situación esta última que no se da para menores de 14 años; en contradicción con el principio de proporcionalidad de la pena, así como también con el principio de igualdad y no discriminación, existen numerosos casos en los cuales la respuesta punitiva frente a la conducta de niños infractores es más dura que la respuesta penal frente a la conducta de adultos que han cometido un delito. Toda vez que existen niños procesados al mismo tiempo que adultos por el mismo delito, y sin embargo los niños recibieron condenas más severas que los adultos acusados, siendo que ante ello, el Estado está incumpliendo los Principios normativos establecidos en los bloques de Constitucionalidad, toda vez que corresponde a los investigados menores de 14 años, un tratamiento Tutelar Judicial, con ello nuestro país transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, por lo que dicho sistema debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño; que establece “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. De conformidad con el artículo 40.3, 4¹ de la acotada norma legal, en

¹ 3. 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;

la cual dispone que los Estados en asuntos de menores deben desjudicializar para evitar la revictimización y el respeto de su dignidad.

En el distrito fiscal y judicial de Lambayeque se han identificado un conjunto de problemas relacionados al Sistema de Justicia Juvenil que no contribuyen a una protección adecuada de los adolescentes en conflicto con la ley ni a su proceso de integración social, debido a varios factores, tales como: La deficiencia legislativa; inaplicación de la los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y en especial la Convención de los Derechos del Niño, previsto en los artículos 12, 27, 37 y 40, la escasa y contradictoria jurisprudencia nacional sobre tratamiento a niños y adolescentes infractores a la ley penal.

Cabe precisar que la concepción de *niño* en la Convención es de persona, sujeto de derechos y merecedor de valores como el respeto, la dignidad y la libertad, pero en un plano que los diferencia en el trato por parte del Estado, debiendo velar en forma particular por sus derechos, haciendo primar sus capacidades intelectuales y grupo de crianza, como base elemental para el ejercicio de sus derechos civiles.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Constituye un deber del Estado la aplicación de Programa de Protección a los menores de edad en los casos de conflicto con la justicia penal y cuáles son las consecuencias por su inaplicación?

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.

4. 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.

2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

2.1. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica por tratarse de un tema con repercusión jurídica y social, con trascendencia nacional e internacional, debido a que el nivel de adecuación de nuestra legislación penal juvenil, específicamente en lo referente a las medidas de protección al Niño y Adolescente no es consonante con la Doctrina de la Protección Integral y el Interés Superior del Niño y los instrumentos internacionales que la sustentan, debido a que las garantías sustantivas, procesales y de ejecución del sistema de justicia penal juvenil no están de acuerdo con los instrumentos internacionales. Trayendo como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales tales como la integridad moral psíquica, física, a su libre desarrollo y bienestar y otros del niño y adolescente que cometa infracción a la ley penal, a la víctima y a la sociedad.

El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad. La primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que se derivan de éste, en particular, el relativo al subprincipio de la taxatividad. Conforme el artículo 9° de la Convención Americana dispone:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. De forma similar, en la sentencia del Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, de fecha 25 de noviembre

de 2005, la Corte Interamericana subrayó que “en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”.

Tal principio-derecho a la legalidad sancionatoria está reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (subrayado nuestro).

En mérito de ello, en la STC 00010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

Del mismo modo, la Corte Interamericana ha señalado que “[l]a calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales” (Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*).

En virtud de ello, es que en la STC 02050-2002-AA/TC este Tribunal Constitucional precisó que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.

El principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Este principio de legalidad en caso de menores, exige que los delitos, las penas y las medidas de seguridad pasibles de ser aplicadas a los adultos, así como las medidas para los adolescentes infractores, deban estar establecidos previamente mediante una ley formal y regular. Prohíbe el uso de la analogía y la costumbre como fuente de derecho para el caso del derecho penal. Su objetivo es la seguridad jurídica y limitar posibles arbitrariedades del poder penal estatal.

El Principio de Legalidad de las sanciones se viola cuando la ejecución de las penas, en particular las penas privativas de libertad, no se encuentran reguladas por una ley, sino por un reglamento. Así el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que las condiciones de la privación de la libertad, entre las que figura la forma de ejecución de la pena privativa de libertad deben ser fijadas por la ley. Así mismo, cuando no existe un debido control judicial de la forma en que las autoridades penitenciarias ejecutan las penas.

En el Perú, la Constitución Política del Estado (artículo 2º, inc. 24, literal d) y el Código Penal (artículo II del Título Preliminar) recogen el aspecto sustantivo de este principio, en concordancia con los instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9º) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37º inciso b, y artículo 40º inciso 2).

El reconocimiento de este principio en el ámbito sustantivo por el sistema de justicia penal juvenil, es de suma importancia para los adolescentes que no han incurrido en infracciones penales, pues existen los llamados estados de abandono o peligro moral, en cuyo caso, debe aplicarse una medida de protección y no una medida de internamiento, como ocurriría con el anterior Código de Menores (artículo 107º). Por ello, la criminalización de situaciones de irregularidad (estado de

abandono o peligro moral) además de violar la garantía del tipo penal, incrementa la discrecionalidad del juzgador en la aplicación de las medidas y en la duración de las mismas.

En consecuencia, es necesario la existencia de una norma que tipifique expresamente las conductas de los adolescentes considerados como infracciones a la ley penal. El principio es recogido en el artículo 189º del Código de los Niños y Adolescentes que establece que no pueden ser procesados o sancionados por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieran calificados en la ley penal (Código Penal y leyes conexas) como delito, ni sancionados con una medida socioeducativa que no estén previstas en el Código.

Por su parte el artículo 183º del Código de los Niños y Adolescentes, indica que se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad haya sido señalada, como autor o partícipe, en un hecho punible tipificado como delito o falta por la ley penal. En dicho sentido, todas las conductas previstas en la ley penal para adultos son infracciones que pueden ser atribuidas a los adolescentes.

Sin embargo, se cuestiona si todas las figuras previstas en el Código Penal, justifican la intervención del sistema penal juvenil, y si toda infracción cometida por un adolescente debe sancionarse con igual severidad que a los adultos. Es obvio que no debe ser así, ya que el adolescente debe ser enjuiciado sólo en casos de infracciones graves, pues es necesario recordar que la Doctrina de la Protección Integral sólo concibe un sistema de responsabilidad penal juvenil basado en el concepto de un derecho penal de mínima intervención. Por ello, deben hacerse uso de figuras que eviten la intervención penal en los casos de escasa relevancia social o cuando por las condiciones del adolescente sea innecesario o perjudicial para su desarrollo. De hecho, nuestra legislación en el proceso de adolescentes infractores, incluye el mecanismo de la remisión del proceso, similar al principio de oportunidad para adultos.

Otro aspecto relevante, es el referido a las medidas que pueden ser aplicadas a los adolescentes infractores. En el derecho penal de adultos, respetando el Principio de Legalidad de las sanciones, cada delito tiene un mínimo y un máximo de pena, límites que el juez está obligado a respetar. Lamentablemente, en el caso de los adolescentes, no se ha desarrollado adecuadamente dicha garantía, ya que el Código de los Niños y Adolescentes no ha previsto expresamente límites que garanticen que la medida socioeducativa a imponerse tenga la exacta proporción con el hecho atribuido, lo que implica una afectación al Principio de Legalidad.

El artículo 217º del Código de los Niños y Adolescentes establece que el juez puede aplicar al adolescente infractor las siguientes medidas:

- Amonestación
- Prestación de Servicios a la Comunidad
- Libertad Asistida
- Libertad Restringida
- Internación en establecimiento para tratamiento

Esta pluralidad de medidas, brinda al juzgador la posibilidad de optar por la que se adecue a la naturaleza de la infracción cometida por el adolescente y a su situación particular. La medida de internación, único supuesto de privación de libertad, debe ser aplicada como último recurso, tal como lo indican las reglas 18.1 y 19.1 de las Reglas de Mínimas para la Administración de Justicia de Menores.

Sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes no contiene o describe los supuestos que determinen los casos en que el juzgador puede imponer una u otra medida. Así, en teoría, frente a una determinada infracción se podría optar desde una amonestación hasta la imposición de la medida de internación, lo que afecta el Principio de Legalidad. Si bien, es natural que los magistrados tengan capacidad discrecional en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es evidente que dicho espacio tiene como límite el Principio de Legalidad, que cumple una

función protectora y limitadora del poder punitivo del Estado. El artículo 191 del Código sólo señala como criterio general que la medida debe basarse no sólo en la gravedad del hecho, sino en las circunstancias personales que lo rodean.

En rigor, el único caso donde se intenta suplir la falta de criterios para la aplicación de las medidas socioeducativas es en la medida de internación, pues el artículo 236º del Código de los Niños y Adolescentes establece que sólo puede aplicarse esta medida cuando:

- Se trate de un acto doloso infractor tipificado en el Código Penal con pena mayor a 4 años;
- Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves;
- Por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socioeducativa impuesta anteriormente.

Como se puede observar, salvo el primer supuesto, no se establece un criterio claro y objetivo que limite la discrecionalidad del juzgador para aplicar la medida, ya que en los otros dos supuestos se hace referencia a aspectos de derecho penal de autor, al utilizar la reiterancia como supuesto para imponer la medida. Este hecho sitúa al adolescente en una posición de desventaja con relación al adulto, pues en el Código Penal de 1991 no existe una figura similar como criterio para imponer una pena, salvo para el caso de terrorismo como lo señala la Ley N° 25475 en su artículo 9º. Sin duda, este aspecto constituye un defecto de la legislación nacional, ya que no garantiza plenamente que la privación de libertad sea efectivamente el último recurso a optarse.

Asimismo, se debe tener en cuenta el Principio de Humanidad. Para Mir Puig² califica este principio como el que caracteriza en mayor medida el origen y evolución del contenido del sistema penal, que tiene como objetivo su

²MIR PUIG, Santiago: Op. cit, pág. 94. Este autor nos recuerda que éste fue el punto central del programa de la Ilustración (concretamente, el de Beccaria) y se mantiene como una de las ideas centrales de toda reforma que sobre el sistema penal se ha venido planteando

humanización y el respeto por la dignidad de la persona. En mérito a este principio, una persona no debe ser sometida a penas crueles, inhumanas y degradantes. Siguiendo esta orientación, la doctrina ha desarrollado diversos mecanismos o planteamientos para sustituir la pena privativa de libertad por otras de naturaleza menos institucionalizadas. También, ha promovido la despenalización de ciertas conductas y la fijación de límites máximos a la pena privativa de libertad. El Principio de Humanidad se relaciona con el de proporcionalidad, en tanto debe existir relación entre la gravedad del hecho y la respuesta penal que se genera, teniéndose en cuenta la importancia relativa y comparativa de los bienes jurídicos afectados. Este principio fue recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 5.2), así como en la generalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado peruano. Por este motivo, al margen de la falta de criterios específicos para determinar la medida a aplicarse a un adolescente, nuestra legislación se encuentra dentro de los parámetros que dicta el Principio de Humanidad contemplado en el artículo 37° incisos a) y c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe las torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la pena de muerte y la prisión perpetua.

A partir de este principio surge una serie de garantías

El Código de los Niños y Adolescentes, expedida mediante Ley N° 27337 vigente desde el año 2000, en el Libro Cuarto trata sobre la Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente, estableciéndose en el capítulo III del adolescente infractor de la ley penal, y regulándose en el “Artículo 184 las Medidas al niño y adolescente; así: “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.” Asimismo, el CAPÍTULO VIII se refiere a las Medidas de Protección al Niño que cometa Infracción a la Ley Penal, determinándose en el **Artículo 242°.- 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; (...). Advirtiéndose en la praxis, que la regulación descrita en líneas arriba, es incoherente en su marco legislativo a la luz del Bloque de Constitucionalidad; por ser ésta discriminatoria, al ser tratado en forma desigual al niño y adolescente, quienes son, revictimizados por la infracción, la víctima no es resarcida oportunamente y la sociedad no participa en la solución del problema; y que la aplicación de la medida de protección judicial no contribuye con la prevención de infracciones a la ley penal, ni en su formación integral, convirtiéndose en potenciales delincuentes ocasionando inseguridad a la sociedad; debido que es posterior a la sentencia, deformándose y convirtiéndose como una carga irreparable para el Estado, además origina gastos innecesarios para la administración de justicia, motivo por el cual el Derecho Positivo sobre Medidas de Protección, prevista en el artículo 242 del acotado Código es deficiente y no es acorde con los instrumentos internacionales y por ende no permite coadyuvar a una solución integral del problema para ser tratado acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos, en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad, con participación de la víctima y el rol activo de la comunidad.

El Perú en su condición de Estado-Parte de la Convención de los Derechos del Niño, por haberlo firmado el 26 enero 1990; ratificándolo el 4 septiembre 1990 y entrando en vigor el 4 octubre 1990 y al tener dicho instrumento internacional rango constitucional, nuestro país ha venido realizando esfuerzos dirigidos a adecuar sustancialmente su marco normativo a los estándares internacionales; sin embargo la norma legislativa respecto a las medidas de protección a los Niños y

Adolescentes que cometan infracción a la ley penal no es congruente con los instrumentos del bloque de constitucionalidad; toda vez que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al constituir norma jurídica de reconocimiento universal y obligatorio cumplimiento, por haberse el Perú adherido a ella, por lo que las normas internas deben estar acorde con dicho instrumento y de no ser así genera responsabilidad tanto de los Estados parte como de los particulares.

Así, en el plano internacional se da inicio al establecimiento de normas y mecanismos específicos para su protección y promoción. La aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño (la Convención) en 1989 constituye el hito más importante en el progresivo reconocimiento de los derechos del niño, niña y adolescentes, al consagrar de manera integral todos los problemas que afectan universalmente a la infancia. Situación que, en el presente trabajo, se está tomando en consideración por ser el eje central de la investigación.

La denominada Doctrina de Protección Integral, reconoce al menor de edad como sujeto de derechos, tiene su máxima expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño y aún, cuando es claro que principios de interpretación como los de pro libertatis y fuerza expansiva, razonabilidad y proporcionalidad deben necesariamente aplicarse siempre que esté de por medio la defensa y promoción de derechos humanos ello resulta más evidente cuando lo que está en juego es la protección de la dignidad y demás derechos de las personas menores de edad. Si bien, los niños, niñas y adolescentes, como todo sujeto de derecho capaces de discernimiento, deben responder por sus actos, requieren de un tratamiento diferenciado en función de su especial situación y grado de desarrollo.

Resulta importante mencionar que, si bien esta doctrina debe aplicarse siempre que se encuentre de por medio la defensa y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, ha tenido su mayor desarrollo en materia de responsabilidad penal de menores de edad. En efecto, tal como sostuvo la

Defensoría del Pueblo en su informe del sistema penal juvenil³, es sobre la base de la Doctrina de la Protección Integral que se ha centrado fundamentalmente el tema de su responsabilidad penal a partir del planteamiento de una opción punitivo-garantista.

De acuerdo con esta concepción, a partir de cierta edad los y las adolescentes sí responden por las infracciones que cometen contra la ley penal pero siempre bajo la garantía del respeto del denominado principio del Derecho Penal Mínimo. Éste se caracteriza por la recurrencia al derecho penal como extrema ratio; el respeto de las garantías penales sustantivas y procesales establecidas para la persona adulta, a las que deben sumarse aquellas propias derivadas de la condición de menor de edad; la minimización de las penas juveniles y la utilización de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad, debiendo emplearse ésta última sólo excepcionalmente y limitando su intensidad y su duración al mínimo plazo posible.

En otras palabras, se trata de un derecho penal juvenil dotado de las mismas garantías que el derecho penal de adultos, pero menos severo, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los delitos cuando en la intensidad de las sanciones, por ser un sujeto de derecho en proceso de desarrollo. Cabe mencionar que esta consideración, expresamente establecida como obligación asumida por el Estado peruano en la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye una manifestación del principio del interés superior del niño, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta de medidas de protección y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios, pero debe hacerse bajo el Control de Convencionalidad.

³ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 51*. El sistema penal juvenil en el Perú. Análisis jurídico social. Lima, Serie: Informes Defensoriales, 2000, pp. 189-192

La Ley Penal Juvenil responde a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido que debe verse a un niño o niña que ha cometido una infracción a la ley penal, como un sujeto de derechos, que goza de las mismas garantías, a quien debe asegurársele un proceso justo y conforme a Derecho.

En la legislación peruana, los jóvenes menores de 18 años son considerados inimputables, es decir, se les reconoce como autores y partícipes de una infracción, pero por distintas razones, no se les atribuye responsabilidad penal plena por los hechos cometidos, por lo cual se les prescribe que el Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar; tal como lo establece el artículo 191 del Código de los Niños y Adolescentes.

Es evidente que la realidad de los niños, niñas y jóvenes infractores no ha tenido una atención integral por parte del Estado y las autoridades gubernamentales. Bajo la concepción de "situación irregular" los niños, niñas y jóvenes menores infractores son considerados como objetos de protección, lo que ha validado actuaciones arbitrarias tanto del orden administrativo como del judicial en los procesos de "reinserción social", la "institucionalización" y la orientación de los centros y funcionarios responsables de asistirlos y los mecanismos de acceso a la justicia, máxime si se han expedido leyes que no están acorde con los instrumentos internacionales.

2.2. IMPORTANCIA

En el presente trabajo de investigación, tiene importancia por cuanto, a través de ella, se abordará los principios y garantías relevantes que deben regir el sistema especializado de justicia juvenil aplicable a niños que se encuentran en conflicto con la ley. Siendo que el análisis se realizará a la luz del modelo de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y de la normativa vigente del derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce a los niños como sujetos de derechos y no sólo como objetos de protección. Los principios y

garantías que serán analizados deben ser observados por todo el sistema de justicia especializados –jueces de familia-, incluso por las autoridades policiales, Ministerio Público y las dependencias que actúen en la ejecución de las medidas.

Resulta evidente que las condiciones en las que participan los niños en un proceso penal no son las mismas en que lo hace un adulto. Así, en aplicación del marco jurídico de protección de los derechos humanos, los niños que han infringido o han sido acusados de infringir leyes penales no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección especial. De allí que la aplicación de las medidas de protección a los Niños y Adolescentes que comenten infracción a la ley penal deben realizarse en el marco de la Constitución Política y las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido. Estos instrumentos reconocen el deber de protección especial que toda sociedad democrática está obligada a brindar a los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años de edad.

En el contexto descrito el presente trabajo de investigación es importante porque demostraremos la deficiencia legislativa existente en lo concerniente a las medidas de protección expedidas a nivel judicial a los menores que han cometido infracción a la ley penal, pues es contradictoria con el bloque de constitucionalidad, la Convención de los Derechos del Niño, la Doctrina de Protección Integral, el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente; y que su análisis y propuesta normativa, permitirá determinar que la aplicación de las medidas de protección a nivel fiscal, contribuiría al fomento de la dignidad del niño que ha cometido infracción a la ley penal; asimismo, el Estado estaría asumiendo su responsabilidad con los menores investigados de acuerdo a los estándares internacionales del cual el Perú es parte, máxime si nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, en la que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, por lo que bajo este principio el Estado tiene como prioridad mejorar la calidad de vida de niñas, niños y adolescentes que han infringido la ley penal y así estaríamos construyendo una sociedad basada en la promoción de sus

derechos, orientado a reconstruir la paz y el tejido social, requiriéndose establecer una política integral para los adolescentes infractores a la ley penal, el cual constituye un proceso de construcción respetuoso de los derechos humanos, que nos permitirá dejar atrás prácticas retrógradas, que no generan ningún resultado y adecuarnos a nuestra Constitución y también a los estándares internacionales del cual el Perú es parte en esta materia.

La judicialización de niños y adolescentes menores de catorce años de edad, por haber infringido la ley penal, contraviene abiertamente a la Convención de los Derechos del Niño, de la cual el Perú es parte, teniendo en cuenta que están en edad crítica formativa de su personalidad, desde el punto de vista psicosocial, la judicialización puede perjudicarles de por vida. Para ellos deben desarrollarse programas de reintegración, prevención y atención.

Existe un gran avance en la promoción y protección de los derechos del niño y del adolescente la misma que se ha visto reflejada en los últimos tiempos con motivo del desarrollo de la Doctrina de la Protección Integral, que reemplazaba a la Doctrina de Situación Irregular y con ello diversos conceptos e instituciones cambiaron de rumbos, es por primera vez que se concebía al niño como sujeto de derecho y no simplemente como un objeto de protección dentro de una teoría paternalista. Lo cual, trajo como consecuencia que se firmara la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados de menor jerarquía que tienen el mismo sentido.

Es imprescindible que la justicia penal juvenil deba fomentar en los menores de edad, el respeto y desarrollo de los valores fundamentales para la sana convivencia y la paz social; buscando fomentar el autocontrol y la prevención de la reincidencia del menor infractor respecto a sus propias acciones y las consecuencias que de ellas se deriven, tomando conciencia, reflexionando.

Ha llegado el momento de invertir en la mejora de sistemas nacionales de justicia de menores favorables a los niños que promuevan la dignidad y el valor del niño y su reintegración social.

- Es preciso adoptar medidas especiales para prevenir la delincuencia juvenil por medio de la creación de oportunidades educativas eficaces, entornos familiares estables y programas comunitarios que respondan a las preocupaciones especiales de los niños y ofrezcan a ellos y a sus familias la orientación y el asesoramiento adecuados;
- Hay que conseguir que avance la promulgación de leyes que garanticen que la privación de la libertad de un niño sea una medida de último recurso aplicable durante el período más breve posible. Debe establecerse una edad mínima de responsabilidad penal y garantizarse que se respetará el debido proceso en los casos de conflicto entre los niños y el sistema de administración de justicia;
- Es necesario elaborar estructuras alternativas para ocuparse de los niños sin tener que recurrir a la vía judicial y para garantizar el respeto de los derechos de los niños y el fomento de sistemas de justicia reformativos que promuevan la participación de la comunidad en la reconciliación entre víctimas y delincuentes;
- Es preciso promover campañas de sensibilización e información sobre las normas internacionales vigentes, así como llevar a cabo actividades de capacitación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los fiscales, los jueces, los abogados y los trabajadores sociales.

Por los criterios esbozados, no solo serán tratados, analizados, sino también se propondrá un proyecto de ley para la respectiva modificación legislativa, a la luz de los instrumentos internacionales, de esta forma estaremos contribuyendo al perfeccionamiento del Código de los Niños y Adolescentes, referido a los niños que han cometido infracción a la ley penal en aras de contribuir con el sistema judicial donde impere el valor supremo de la Justicia y la Paz Social.

2.3. OBJETIVOS

2.3.1 OBJETIVO GENERAL:

Determinar si la aplicación del programa de medida de protección dictada a los niños y adolescente en conflicto con la ley penal, constituye un deber del Estado de acuerdo a los instrumentos internacionales, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales dirigidos al logro de su bienestar conforme la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño.

2.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Para alcanzar el objetivo general se deben lograr los siguientes propósitos:

- 2.3.2.1. Identificar la problemática fáctica de las medidas de protección impuestas a los niños y niñas y adolescentes en conflicto con la justicia penal.
- 2.3.2.2. Describir e interpretar la problemática jurídica referida a la medida de protección de los menores en conflicto con la justicia penal, mediante el análisis documental y la aplicación de encuesta a los magistrados y profesionales en el derecho.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Sobre el tema de las medidas de protección dentro de un contexto de Derechos Humanos y su aplicación a nivel fiscal, no se ha encontrado trabajos de investigación que se equipare al presente; por cuanto el mismo pretende sensibilizar a los jueces, fiscales, policías y demás operadores de justicia a efecto que desde

una perspectiva de derechos humanos, se aplique la medida de protección como un mecanismo que evita la intervención judicial en los casos de escasa relevancia social o cuando por las condiciones del niño, adolescente menores de 14 años de edad, sea innecesario o perjudicial para su desarrollo.

La presente investigación no cuenta con antecedentes desde el punto de vista del sistema de protección de los derechos del niño y de los adolescentes infractores a la ley penal menores de 14 años de edad a nivel fiscal, en razón de no estar regulada; y si bien se aplica medidas de protección a nivel judicial, motivo por el cual me ha permitido hacer la investigación que las medidas de protección para que su aplicación sea a nivel fiscal como una alternativa a la justicia ordinaria que se aplica a los niños y adolescentes que comprenden menores de 14 años de edad en conflicto con la ley penal. Debiéndose precisar, existen algunas investigaciones que están referidas a adolescentes infractores mayores de 14 años de edad que está regulado por sistemas que implican corregir, educar al adolescente infractor, resarcir a la víctima y participe la comunidad, tales como: la justicia restaurativa, cuyos estudios han sido recogidos en las revistas del Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa denominadas “Crecer” así como también respecto a la figura de la “remisión” que se aplica para los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad; así también existen autores nacionales e internacionales que se han abocado al estudio de adolescentes infractores comprendidos entre 14 y 18 años de edad, lo cual nos van a permitir tener como base para el tema de investigación que se está planteando en la presente tesis, por lo cual se recogerán las posiciones doctrinarias, de Perú como Christian Hernández Alarcón, quien ha realizado estudios sobre la “Remisión” para adolescentes en conflicto con la ley penal.

A nivel latinoamericano, autores como Miguel Cillero Bruñol, Alessandro Baratta, Mary Beloff, entre otros, han desarrollado la Doctrina de Protección Integral a los niños infractores a la ley penal y su aplicación en la jurisprudencia, también se recogerá las experiencias vertidas en el XIV Curso Internacional de Especialización organizado por la UNICEF y las sentencias emitidas por los juzgados de familia de

Chiclayo; por lo que considero que debe ir desarrollándose progresivamente en el Sistema de Administración de Justicia y en nuestra sociedad la cual debe comprender el contexto en que el niño infringió la ley penal.

Cabe precisar se considerará adicionalmente el desarrollo de la Opinión Consultiva N° 17/2010 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Sentencias del Tribunal Constitucional, los Informes Defensoriales sobre el tema de Justicia Juvenil Restaurativa elaborado por la Defensoría del Pueblo, conforme lo desarrollaremos en el transcurso de la investigación.

3.2. BASE TEÓRICA

De acuerdo a la Constitución política del Perú, la Convención de los Derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes, el Estado tiene el deber y la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar el adecuado desarrollo de las poblaciones vulnerables y en situaciones de riesgo, en este caso los niños abandonados por mandato legal deben ser protegidos por el estado, mientras se resuelva su situación jurídica.

La protección especial de los niños, niñas y adolescentes constituye una obligación del Estado, así como de la familia y la comunidad en virtud de diversas normas internacionales y nacionales. Sin embargo, la protección de aquellos que se encuentran en situación de conflicto con la justicia exige una especial atención debido a que dicha situación implica o puede implicar la vulneración de sus derechos fundamentales, principalmente su derecho a vivir en una familia.

3.2.1. El Sistema de Justicia Juvenil

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que resulta evidente que las condiciones en las que participan los niños en un proceso penal no son las mismas en que lo hace un adulto. “Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la

protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”

Así, en aplicación del marco jurídico de protección de los derechos humanos, los niños que han infringido o han sido acusados de infringir leyes penales no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección especial. Corresponiendo al Perú establecer entonces normas, principios y garantías, que en su condición de Estado Miembro deben observar en la aplicación de la justicia juvenil para respetar y garantizar esa protección especial que requieren las niñas, niños y adolescentes, conforme al bloque de constitucionalidad.

3.2.2. *Corpus Juris* de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes

De acuerdo con el derecho internacional relativo a la interpretación de los tratados internacionales; la Convención Americana y la CDN forman parte de un conjunto de normas vinculadas o *corpus juris* de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que debe ser considerado al interpretar el significado del artículo 19 de la Convención Americana⁴ y del artículo VII de la Declaración Americana⁵, los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

El concepto de un *corpus juris* en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes. La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que:

⁴Artículo 19.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.

⁵Artículo VII.- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales.

Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia⁶.

La Corte ha subrayado que el *corpus juris* sirve para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana y es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana⁷.

Por tanto, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la

⁶CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 72.

⁷Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 37 y 53; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante “la CDN”), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”), las Reglas sobre Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (en adelante “Reglas de Tokio”), las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (en adelante “Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante “Directrices de Riad”), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

Más aún, la existencia de un *corpus juris* incluye también para efectos interpretativos las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante “Comité de los Derechos del Niño”) de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato, como la Observación General No. 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. Tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños.

La CIDH subraya que los Estados Miembros que no han ratificado la Convención Americana están igualmente sometidos al *corpus juris* relativo a los derechos de los niños, toda vez que el artículo VII de la Declaración Americana establece que todos los niños tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.

3.2.3. El Interés Superior del Niño y el Sistema de Justicia Juvenil

El artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, en adelante la denominaremos CDN dispone 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.

La Corte ha establecido que el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, y que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención [Americana] cuando el caso se refiera a menores de edad”⁸.

En la misma dirección, la Comisión ha considerado que, a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN, por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos. Así también lo ha entendido la Corte Interamericana al afirmar que:

[...] la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
[...]

⁸Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134.

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptara para atender ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella⁹.

En este sentido, las instituciones, órganos y autoridades, así como las personas privadas autorizadas o relacionadas con la regulación, aplicación y operatividad del sistema de justicia juvenil deberán considerar en todo momento el interés superior del niño. La Comisión considera que el interés superior del niño debe ser el criterio interpretativo rector que concilie dos realidades al regular el sistema de justicia juvenil: por un lado, el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que:

Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños¹⁰.

⁹Véase Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 53 y 137.

¹⁰Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

En concordancia con el Comité de los Derechos del Niño, la Comisión considera que protección del interés superior del niño significa, entre otras cuestiones, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social de la niña, niño o adolescente, a través de la remisión de casos u otras formas de justicia restitutiva como se desarrollan en el correspondiente apartado de este informe, recurriendo lo menos posible a procedimientos judiciales así como a medidas cautelares o sanciones privativas de la libertad.

3.2.4. La Protección del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente como Contenido Constitucional

El Tribunal Constitucional ha señalado¹¹: El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

La mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, las siguientes:

¹¹EXP. N° 02132-2008-PA/TC del 09 de mayo de 2011. Fundamentos 5 - 11.

Artículo 3º

1. 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.

2. 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.

Artículo 27º

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. (...)

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...).

Teniendo en cuenta que el artículo 55º de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente, y en la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia del Expediente Nº 03744-2007-PHC/TC estableció que

(...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

En cuanto al contenido del aludido artículo 4º de la Norma Fundamental, específicamente en el extremo referido a la protección de la infancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido

Que, dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1º de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio "Dignidad de la Persona", a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto [Exp. N.º 0298-1996-AA/TC].

De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, el interés superior del niño implica, entre otras consideraciones, que el análisis de cada caso se realice de forma individualizada, toda vez que cada niño, niña y adolescente tiene necesidades diferentes, permitiendo escuchar la opinión del niño de conformidad con el nivel de desarrollo de su personalidad, así como la opinión de sus padres, tutores y/o representantes o familiares más cercanos, dentro de los procedimientos y procesos relativos a la justicia juvenil.

3.2.4. Objetivos del Sistema de Justicia Juvenil

La CDN, en su artículo 40º, al describir los derechos de todo niño de quien se alegue ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, se refiere a la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

En cuanto a los lineamientos y principios fundamentales que deben guiar el ejercicio de la acción penal en los casos de niños acusados de infringir leyes penales, la Comisión Interamericana, siguiendo los estándares fijados por el *corpus juris* ya descrito, ha destacado que existe dentro del derecho internacional de los derechos humanos una clara tendencia a darles a los niños una protección mayor que a los adultos, limitando el papel del *ius puniendi*¹².

¹²CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 113.

Al respecto, la Comisión Interamericana ha indicado que del artículo 19º de la Convención Americana derivan obligaciones particulares de “garantizar el bienestar de los delincuentes juveniles y empeñarse en su rehabilitación”¹³. En la misma línea, la Corte Interamericana ha indicado que cuando el aparato del Estado tiene que intervenir frente a infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad, ***debe realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad***¹⁴.

Así, un sistema de justicia juvenil cuya política criminal esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en la materia.

De manera general, conforme al artículo 40º de la CDN los Estados parte ***deben tratar de promover medidas que no supongan la judicialización***, como la reorientación hacia servicios sociales, siempre que sea apropiado y deseable¹⁵. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos se dirige a procurar que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los niños, se limiten únicamente a las infracciones más severas, de forma que los sistemas de justicia juvenil tiendan a abolir la pena privativa de la libertad. En el caso de infracciones tipificadas, cuando se trate de personas menores de edad la legislación debe permitir la aplicación de formas de sanción distintas a la reclusión o privación de libertad. Aún más, en aquellos casos en los que se establezca la responsabilidad de niñas, niños y adolescentes por delitos graves a los que

¹³CIDH, Informe No. 62/02, Caso 12.285, Fondo, Michael Domingues, Estados Unidos, 22 de octubre de 2002, párr. 83.

¹⁴Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 185.

¹⁵Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 24 y 25.

correspondan penas privativas de libertad, el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado debe regirse por el principio del interés superior del niño.

En cuanto a la forma como estas sanciones deben aplicarse, las Reglas de Beijing disponen que “las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (Regla 17.1.b). Por eso, aún en los casos de delitos graves que merezcan sanciones importantes, es preciso que la legislación ofrezca al juzgador los mecanismos para aplicar este tipo de sanciones de acuerdo con el interés superior del niño. Es decir, que “la respuesta que se dé al delito se[a] siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (Regla 17.1.a).

Estos estándares parten de la premisa de que, en el caso de las personas menores de edad, el ejercicio del poder punitivo de los Estados no sólo debe observar de manera estricta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino además tomar en especial consideración la situación distinta en la que aquéllos se encuentran y sus necesidades especiales de protección. Esto aplica tanto para la determinación de la responsabilidad por infracciones a leyes penales como para la aplicación de las consecuencias de dicha responsabilidad. Al respecto, la Comisión ha resaltado la diferencia que debe existir en la respuesta punitiva del Estado frente a conductas cometidas antes de los 18 años, precisamente en atención a que por la situación particular en la que se encuentran los niños al cometer dichas conductas, el juicio de reproche y, por lo tanto, la sanción impuesta, la que debe ser menor respecto de los adultos.

A la luz de lo anterior, la Comisión subraya que la consecución de los objetivos de la justicia juvenil requiere que los Estados tomen en consideración el interés superior del niño antes de regular el sistema de justicia juvenil o al aplicar una pena o sanción y, en caso ***de judicializar o aplicar las sanciones, los Estados deben orientar todos sus esfuerzos a garantizar la rehabilitación de los niños***

que sean intervenidos por la justicia juvenil, a fin de promover su sentido de valor y dignidad, permitirles una efectiva reinserción en la sociedad y facilitar que puedan cumplir un papel constructivo en ella. La Comisión considera que el elemento retributivo del derecho penal ordinario es inapropiado dentro del sistema de justicia juvenil si lo pretendido es satisfacer plenamente los objetivos de reintegración y rehabilitación de niños, niñas y adolescentes infractores de las leyes penales.

3.2.5. Parámetros de Edad para responsabilizar a niñas, niños y adolescentes por infringir Leyes Penales

La Comisión exhorta a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias, incluyendo modificaciones legislativas, para garantizar que los niños, niñas y adolescentes que hayan sido acusados de cometer un delito sean sometidos a un sistema de justicia juvenil excepcional y especializado, de forma tal que ningún niño sea procesado penalmente bajo las reglas de imputabilidad penal aplicables a los adultos, que ningún niño menor de la edad mínima para ser responsabilizado por infringir las leyes penales sea sometido a la justicia juvenil.

1. Edad máxima para que las niñas, niños y adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el Sistema de Justicia Juvenil

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no define el término “niña, niño y adolescente”. Sin embargo, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 17, precisó que “tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”¹⁶. En particular, la Corte tomó en cuenta la

¹⁶Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.

definición de niño, niña o adolescente contenida en el artículo 1 de la CDN y el *corpus juris* internacional sobre la materia.

Dado que el derecho internacional ha establecido claramente que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años de edad cumplidos, la Comisión considera que toda persona debe estar sometida a un régimen especial de justicia penal cuando del acervo probatorio en un determinado caso se desprenda que ésta no había alcanzado los 18 años de edad al momento de la presunta infracción de la ley penal. En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que:

[...] desea recordar a los Estados Partes que han reconocido 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 acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores¹⁷.

A pesar de lo anterior, conforme a la información recibida por la CIDH, personas menores de 18 años en la región están siendo excluidas del sistema de justicia juvenil porque algunos Estados Miembros han establecido que niños de 17 o 16 años, e incluso menores a 16 años de edad, podrían ser sujetos de responsabilidad penal en iguales condiciones que los adultos. Asimismo, niños han estado o están privados de su libertad en las mismas condiciones que los adultos a pesar de que los estándares internacionales obligan a sólo responsabilizar penalmente como adultos a los mayores de 18 años de edad.

CIDH mira con extrema preocupación que en varios Estados Miembros se someta a personas menores de 18 años al sistema ordinario de justicia penal,

¹⁷Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 36 y 37.

siendo su condición de niños totalmente negada. La Comisión considera que toda persona debe estar sometida a un régimen especial de justicia juvenil cuando en un determinado caso se desprenda que ésta no había alcanzado los 18 años de edad al momento de la presunta infracción de la ley penal.

Finalmente, al igual que el Comité de los Derechos del Niño, la Comisión recomienda a los Estados Miembros que permitan la aplicación de las normas del sistema de justicia juvenil a personas que tienen 18 o más, por lo general hasta los 21, bien sea como norma general o como excepción. En tal sentido, la Comisión alienta a los Estados Miembros a adoptar disposiciones en el derecho interno que regulen el juzgamiento y la ejecución de sanciones para jóvenes mayores de 18 años que hayan infringido la ley penal durante su minoridad a fin de que éstos no pasen al sistema de adultos por el mero hecho de haber cumplido los 18 años de edad.

2. Edad mínima para que las niñas, niños y adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el Sistema de Justicia Juvenil

Ahora bien, no todos los niños menores de 18 años deben ser sometidos a un sistema de justicia juvenil en caso de infracción de una ley penal, sino sólo aquéllos que hayan alcanzado una edad mínima para infringir las leyes penales. A este respecto, el párrafo 3 del artículo 40 de la CDN dispone que los Estados deberán promover el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda ***que el comienzo de la edad mínima no debe fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de los niños.***

Si bien los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos no fijan una edad mínima para infringir leyes penales, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados fijarla entre los 14 y los 16 años de edad, instando a no reducir dicha edad mínima. También el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que no es aceptable internacionalmente que niños menores de 12 años sean responsabilizados ante la justicia juvenil por infringir las leyes penales, aún menos ante la justicia penal ordinaria¹⁸.

Sobre este asunto, la Comisión observa que en la región hay una gran disparidad en la edad mínima para infringir leyes penales y que algunos Estados Miembros consideran responsables por infringir las leyes penales a niños incluso menores de 12 años. Por ejemplo, en Granada, Trinidad y Tobago y algunos estados de Estados Unidos, los niños de 7 años pueden infringir las leyes penales. En Antigua y Barbuda, San Kitts y Nevis, y San Vicente y las Granadinas, dicha imputabilidad inicia a los 8 años. En Bahamas, Guyana y Surinam, se imputa a niños a partir de los 10 años por infringir las leyes penales, mientras que en Barbados la edad mínima es de 11 años.

En otros Estados Miembros; por ejemplo, en Dominica, Santa Lucía, Jamaica, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela la edad mínima para infringir leyes penales es de 12 años. En Haití, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay se ha establecido como edad mínima de responsabilidad por infringir las leyes penales los 13 años. En Chile, Colombia, y Paraguay los niños son responsables a partir de los 14 años. El límite de edad más elevado en la región ha sido establecido en Argentina, donde la edad mínima de responsabilidad para infringir leyes penales es de 16 años y únicamente con respecto a delitos que no sean de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

¹⁸Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 32 y 33.

La CIDH considera que la Convención Americana, la Declaración Americana y la CDN, así como cualquier tratado de derechos humanos deben ser entendidos como “instrumentos vivos” y deben ser interpretados evolutivamente. En este sentido, la Comisión manifiesta su preocupación por el hecho que los 12 años de edad siga siendo considerada la edad mínima absoluta internacionalmente aceptada para responsabilizar a niños, niñas y adolescentes ante la justicia juvenil, dado que diversos Estados en el mundo y en la región han regulado una edad mucho mayor.

Conforme a la información obtenida, por lo menos un Estado Miembro ha disminuido la edad para responsabilizar a niños, niñas y adolescentes ante el sistema de justicia juvenil, apartándose de la tendencia internacional. La CIDH lamenta esta situación y está preocupada por el hecho de que en algunos Estados Miembros la edad mínima de responsabilidad ante el sistema de justicia juvenil sea muy baja y porque otros Estados Miembros estén impulsando iniciativas para disminuir dicha edad. Que estas medidas e iniciativas son contrarias a los estándares internacionales sobre la materia y al principio de regresividad.

Por otra parte, si un niño o niña por debajo de la edad mínima de responsabilidad para infringir las leyes penales desarrolla una conducta prevista en la legislación penal, la respuesta a la misma, aunque esta temática no es objeto del presente informe por considerarse fuera del ámbito del sistema de justicia juvenil, no debiera ser punible o criminalizadora, sino que, en todo caso, su tratamiento debiera ser socioeducativo, tomando en cuenta el interés superior del niño y el *corpus juris* en materia de derechos de los niños y atendiendo a las garantías de debido proceso.

Otro aspecto que preocupa es que en algunos Estados existen dos edades mínimas o “rangos de edad mínima”, de forma que los niños que se encuentran entre estas dos edades podrían ser responsabilizados por infringir leyes penales si se comprueba que han adquirido suficiente madurez. Al respecto, la Comisión

concuenda con el criterio del Comité de los Derechos del Niño según el cual el sistema de dos edades mínimas o de “rangos” no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales a los tribunales o jueces, quienes pudieran incurrir en prácticas discriminatorias.

La Comisión considera que la insistencia de la Convención Americana, la Declaración Americana y la CDN en tratar diferenciadamente a niños, niñas y adolescentes que infrinjan las leyes penales a través de un sistema especial de justicia juvenil responde a la voluntad de los Estados de minimizar la respuesta penal sobre esta población en virtud de requerir medidas especiales de protección.

El derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 2 de la CDN y el principio de interés superior del niño contenido en el artículo 3 del mismo instrumento, no son compatibles con el establecimiento de una edad arbitraria por debajo de los 18 años para sujetar a niños, niñas y adolescentes a leyes penales que inevitablemente los perjudica. La Comisión estima que un debate más constructivo respecto de cómo debe asegurarse que los objetivos de un sistema de justicia juvenil cumplan con los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes debe "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".

3.2.6. Principios Generales del Sistema de Justicia Juvenil

El *corpus juris* de los derechos de los niños establece con claridad que éstos poseen los derechos que corresponden a toda persona además de que tienen

derechos especiales derivados de su condición. Por ello, en el caso de los niños, su condición supone el respeto y garantía de ciertos principios mediante la adopción de medidas específicas y especiales con el propósito de que gocen efectivamente sus derechos cuando sean sometidos al sistema de justicia juvenil. La CIDH analizará cada uno de dichos principios en esta sección de su informe.

a. Principio de Legalidad en la Justicia Juvenil

La Corte Interamericana ha entendido que, tanto en el caso de los adultos como en el de personas menores de 18 años, la actuación del Estado se justifica:

[...] cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado¹⁹.

El principio de legalidad penal contemplado en el artículo 9 de la Convención Americana debe regir la normatividad del sistema de justicia juvenil. Respecto a este principio, la misma Corte ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y

¹⁹Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 108.

abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas [...] que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

En el artículo 40º de la CDN se reconoce expresamente el principio de legalidad, conforme al cual no puede iniciarse un proceso por infringir las leyes penales a un niño por haber realizado actos que no han sido tipificados por el sistema de justicia juvenil. En el mismo sentido, la directriz 56 de las Directrices de Riad establece que:

[...] deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

Más aún, el artículo 7º de la Convención Americana es claro al señalar que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. La Corte ha señalado, al analizar el artículo 7º de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: [...] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).

La CIDH ha establecido con claridad que la detención de niños por actos que no han sido tipificados por el sistema de justicia juvenil constituye una violación del derecho a la libertad personal:

La Comisión considera que la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia [...]. El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona. Los menores que se encuentran en situación de riesgo, esto es, que deben trabajar para ganar su sustento, o que viven en la calle por carecer de un hogar, no pueden ser sancionados por esta situación. Más allá de sancionar a los menores por su supuesta vagancia, el Estado tiene un deber de prevención y rehabilitación y está en la obligación de proporcionarles medios adecuados para que puedan desarrollarse a plenitud.

La Corte ha sido explícita en considerar que los niños respecto de los cuales deben tomarse medidas de protección de derechos, no deben ser sujetos de un tratamiento punitivo. Por el contrario, se requiere una intervención oportuna y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias.

A la luz de lo anterior, el sistema de justicia juvenil, para aplicarse, requiere que un niño, niña o adolescente (comprendido entre la edad mínima para infringir

las leyes penales y los 18 años) incurra en una conducta previamente tipificada y sancionada por una norma penal.

En muchos Estados Miembros, niños indigentes que recurren a la mendicidad o que dejan sus hogares por motivos sociales y que por tanto requieren protección, son sometidos al sistema de justicia juvenil sin haber infringido ley penal alguna, en violación del principio de legalidad. La Comisión mira también con preocupación cómo en la región, bajo el pretexto de someterlos a tratamientos terapéuticos, se utiliza el sistema de justicia juvenil para privar de su libertad a niños que sufren discapacidad mental y que, por lo tanto, no podrían infringir ley penal alguna, lo que también constituye una violación del principio de legalidad y, por lo tanto, al artículo 9º de la Convención Americana.

La CIDH recuerda a los Estados que las niñas, niños y adolescentes víctimas de pobreza, abuso y abandono, así como los que sufren discapacidades o que presentan insuficiencias educativas o alteraciones de la salud, no deben ser privados de su libertad o sometidos al sistema de justicia juvenil cuando no hayan infringido leyes penales, así como tampoco se debe someter a este sistema a los niños que han incurrido en conductas que no constituirían infracciones a las leyes penales si las habría cometido un adulto. En particular, los Estados deben evitar tipificar delitos en razón de la condición de niños (*status offenses*) de forma que los etiqueten como “delincuentes”, “incorregibles”, “inmanejables” sobre la base de peticiones, incluso de los propios padres, solicitando que los niños sean disciplinados y supervisados debido a su comportamiento o problemas de actitud que no constituyen una infracción a las leyes penales.

Que, los niños que enfrentan problemas sociales o económicos deben ser atendidos mediante la prestación de servicios sociales o de protección de la niñez, pero no a través del sistema de justicia juvenil. En toda circunstancia, deben mantenerse a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que les afecte debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley,

ser objetiva y razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su necesidad, proporcionalidad, idoneidad y legitimidad.

b. Principio de Excepcionalidad

El artículo 37º.b) de la CDN dispone que los Estados partes velarán por que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se lleven a cabo como medidas de último recurso. Lo anterior constituye un reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes son personas en desarrollo respecto de quienes los Estados están obligados a adoptar medidas especiales de protección, según el artículo 19º de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana.

El principio de excepcionalidad derivado de las normas anteriores implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización. Evidentemente, las consecuencias, muchas veces adversas, de someter a una persona a la justicia por infringir las leyes penales, especialmente cuando ello implica su privación de libertad, se acentúan cuando se trata de niñas, niños y adolescentes por tratarse de personas en desarrollo. Por ello, es necesario limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a niñas, niños y adolescentes, disminuyendo en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad.

En particular sobre la prisión preventiva, la Corte ha destacado que ésta es la medida más severa que se le puede aplicar a quien se acusa de infringir una ley penal, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En relación específica con la privación de libertad de niños, la Corte

ha añadido que la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma prevaleciente debe ser la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Finalmente, respecto a toda privación de la libertad de niñas, niños y adolescentes, la Corte ha señalado que el contenido del derecho a la libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad”.

Que, el sistema de justicia juvenil, y en particular la detención de niños, son medidas que deben utilizarse como último recurso y únicamente de manera excepcional por el período más breve posible. Los Estados deben adoptar las medidas a su alcance para reducir al mínimo el contacto de los niños con el sistema de justicia juvenil, regulando proporcionalmente los plazos de prescripción de la acción, así como para limitar el uso de la privación de libertad, sea preventiva o como sanción, al infringir las leyes penales.

c. Principio de Especialización

El artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece claramente que los niños que sean acusados de infringir leyes penales deben ser sometidos a un sistema especializado de justicia. Según dicho artículo:

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.

En el mismo sentido, el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone 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.

De manera similar, la Corte ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. Por su parte, también la CIDH ha hecho referencia a la necesidad de un tratamiento especial y una magistratura especializada.

La Corte ha explicado también que en una jurisdicción penal especializada para niños²⁰, los que ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales.

Así pues, la especialización requiere leyes, procedimientos e instituciones específicos para niños, además de capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil. Estos requisitos de especialización se aplican a todo el sistema y a las personas que en él laboran, incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por los tribunales, y al personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad. Los requisitos de especialización también se aplican a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas.

²⁰Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 211.

Adicionalmente, la CIDH observa que la especialización de todos los procedimientos e incluso de la infraestructura del sistema de justicia juvenil es imprescindible para garantizar los derechos de los niños. Asimismo, la infraestructura debe ser progresivamente optimizada.

La CIDH reitera la necesidad y la obligación de diseñar e impulsar procesos y programas de formación sistemática e integral para todos los operadores del sistema de justicia juvenil con respecto al desarrollo y los derechos humanos de los niños. Asimismo, la Comisión recomienda que la competencia profesional de todo el personal del sistema de justicia juvenil sea regularmente reforzada y desarrollada a través de capacitación, supervisión y evaluación. La Comisión insta a los Estados a garantizar que el sistema de justicia juvenil sea accesible en todo el territorio del Estado, así como también a adoptar las medidas necesarias para que los procedimientos e instalaciones donde funciona la justicia juvenil sean aptos para niños y faciliten su participación.

d. Principio de Igualdad y No Discriminación

El artículo 24º de la Convención Americana contiene el Principio de Igualdad que incluye la prohibición de toda diferencia de trato arbitraria, de forma que toda distinción, restricción o exclusión por parte del Estado que, aunque prevista en ley, no fuera objetiva y razonable, sería violatoria del derecho a la igualdad ante la ley, sin perjuicio de las afectaciones a otros derechos de la Convención Americana en caso de que la diferencia de trato se hubiese materializado respecto de un derecho contemplado en dicho instrumento. La Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En la determinación de si una diferencia de trato resulta arbitraria, la CIDH ha aplicado los criterios de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad ²¹. De esta manera, si un niño, niña o adolescente es sometido a una diferencia de trato, la

²¹Véase CIDH, Escrito de demanda en el caso Karen Atala e hijas de fecha 17 de septiembre de 2010, Caso No. 12.502, Chile, párrs. 85 y 86.

misma deberá ser analizada bajo los referidos criterios a fin de evaluar su razonabilidad y objetividad y, consecuentemente, si la misma resulta incompatible con el artículo 24 de la Convención.

Por su parte, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece una prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana. Sobre el alcance de ambas normas, la Corte Interamericana ha indicado desde su temprana jurisprudencia que el artículo 1.1 incorpora una prohibición de discriminación en el ejercicio y aplicación de los derechos consagrados en el mismo instrumento, mientras que el artículo 24^o prohíbe dicha discriminación en lo que respecta no sólo a los derechos establecidos en la Convención, sino a “todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”. Esta distinción ha sido reiterada por la Corte indicando que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24^o”²².

Otro aspecto relevante es que si bien tanto el análisis de la arbitrariedad o carácter discriminatorio de una diferencia de trato implican el sometimiento de la distinción o exclusión a un *test* en el que se analice si la medida es objetiva y razonable²³, existen casos en los que el nivel de intensidad del escrutinio resulta más estricto en cuanto al cumplimiento de los parámetros de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto sucede por ejemplo cuando la diferencia de trato estuvo motivada en ciertas categorías que se consideran “sospechosas”. En tales casos, se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana y se aumenta la carga argumentativa de los Estados para desvirtuar dicha

²²Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

²³Véase Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55.

presunción *prima facie*²⁴. Aún más, las reparaciones a otorgar ante este tipo de discriminación, deben tener una “vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo” y se deben orientar a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación, sobre todo cuando se trate de discriminaciones estructurales.

e. Principio de No Regresividad

Cuando los Estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en dichos tratados.

Los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo. Cabe mencionar además que las obligaciones de los Estados frente a los niños según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención Americana, no son sujetas de suspensión bajo circunstancia alguna.

A pesar de lo anterior, a través de las respuestas a los cuestionarios sometidos por la CIDH, la Comisión ha tomado conocimiento de distintas iniciativas legislativas en la región que implican regresiones respecto de los estándares alcanzados en el marco de los procesos de adecuación de la legislación interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño. Entre otros, se ha informado a la CIDH sobre proyectos que buscan suspender garantías mínimas en los procesos de justicia juvenil, proyectos que tienen por objeto la disminución de la edad mínima para ser sujetos de sanciones penales ordinarias, proyectos con miras a disminuir la edad mínima para ser sometidos al sistema de justicia juvenil,

²⁴Véase CIDH, Escrito de demanda en el caso Karen Atalaya e hijas de fecha 17 de septiembre de 2010, Caso No. 12.502, Chile, párr. 89.

proyectos que prevén el aumento de las penas, proyectos que buscan criminalizar la mera pertenencia a pandillas, entre otras medidas regresivas.

La Comisión advierte que la adopción de medidas regresivas a través de las cuales se limite el goce de los derechos de los niños, constituye una violación a los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos e insta a los Estados a abstenerse de aprobar legislación contraria a los estándares sobre la materia.

3.2.7. Garantías en el Sistema de Justicia Juvenil

Según ha señalado la Corte IDH:

Las garantías consagradas en los artículos 8º y 25º de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño²⁵.

En ese sentido, la Corte ha considerado que, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

Adicionalmente, la CIDH ha aclarado que los niños deben disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo”. También la Corte ha expresado que las reglas del debido proceso y

²⁵Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 95.

las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado²⁶, o que estén bajo la supervisión del mismo. Según la CIDH, dichas garantías deben ser observadas, en especial, cuando el procedimiento signifique la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad, lo que incluye las llamadas medidas de “internación” o medidas de “protección”.

Cabe señalar además que las reglas del debido proceso se hallan establecidas no sólo en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, sino también en los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Adicionalmente, las Reglas de Beijing, las Reglas de La Habana, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, se refieren de manera específica a la obligación de garantizar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado.

3.2.8. Alternativas a la Judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales

El artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que, siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales, sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

En cumplimiento de dicho artículo, así como en aplicación del principio de excepcionalidad del sistema de justicia juvenil y en respeto de las obligaciones especiales de protección que se derivan del artículo 19º de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana, los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización.

²⁶Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 102 a 104; *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

La Corte Interamericana ha señalado que, a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. La Corte explicó que lo anterior procura reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal.

La CIDH subraya que en todas las alternativas a la justicia juvenil deben cumplirse de manera irrestricta las garantías del debido proceso, y, para reducir la discrecionalidad de las autoridades, es preciso contar con la opinión del niño, en el caso de la desestimación del caso, o del consentimiento libre y sin presiones del niño acusado, en el caso de los medios alternativos de solución de controversias o de las medidas de remisión, quien deberá ser debidamente asesorado por su abogado defensor. La CIDH también señala que la aplicación de estas medidas con respecto a un niño no puede ser considerada como un antecedente en futuros procesos ante la justicia juvenil a los que se vea enfrentado a causa de una presunta infracción de leyes penales. En estos casos, los registros sólo tendrán efectos informativos y su acceso estará limitado a las autoridades competentes del sistema de justicia juvenil. Adicionalmente, la Comisión enfatiza la importancia de que exista una revisión o recurso judicial respecto de la adopción de estas medidas alternativas. En caso de que no se tome en cuenta la opinión de la niña, niño o adolescente o su consentimiento, dependiendo de la medida de que se trate, en estos casos deberá proceder el recurso efectivo correspondiente ante autoridad judicial especializada en la materia. En todos los casos deberá tenerse en cuenta el interés superior del niño y los demás principios de la justicia juvenil.

La CIDH insta a los Estados a adoptar legislación que permita implementar alternativas a la judicialización en los procesos para determinar la responsabilidad juvenil. La adopción de leyes que promuevan estas medidas debe ir acompañada

de una adecuada asignación de recursos para programas comunitarios para asegurar su disponibilidad en todo el territorio de los Estados. Asimismo, estas leyes deben ir acompañadas de procesos de capacitación continuos a través de los cuales se enfatizan los impactos nocivos que el sistema sancionatorio puede tener en los niños y se controvierta la percepción de que las conductas de los niños requieren respuestas de mano dura a través de la justicia juvenil.

Al mismo tiempo, la CIDH insta a los Estados a tomar en cuenta las preocupaciones señaladas por la Comisión en esta sección del informe y a adoptar todas las medidas necesarias para que estas alternativas sean implementadas en respeto y garantía de los derechos de los niños y al interés superior del niño, sobre todo en delitos no considerados como graves. A continuación, la CIDH describirá los aspectos principales de las alternativas a la judicialización que se han implementado en la región.

3.2.8.1. Desestimación del Caso

En varias legislaciones, este mecanismo de salida anticipada del proceso se ha denominado como principio o criterio de oportunidad. Esta medida implica la posibilidad de que cuando el conflicto llegue a la instancia judicial se decida no iniciar un procedimiento respecto del mismo en el caso de algunas infracciones a las leyes penales. El caso es desestimado y, por lo general, no da lugar a ningún tipo de respuesta por parte del Estado.

Esta alternativa a la judicialización de los procesos de justicia juvenil ha sido recogida de diversas formas en las legislaciones del continente. Por ejemplo, en Costa Rica el juez únicamente puede aplicar el criterio de oportunidad mediando acuerdo con el ministerio público, mientras que en Uruguay puede aplicarse este principio en cualquier momento del proceso y en cualquier tipo de procedimiento. En El Salvador, esta alternativa se reserva para el caso de delitos sancionados con una pena de prisión cuyo mínimo no exceda los tres años. La legislación canadiense

otorga facultades discrecionales a la policía para desestimar el caso y decidir si es suficiente una advertencia, una amonestación o su remisión a un programa comunitario, siempre y cuando el niño acepte la responsabilidad del delito.

La CIDH valora que los Estados de la región estén recogiendo en su legislación mecanismos procesales que permitan a las autoridades no proseguir con los procesos seguidos a niños acusados de infringir leyes penales, lo que coadyuva a disminuir el impacto negativo de la justicia penal en los niños. Sin embargo, la Comisión considera que hace falta implementar mecanismos adicionales para garantizar que la desestimación del caso no se aplique de forma selectiva, lo que puede dar lugar a casos de discriminación en la aplicación de este mecanismo. Asimismo, la CIDH exhorta a los Estados a superar los obstáculos para la aplicación de esta alternativa a la judicialización para los procesos de justicia juvenil, asegurando que pueda ser aplicada para todos los niños, incluso aquéllos con antecedentes ante la justicia juvenil, así como también para una amplia gama de delitos e infracciones, aumentando al máximo posible las posibilidades de desestimación de los casos, siempre y cuando se garantice el debido proceso a través de los órganos judiciales, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas de las infracciones.

3.2.8.2. Medios alternativos de solución de controversias

La Corte Interamericana ha señalado que, como alternativa a la judicialización de los problemas que afectan a los niños, “son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

La Comisión observa además que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad. Asimismo, estos mecanismos pueden resultar particularmente eficaces para atender los casos de niños infractores en comunidades indígenas.

Los medios alternativos típicamente incluyen procesos de justicia reformativa. Los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Reformativa en Materia Penal se refieren a la justicia reformativa como una respuesta evolutiva al delito que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. Añaden que el proceso de justicia reformativa es aquél en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.

Las experiencias en la región con respecto a la aplicación de medios alternativos de solución de controversias respecto de niños infractores son diversas. Por lo general, los Estados que incorporan medios alternativos para la solución de controversias relacionadas con la presunta infracción de una ley penal por parte de un niño, limitan su campo de aplicación a delitos no violentos. Según la información recibida por la CIDH, algunos Estados, como Costa Rica y Nicaragua, han desarrollado una práctica de utilización habitual de este tipo de mecanismos, mientras que, en otros Estados, como Uruguay, a pesar de existir normas al respecto, los casos en los que se aplican estos mecanismos no alcanzan el 1% de los casos.

La Comisión insta a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes, y observa que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar

su reconciliación con la víctima y la comunidad. Al mismo tiempo, la Comisión subraya la importancia de salvaguardar todos los derechos de los niños en la aplicación de estos medios alternativos, así como también la necesidad de limitar su aplicación a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño. Específicamente, los mecanismos de justicia restaurativa deben de respetar las garantías judiciales y no constituir un medio sustitutivo de la justicia ordinaria.

Más aún, la Comisión señala que este tipo de procesos podrían estar orientados a generar acuerdos entre la víctima y el acusado respecto a diversos delitos, debieran limitarse a situaciones en las que hay pruebas suficientes para inculpar al niño acusado y sólo deben ponerse en funcionamiento cuando exista el consentimiento libre e informado de la víctima y del niño infractor, quien deberá ser debidamente asesorado por su abogado defensor. La participación del niño en estos procesos no debe utilizarse como prueba o antecedente en procedimientos posteriores. La Comisión también estima necesario que estos procesos sean sometidos a supervisión judicial, de forma tal que el juez pueda aprobar, modificar o desestimar cualquier acuerdo alcanzado y cerciorarse de que se hayan garantizado los derechos del niño conforme al interés superior del niño y que se haya recabado la voluntad tanto del presunto autor de la infracción como de la víctima con la información y el asesoramiento necesario^[193].

3.2.8.3. Participación en Programas o Servicios de Remisión

La regla 11.1 de las Reglas de Beijing señala que, cuando proceda, se examinará la posibilidad de ocuparse de las personas menores de edad delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente. Añade que toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

El Comité de los Derechos del Niño ha hecho hincapié en los siguientes elementos como de particular importancia para salvaguardar los derechos de los niños en la aplicación de programas de remisión:

La remisión de casos (es decir, medidas para tratar a 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 sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.

La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.

Debe darse al niño la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida.

La remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.

Bloque de Constitucionalidad y la Protección Integral de los Derechos del Niño.

En la investigación analizaremos la posición del Tribunal Constitucional respecto al Bloque de constitucionalidad y la protección Integral de los Derechos del Niño.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

En el sistema jurídico peruano se ha ido moldeando la jurisprudencia para legitimar el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Carta y que por lo tanto son parámetros del control de constitucionalidad, así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema.

En la Constitución de 1979, el artículo 105º, aparentemente estaba rescatando el concepto de bloque de constitucionalidad francés, así precisaba que: los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden modificarse, sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Como sabemos la Constitución de 1993 (vigente actualmente) no recogió el aspecto material del artículo 105 antes referido, quedando entonces el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) habilitado para desarrollar mediante sus sentencias el contenido del bloque de constitucionalidad para el derecho peruano.

Como hemos señalado, en nuestra legislación, no existe una definición de bloque de constitucionalidad, pero sí una referencia (de control de constitucionalidad) que nos acerca a ella; así, el Código Procesal Constitucional – aprobado mediante Ley 28237– en su artículo 79, bajo el título “Principios de Interpretación”, señala que “para apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”.

El Tribunal Constitucional Peruano, utiliza el término Bloque de Constitucionalidad para evaluar la validez o invalidez de las normas sometidas a revisión constitucional. Si bien es cierto, nuestro sistema de fuentes tiene como norma suprema la Constitución, en determinados casos el parámetro para evaluar la constitucionalidad de una norma no se limita a ella, sino que se extiende a otras normas (infra constitucionales), y las incorpora, de tal manera que sirven conjuntamente con la Constitución como marco de referencia para la revisión de la Constitucionalidad de otras normas.

Apartir de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional comenzó a interpretar el bloque de constitucionalidad y disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad peruana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad.

Esta disposición consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno. Y es así como la norma exige que para que dicha prerrogativa tenga operancia es necesario que los citados acuerdos internacionales hayan sido «ratificados» por el Congreso, término jurídico que a juicio de la Corte es inapropiado, puesto que a quien le compete «ratificar» tales instrumentos internacionales es al Gobierno Nacional mas no al Congreso, ente éste al que se le atribuyó únicamente la facultad de «aprobar» los citados acuerdos, función que cumple por medio de ley.

Igualmente es condición indispensable para que los tratados o convenios internacionales prevalezcan, que sus normas no contraríen o vulneren los preceptos consagrados en nuestra Carta Política, pues en el caso de que tal cosa ocurriera las cláusulas transgresoras serían inaplicables.

En nuestro sistema jurídico la ley 27337 que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes en lo que refiere a las medidas de protección a los niños y Adolescentes que han infringido la ley penal, no ha tomado en cuenta el principio interés superior del niño previsto en el artículo 3º de la Convención de los derechos de Niño, así como los artículos 37º y 40º de la citada convención, contraviniendo el bloque de constitucionalidad.

De la imperatividad de las normas de derechos humanos y su integración en el bloque de constitucionalidad se deriva que el Estado peruano deba adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional de derechos humanos y en especial a la convención de los derechos

del Niño con el fin de potenciar la realización de aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos.

Derechos de los niños y el Bloque de Constitucionalidad

De igual manera resulta para el Tribunal clarísimo que los tratados de derechos humanos internacionales que protegen los derechos fundamentales de los niños hacen parte del bloque de constitucionalidad. En concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, que se han ido desarrollando no sólo alrededor de la disposición constitucional que garantiza su especial protección, sino también alrededor de los tratados internacionales de derechos humanos que los protegen, resaltando que la gran mayoría de los derechos sociales como lo son la educación y la salud son derechos que sin necesidad de establecer conexidad alguna se tornan para éstos derechos fundamentales del mismo estatus que el derecho a la vida..

Los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto son parámetros para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que tratados de derechos humanos internacionales ratificados por el Perú no los reconocen o los reconoce en menor grado. Una vez establecida la regla de favorabilidad hermenéutica, la Corte procedió a integrarla a la interpretación, de la Constitución para entender que dicho artículo constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por el Perú. Cabe

señalar que la finalidad de la norma completa dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por el Perú.

Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, el TC. ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento peruano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos.

En ese contexto, el TC concluye que todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

De acuerdo a lo anterior, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos y para esto debe tener en cuenta la jurisprudencia de instancias internacionales, que constituye pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados.

3.4. MEDIDA DE PROTECCIÓN

Doctrina de Protección Integral

Que la protección de los derechos del niño es una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, ha sido plasmada

en diferentes instrumentos internacionales, los cuales reconocen que *todos los niños, en su calidad de seres humanos, tienen todos los derechos, libertades y garantías que se encuentran consagrados en los mismos, sin discriminación de ninguna clase*. Asimismo, establecen la obligación de brindar una protección específica a favor de la infancia al señalar que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Que el concepto de protección comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos²⁷. De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección “el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia”²⁸.

Que la concepción del niño y del adolescente como persona sujeta de derechos, es un postulado que fue enunciado por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño de 1959 ²⁹, siendo posteriormente consolidado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Este tratado ha llevado a un proceso de cambio estructural en el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, cuyas disposiciones han sido implementadas de forma progresiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluyendo el Perú.

²⁷Tribunal Constitucional. Exp. N.º 3330-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de julio de 2005, fundamento 35.

²⁸Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.

²⁹Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990.

El principal aporte de la Convención es que supera las concepciones paterno-autoritarias existentes hasta ese entonces, lo que ha supuesto un cambio de paradigma que implica el fin de la doctrina de la situación irregular y la adopción de la doctrina de protección integral.

Que la doctrina de la situación irregular tenía como principales ejes³⁰:

- a) *Un conservadurismo jurídico-corporativo*: Esta práctica partía de la premisa de que las leyes en materia de infancia eran insuficientes o tenían lagunas, lo que determinaba que la autoridad competente actuase, no sobre la base de la ley o los principios generales del derecho, sino como un buen padre de familia.
- b) *Un decisionismo administrativista*: Bajo la situación irregular, el funcionario público gozaba de un amplio margen de discrecionalidad, tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo, que en la práctica se reflejaba en un ejercicio arbitrario del poder.
- c) *El basismo de la atención directa*: Esto consistía en una práctica que traspasaba la esfera pública en la cual se consideraba que los programas de asistencia y políticas públicas en materia de infancia no requerían leyes sino mecanismos asistencialistas, considerando al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos y garantías.

Que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en el interés superior del niño (artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño), cuyo fin y forma de interpretación es “(...) la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y

³⁰Ver: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Derecho de la infancia-adolescencia: De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Universidad de Los Andes y UNICEF, 3ra edición, 1998, pp. 23-25.

derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño"³¹.

Que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la protección integral del niño, mediante una lectura prospectiva del artículo 4 de la Constitución. Así ha referido que "la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4º, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño"³².

Que, de esta forma, los elementos principales de una doctrina de protección integral vienen a ser, entonces:

- a) La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección. Estos derechos incluyen todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú.

³¹CILLERO BRUÑOL, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores): *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Editorial Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998, p. 78.

³²Tribunal Constitucional. Exp. N.º 6165-2005-HC/TC. Sentencia del 6 de diciembre de 2005, fundamento 12.

- b) La obligación de la sociedad y del Estado en la adopción e implementación de políticas públicas, de carácter prioritario, en materia de educación, salud, deporte, cultura, justicia, trabajo, De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes especiales sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros.
- c) Un sistema de protección basado en la Constitución y la ley, y a través del cual no es el niño o el adolescente los que se encuentran en una situación irregular, sino que son las instituciones, públicas o privadas, las que se encuentran en tal condición por no poder satisfacer las necesidades de aquellos.
- d) El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de dieciocho años (de acuerdo con el Art. 1 de la Convención) que entren en colisión con la ley penal.
- e) Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo “el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia”³³.
- f) En casos excepcionales, se permite una privación de la libertad, pero bajo un régimen especial de acuerdo con la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

³³Ver: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Ob. Cit., p. 28.

El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

Que un mecanismo de responsabilidad penal juvenil se basa en que el adolescente no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones hacia la sociedad. Sin embargo, este sistema debe obedecer a determinados parámetros respetuosos del interés superior del niño y de los principios rectores de derechos humanos. Estos incluyen, entre otros³⁴:

- a) *El principio de igualdad y no discriminación*³⁵: Este principio determina que todos los niños que entren en colisión con la ley penal deben ser tratados de forma igualitaria e independiente de su condición racial, sexual, cultural o social. En esta misma línea, el sistema de administración de justicia debe desarrollar acciones para proteger a determinados grupos vulnerables, tales como los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia.
- b) *El respeto a la opinión del niño*: El niño tiene derecho a participar y a emitir su opinión en todos los asuntos que le correspondan o tengan algún efecto sobre su vida. En instancias judiciales, las autoridades deben asegurar que la participación del niño no genere represalias y sea lo menos traumática posible.
- c) *El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*: Este principio implica que el Estado debe formular políticas de prevención de delincuencia juvenil, así como proveer medios para asegurar el pleno desarrollo del

³⁴Ver: Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 10- Los derechos del niño en la justicia de menores*. Ginebra, 44° período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, numerales 6, 11, 12 y 13.

³⁵Ver: *Ibidem*, numeral 6.

niño en la sociedad. En el plano de administración de justicia, se prohíbe, de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, la prisión perpetua o la pena de muerte. Asimismo, la privación de la libertad debe ser por el menor tiempo posible.

- d) *La dignidad del niño*: El principio-derecho dignidad del niño, en materia de justicia juvenil, está compuesta por los siguientes elementos: (i) un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) el respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.
- e) *El respeto al debido proceso*³⁶ : En este caso se reitera que tanto los procesos judiciales como administrativos deben estar sujetos a los derechos y garantías del debido proceso consagrados en los tratados, prestando especial atención, entre otros, a: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso.

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación

³⁶Ver: *Ibíd*em, numerales 40 a 67.

específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”³⁷.

Que este Tribunal no ignora la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Sin embargo, se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logre socializar e integrar a los niños con su familia, con su colegio y con su comunidad.

La aplicación de la justicia juvenil debe verse como el último elemento de una política integral en materia de infancia y adolescencia. La ratificación de tratados internacionales y la adopción de leyes especiales, como el Código de los Niños y Adolescentes³⁸, es un importante paso que el Tribunal no puede desconocer, pero esto es aún insuficiente. Si el Estado, con el apoyo de la sociedad civil y del sector privado a través de programas de Responsabilidad Social Empresarial, no ejecuta planes y destina recursos en materia de salud, educación, alimentación, vivienda e infraestructura, los índices de criminalidad juvenil y la inequidad en nuestro país tenderán a aumentar.

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad de que el sistema de justicia penal juvenil esté compuesto por “órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el

³⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, opinión resolutive N° 10.

³⁸Ver: Ley N° 27337 del 21 de julio de 2000 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de agosto de 2000.

plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”³⁹.

Que una ley de responsabilidad penal juvenil es jurídicamente compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando dicho sistema tenga una naturaleza garantista. Esta se basa en el respeto del imperio de la ley, cuya aplicación y eficacia ha de recaer en instituciones especialmente diseñadas para este fin.

Que, según un estudio de la ONU elaborado por el experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, ocho millones de niños viven en centros de acogida y, hacia 1999, aproximadamente un millón de ellos se encontraban privados de libertad. La mayoría están acusados de delitos menores o leves y es la primera vez que los cometen. Muchos de ellos son detenidos por absentismo escolar, vagabundeo o por ser personas sin techo. En algunos países, la mayoría de los niños detenidos no han sido condenados por cometer un delito, sino que se encuentran a la espera de juicio.

En el caso de los niños que se encuentran privados de la libertad⁴⁰, el mayor problema que se registra es la desatención hacia sus necesidades, por las deficientes condiciones de los centros de reclusión que ponen en peligro la salud y la vida de los niños. Esto incluye la ausencia de programas educativos, de tiempo libre y de reinserción.

³⁹Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ob. Cit., numeral 109.

⁴⁰Ver: Ibídem, numerales 53 a 63.

Adicionalmente, otro problema característico de estos centros es la exposición a la violencia de otros niños, especialmente cuando las condiciones y la supervisión del personal son deficientes y los niños mayores y más agresivos no están separados de los niños más pequeños o más vulnerables.

El experto de la ONU reafirma en sus recomendaciones hacia los Estados que en torno al sistema de administración de justicia⁴¹:

- a) Se prioricen programas para reducir los índices de institucionalización de niños fomentando que se preserve la unidad familiar, promoviendo alternativas basadas en la comunidad y garantizando que la atención institucionalizada se utilice sólo como último recurso.
- b) Se reduzcan las cifras de niños que entran en el sistema de justicia dejando de tipificar como delitos los denominados “delitos en razón de la condición” de niño. Dichas detenciones deberían limitarse a aquellos delincuentes infantiles considerados un peligro real para los demás, y deberían invertirse recursos para su reintegración en la comunidad.
- c) Se evalúe periódicamente los ingresos de niños en instituciones, examinando los motivos por los que estos fueron internados en centros penitenciarios o de acogida, a fin de devolverlos a sus familias o ponerlos en manos de cuidadores en la comunidad.
- d) Se establezcan mecanismos eficaces e independientes de denuncia, investigación y aplicación de la ley en los sistemas de justicia y de atención al niño para tratar casos de violencia.

⁴¹Ver: Ibídem, numeral 112.

- e) Se asegure que los niños ingresados en instituciones conozcan sus derechos y puedan acceder a los mecanismos establecidos para protegerlos.

Que el artículo 37º de la Convención sobre los Derechos del Niño determina el marco general de un sistema de responsabilidad penal juvenil al establecer que la privación de la libertad del niño es posible como una medida de último recurso, pero en establecimientos especiales separados del régimen para los adultos y por el menor tiempo posible, tomando en cuenta sus necesidades especiales.

Esta norma establece que los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Que, de forma complementaria a la Convención, otros instrumentos internacionales han sido adoptados sobre la materia y deberán ser objeto de aplicación por parte de las autoridades nacionales:

a) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo objetivo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad.

b) Las reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing);

c) Las Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD); y

d) Las Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Que algunos de los principios que se encuentran en estos instrumentos y que resultan aplicables a los centros de internamiento son:

a) El medio físico y los locales para menores deben permitir la rehabilitación de los niños, tomando en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con

sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.

b) Estos centros deben otorgar a los niños programas de educación y de formación de acuerdo con sus necesidades. Asimismo, deberá propiciar atención médica permanente y un programa nutricional de acuerdo con el proceso de desarrollo del niño.

c) Los programas de reinserción deben contar con la participación de la familia y su comunidad.

d) El uso de la fuerza sobre el niño solamente puede ser en casos excepcionales y de extrema gravedad. Así, “el uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo”.

e) Los niños deben tener la posibilidad de presentar peticiones o quejas ante cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional y a ser informados sobre el resultado de ellos.

f) Los centros deben contar con inspectores calificados e independientes para realizar, de forma espontánea y sin previo aviso, visitas de inspección. Las entrevistas que los inspectores realicen deberán mantenerse en reserva.

Que, en nuestro país, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) implementa sus derechos y libertades, regula el Sistema Nacional de Adopción y las funciones de las instituciones familiares y establece el sistema de justicia especializada. En el ámbito penal, el Código establece un procedimiento especial en su Capítulo III, determinando que, en el caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas (artículo IV).

4. HIPÓTESIS

Formulación de la Hipótesis

Es deber del Estado la aplicación de programas de protección a los niños, niñas y adolescentes, en conflicto con la ley penal, conforme la doctrina de protección integral y al amparo de los instrumentos internacionales, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales dirigidos al logro de su bienestar integral del niño y además el Estado.

4.1. VARIABLES E INDICADORES

4.1.1. Variables:

4.1.1.1. Independientes.

- a) Deber del Estado la aplicación de programas de protección a los niños y adolescentes en conflicto con la justicia penal.
- b) Instrumentos Internacionales respecto a la Aplicación de la doctrina de protección Integral y el principio del Interés Superior del Niño.
- c) La naturaleza legal de las Medidas de Protección a los Niños y Adolescentes infractores a la ley Penal.
- d) Derechos fundamentales dirigidos al logro del bienestar del niño y adolescente.

4.1.1.2. Dependientes

- a. Las medidas de protección judicial, revictimiza y estigmatiza a los menores infractores a la ley penal, conforme los principios del Bloque de Constitucionalidad.

- b. Vulneración de los derechos fundamentales del presunto infractor a la ley penal: integridad moral, psíquica, física, a su libre desarrollo y a la igualdad ante la ley.
- c. Los daños ocasionados a los menores infractores a la ley penal.
- d. La credibilidad e imagen de la administración de justicia y responsabilidad del Estado

4.1.2. Indicadores:

- Solicitud de Medida de Protección fiscal ante el Juzgado de Familia.
- Sentencias otorgando la Medida de Protección a los menores de edad que han cometido infracción a la ley penal, expedidas por el Juzgado Especializado de Familia.
- Informe interdisciplinario emitido por el Programa de Justicia Juvenil Restaurativa a los adolescentes que han cometido infracción a la ley penal, sobre las características psicológicas y social del investigado.
- Establecer si es necesaria modificar el dispositivo legal de nuestro Código de los Niños y Adolescentes respecto a las Medidas de Protección.
- Contribuir al perfeccionamiento de nuestro sistema u ordenamiento jurídico de acuerdo a los instrumentos internacionales referidos a los Derechos Humanos.

De naturaleza jurídica:

- Artículos 3º, 27º, 37º y 40º de la Convención de los Derechos del Niño, artículos 8º, 19º, 24º y 25º de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

- Artículos 2º inciso 1, 2, 4 y 55º de la Constitución Política del Perú.
- Artículos 184º, 242º del Código de los Niños y Adolescentes aprobada por Ley N° 27337.

5. MARCO METODOLÓGICO

5.1. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN (área de estudio)

5.1.1. Espacial

El estudio e investigación del tema, figura jurídica y/o dispositivo legal designado se localizará en la localidad de Chiclayo, en los rubros y áreas pertinentes: en los Juzgados de Familia del Poder Judicial del Distrito Judicial de Lambayeque y las Fiscalía de Familia del Distrito Fiscal de Lambayeque. Dejando constancia que, por la naturaleza del tema, teniendo en cuenta que la norma que regula es de ámbito y aplicación nacional, su estudio y análisis también será de este carácter, a través de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

5.1.2. Temporal.

En relación con el tiempo el tema o problema materia de estudio será realizado de manera extensiva por el periodo de cuatro años, comprendidos entre los años 2010 a octubre del 2013.

5.2. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para demostrar la verdad de la consecuencia lógica de la hipótesis, se procederá entre otros actos, hacer un estudio profundo, análisis crítico y comparado a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial de cada una de las variables e indicadores, así como de todas las figuras y/o instituciones afines al tema objeto de la presente investigación, en razón que constituye deber del Estado de acuerdo al bloque de constitucionalidad, la aplicación de la medida de protección fiscal a los niños y adolescentes infractores a la ley penal, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales de integridad moral, psíquica, física, a su libre desarrollo y a la igualdad ante la ley, conforme la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño en las Fiscalías de Familia de Chiclayo y el Estado incurre en responsabilidad internacional.

5.3. POBLACIÓN Y MUESTRA:

La población lo representa el total de procesos que han sido emitidos por los Juzgados de Familia de Chiclayo y la muestra 100 sentencias/dictámenes que han sido expedidos por los Juzgados de Familia de Chiclayo.

F234

5.4. RECURSOS HUMANOS, MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

5.4.1. Los recursos humanos

Los recursos humanos estarán constituidos básicamente por los siguientes elementos:

La Autora o investigadora responsable del presente trabajo de investigación.

El asesor Académico y

El Revisor de estilo

5.4.2. Los recursos materiales y/o Equipos:

Los materiales y/o equipos necesarios y requeridos en el presente trabajo, son básicamente material de escritorio, equipo de cómputo e impresión, empastados, entre otros.

5.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

Para la presente investigación será necesario utilizar técnicas de recopilación documental, examen de expedientes, fichaje, entrevistas, encuestas, a profesionales e integrantes de la comunidad jurídica, entre otras que permitan la recopilación de datos.

6. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

6.1. MÉTODOS:

6.1.1. Método Exegético: constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo nacional, y os Tratados y Convenios referente a la materia del cual el Perú es parte. Parte de la convicción de un ordenamiento pleno y cerrado.

6.1.2. Método Analítico: Es el análisis e interpretación documento lógica (expedientes) significa la separación de un todo en sus partes constitutivas con el propósito de estudiar estas por separado, así como las relaciones que las une y así realizar precisiones sobre las sentencias sobre medidas de protección en los Juzgados de familia de Chiclayo.

6.1.3. Método Explicativo: con la finalidad de explicar cómo las sentencias de medidas de protección afectan los derechos fundamentales de los niños y adolescentes infractores a la ley penal de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

6.1.4. Método Dogmático: El método dogmático, la técnica jurídica constituiría la piedra de toque para la inteligencia del Derecho. Es esencialmente un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual, aparecen expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse.

6.1.5. Método Sociológico Funcional: El método Funcional en el Derecho parte de la constatación que el sistema jurídico está repleto de conceptos que no pueden ser definidos en el término de experiencia y verificación, pero de los que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. En tal sentido el Método Funcional intenta una redefinición profunda de los conceptos que se usan en la indagación científica - ficciones jurídicas.

6.2. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

El registro de recolección de datos tiene una máxima importancia para la presente investigación y elaboración de la tesis, porque a través de estas actividades se acumula racionalmente todo el material necesario para el desarrollo y comprobación de la hipótesis. En esta fase, el estudio de fuentes es una labor de conocimiento y reconocimiento, en tal sentido el uso de las fuentes supera con creces la tarea exploratoria que realizamos en el momento que hemos elegido el tema de tesis. Y dada la magnitud y su implicancia se ha considerado dos aspectos:

a) El Intelectual, Consiste en la serie de operaciones racionales para comprender el contenido de las fuentes, considerando la legislación nacional y los instrumentos internacionales; y

b) La Técnica.- Que, en el presente trabajo se usarán fundamentalmente las técnicas instrumentales de recolección de datos, tales como: ***el examen de expedientes, Registros, Archivos, entrevistas a profesionales del derecho, a los justiciales y a la sociedad civil,*** así como tablas de referencia y gráficos estadísticos y dichas informaciones obtenidas, así como las encuestas, van a formar el sistema de registros y ordenamiento de la información; y conjuntamente con la información legislativa, la literatura jurídica, nacional e internacional sobre la medida de protección a favor de los menores infractores a la ley penal, que nos va a permitir la elaboración de la presente tesis. Que, dada su naturaleza, tendrá su connotación en todos los Distritos Judiciales y Fiscales del País.

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO DEL MENOR INFRACTOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA

2.1. REFERENCIAS HISTÓRICAS

No se conoce país civilizado en que no se haya establecido normas legales de protección y de sanción al menor. Esa protección en los pueblos primitivos la realizaron y la realizan en forma rudimentaria.

En el pasado un niño no era sujeto valorable o valorado, recuérdese que la supresión de los recién nacidos era una práctica muy difundida en todas las culturas; la Biblia menciona tres matanzas de niños: la de los judíos en la época del nacimiento de Moisés; de los niños egipcios al momento del Éxodo y la de Belén en ocasión del nacimiento de Jesús. Esta actitud obedecía que el niño no era considerado una riqueza y era siempre reemplazable. Las leyes romanas que regulaban el matrimonio y su disolución tenían disposiciones precisas en cuanto a los bienes, pero no hablaban de los hijos. A fines del siglo XVIII, para explicar las causas de mortalidad infantil, se señalaba que la muerte de un niño era mirada como un incidente banal al cual pone remedio el nacimiento del siguiente hijo. La tarea de curar los niños era de las mujeres y por eso los médicos se negaban a visitar niños enfermos. Esta situación continuó, incluso, durante la Declaración de los Derechos del Hombre en 1798, surgida de la Revolución Francesa, que no contiene ninguna mención a los niños.

La evolución del tratamiento del menor que infringía la ley, fue presentándose de la siguiente manera:

2.1.1. En el Derecho Antiguo

Retornando en la historia, se estima que 4,000 A.C., en Egipto y Sumeria, existieron acciones de represión y protección en torno a los menores de edad. En esta época Egipto mantenía esclavizado a los israelitas y para evitar el peligro o amenaza a su pueblo mandó a matar a todos los niños varones de los israelitas. Igualmente, los egipcios condenaban al padre a permanecer abrazado por tres días junto al cadáver de su hijo cuyos maltratos le hubiesen ocasionado la muerte. Entretanto, los árabes enterraban viva a su primogénita en el desierto pues consideraban fatalidad para la familia el nacimiento de una mujer.

La autora Hall García Ana Paola⁴² señala que, en la civilización griega, los hechos lesivos a la sociedad realizados por los menores eran considerados no intencionales e intencionales. En el primer caso, Aristóteles señalaba que los niños eran irresponsables, a pesar de ello, en el Derecho Positivo, se consideraba castigo para el homicidio accidental.

Platón inclusive cuando diferenciaba la evaluación del daño originado, mantenía la pena en el caso del homicidio.

En el derecho romano, durante la época de Justiniano, se distingue 3 períodos de edad⁴³:

⁴² HALL GARCÍA, Ana Paola. “La responsabilidad del menor” ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 2004, p.85.

⁴³ CHUNGA LAMONJA Fermín G. “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Editorial Grijley. 2016, p. 89.

a) Irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de infancia, y el próximo a la infancia hasta los 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer, en que el infante no podía hablar y no era capaz de pensamiento criminal;

b) Proximidad a la pubertad hasta los 12 años en la mujer y 14 en el hombre, en que el menor no podía aún engendrar, pero la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado;

c) Pubertad, hasta los 18 años, extendido después hasta los 25 años, denominado de minoría, se castigaban los actos delictuosos cometidos por los menores. Surge en esta época la “Ley del Talión” y en Roma el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, también eran aplicados a los menores. Estableciéndose solo diferencias en la naturaleza y en la cantidad de la pena.

2.1.2. En la Edad Media

Ante la caída del imperio romano de occidente, predominan los bárbaros dentro de los cuales destacan los germanos quienes enriquecieron su derecho con el de los romanos. Dando lugar a dos épocas: la primera antes de las invasiones, dándose el predominio de la iglesia y venganza privada. Y la segunda época durante las invasiones, dándose el predominio de leyes a cargo del poder público.

En el medioevo, consideraban la inimputabilidad del menor en sus primeros años, aun cuando no estaba legislado. El niño no cometía ciertos hechos, como la mentira, la violación, el rapto y el adulterio. En el Medioevo y el Renacimiento, en el siglo X, ante el primer robo los padres debían garantizar la futura honestidad del autor y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo custodiaban, el adolescente era encerrado para retribuir su culpa. En caso de producirse una nueva infracción se le conducía a la horca como los adultos.

En el Derecho Canónico se reconoció la inimputabilidad de los menores hasta los siete años y la aplicación de una pena disminuida de los siete a los catorce años.

Una antigua doctrina del Common Law sirve para comprender, parcialmente, la evolución producida. En la Inglaterra medieval, las cuestiones vinculadas a los niños fueron reguladas bajo la doctrina del Parens Patrice; esta doctrina indicaba que el rey de Inglaterra (o su representante) era, figurativamente, el “padre de la nación” y, como tal, asumía la responsabilidad por todo asunto que involucraba a los niños...este poder discrecional del chancellor se ejercitaba, normalmente, con quienes no habían cumplido aún los 18 años. La filosofía de esta doctrina enfatiza el tratamiento, la supervisión y el control del menor infractor, en lugar de la punición tradicional; indica el poder y la responsabilidad del estado en proveer protección a los niños cuyos padres no le proporcionan los cuidados apropiados; de allí que el ofensor juvenil necesite la intervención benevolente del Estado. Con términos actuales, la finalidad del ejercicio de estos poderes debería servir al interés superior o al mejor interés del niño; lamentablemente, al lado de este aspecto positivo, se encuentra el punto negativo de la doctrina, cual es, haber servido para denegar a niños y jóvenes infractores el derecho a un juicio y a una sentencia justa.

2.1.3. En la Edad Moderna

Es la época donde el derecho presenta la más resaltante evolución y progreso, resalta Italia durante los siglos XII al XVII (Glosadores, Post Glosadores y sistematización del derecho). En esta época se propugna un derecho especial para los menores de edad y se reservaba la pena hasta que el menor alcance la mayoría de edad.

La norma penal sobre la responsabilidad del menor infractor se regulaba básicamente en la Pragmática-sanción de 19 de septiembre de 1788, recopilada en la Novísima Recopilación, en la cual se recogen las reglas para contener y castigar

la vagancia y otros excesos, en que se exceptuaba del castigo⁴⁴. El menor de dieciséis años, fuera varón o mujer indistintamente, era considerado inimputable penalmente⁴⁵. En el caso que fueran menores de diecisiete años, la responsabilidad recaería sobre los padres o tutores⁴⁶.

2.1.4. En la Edad Contemporánea

Tenemos la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, que recoge los principios humanitarios de la Revolución Francesa, surgiendo en el siglo XIX textos constitucionales y penales que establecen la seguridad y protección de la persona respecto al delito. Los menores de edad no tenían un fuero especial de juzgamiento, ni penas especiales. Recién en 1899 nace el primer tribunal de menores en la ciudad de Chicago a efectos de dar un fuero especial al menor. En

⁴⁴ Nov. R. 12, 16, 11 núm. 16: ... éstos, aunque sean hijos de familia, serán apartados de la de sus padres que fuesen vagos y sin oficio y se les destinará a aprender alguno, o se les colocará en hospicios o casas de enseñanza. Cuidarán de ellos las juntas o diputaciones de caridad, que el consejo hará establecer por parroquias, conforme a lo que se me propone y se practica en Madrid, asistiendo los párrocos o los eclesiásticos celosos y caritativos que destinen. Resulta interesante la previsión contenida en la referida Pragmática en cuanto al tratamiento del menor infractor que por razón de su edad era considerado inimputable, pues se les ingresaba en establecimientos benéficos y Hospicios. Si bien, aunque parece que el precepto se centra en la etnia gitana, sin embargo, existen datos históricos de la época en que un muchacho de dieciséis años es condenado a ser «apercibido y entregado a sus padres por la comisión de obscenidades lujuriosas; por otro, encontramos idéntica pena con la que se castiga a una chica de la misma edad por escándalos de incontinencia». Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: “Reseña histórica sobre la minoría de edad penal”, en Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade Da Coruña, núm. 11, Coruña, 2007. Pág. 37.

⁴⁵ Nov. R. 12, 31, 7: Exceptúo de la pena a los niños y jóvenes de ambos sexos que no excedieren de diez y seis años. Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.: “Reseña histórica sobre la minoría de edad penal”, ob. cit. Pág. 37.

⁴⁶ Nov. R. 12, 31, 10: ... que las justicias amonesten a los padres y cuiden de que éstos, si fueran pudientes, recojan a sus hijos e hijas vagos, les den educación conveniente, colocándolos con amo o maestro...; Nov. R. 12, 31, 12: Que cuando fueren huérfanos estos niños y niñas viajantes, tullidos, ancianos o miserables, vagos o viciosos, los mismos padres, tomen los Magistrados políticos las veces de aquellos, y supliendo su imposibilidad o desidia, reciban en si tales cuidados de colocar con amos o maestros a los niños y niñas, mancomunando en esta obligación no sólo a la Justicia, sino también a los regidores, Jurado, Diputación, etc. ALEMÁN MONTERREAL, A.: “Reseña histórica sobre la minoría de edad penal”, ob. cit. Pág. 35 y 37

Rusia en 1897 se dispuso que los procesos a menores debían hacerse a puertas cerradas y con participación de sus padres. Sin embargo, a pesar de estos cambios se mantenían los castigos al menor ya que era considerado como un objeto, al cual no se le reconocía sus derechos.

En esta época surgen las escuelas penales, que reciben la influencia de la sociología, dogmática y lógica humanizando así el derecho penal. El precursor es César Becaria con su libro “De los Delitos y las Penas”.

De lo desarrollado se puede concluir que en las diferentes épocas el menor no era sujeto de reconocimiento de derechos, pues era considerado como un objeto, al cual se le aplicaba medidas de represión, expiación y responsabilidad moral. A través del tiempo y con el crecimiento de la población y avances de ésta, el número de menores infractores se incrementó. A principios del siglo XX, en 1913, Lombroso escribía en un artículo publicado en una revista inglesa, que la cantidad de delincuentes menores de edad había aumentado de 30.118 en 1890, a 67. 144 en 1900, y que el número de jóvenes condenados al año entre 1900 y 1910 había alcanzado un verdadero pico histórico⁴⁷.

Asimismo, Kemelmajer indica que países como EE.UU. que llevan seriamente el aumento de la delincuencia juvenil, se calcula que entre el 30 y 40 % de las personas de sexo masculino que viven en las ciudades serán arrestados antes de llegar a los 18 años⁴⁸. Se cree que esta situación, hoy en día, no sería ajena a las demás realidades de los demás países en el mundo, pues sea por una u otra causa el aumento de la delincuencia juvenil para en aumento, en especial, se cree en los países sub desarrollados, donde la pobreza y falta de apoyo del gobierno incentivan a que los menores infrinjan la ley, porque la situación los llevo a eso, o

⁴⁷ Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad” edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005. pág. 21.

⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, págs. 21, 22.

bien para poder procurarse la satisfacción de las necesidades básicas para sí y para su familia.

Frente al aumento de la delincuencia juvenil nace la exigencia de introducir normas o introducir reformas legislativas, que regulen la conducta de los menores contraria al sistema normativo. Y con ello también surge los estudios de las causas por las que los menores de edad infringen la ley ⁴⁹ , del entorno en que se desenvuelve el menor, del análisis de eficacia y eficiencia de las leyes dictadas y formulación de nuevas leyes, el perfil del juzgador, el análisis del juzgamiento, las garantías y la imposición de la pena. Así, a través del tiempo y paso de los años los gobernantes o el aparato estatal a través de sus órganos respectivos van tejiendo un sistema normativo para regular las conductas de los menores, donde, se proclaman doctrinas que le sirven de sustento, independientemente del enfoque doctrinario que cada país adopte. Surgiendo cuestiones de discusión como, la imputabilidad del menor, las políticas de Estado, la edad mínima, la expresión para dirigirse al menor, etc.

A nivel mundial, en grandes líneas, los pasos históricos fueron⁵⁰:

- a) Fines del siglo XIX y principios del siglo XX: nacimiento de los tribunales penales juveniles: modelo de protección.
- b) Década de 1960: política del Welfare. Sin abandonar el modelo anterior, comienzos del modelo educativo.
- c) Década de 1980, acento sobre los derechos y garantías judiciales. Al mismo tiempo, necesidad de promover nuevas formas de reacción social. Trabajos sociales; desjudicialización, modelo de la retribución y de la responsabilización.

⁴⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, pág. 23

⁵⁰ BARBERAN, Jaime M., La justice réparatrice en Catalogne et le débat sur les alternatives, en *mediares*, bari, 200, p. 47, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 58

En Latinoamérica, a pesar de no tener duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Maya, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación particular para niños o jóvenes que cometieran algún delito. En similar sentido, se desconoce las regulaciones de esta situación en el denominado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una amplia codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención especial.

A principios del siglo XX surge los tribunales de menores; surge la preocupación por la infancia, como resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician con la Escuela Positiva y después con la Escuela de la Defensa Social; de otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en diversos congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Sin embargo, en décadas posteriores se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo, Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del

derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores con una ideología defensista de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.

Las concepciones ideológicas del positivismo y de la Escuela de Defensa Social, se incorporaron en todas las legislaciones e indudablemente repercutieron en la codificación penal. No obstante, estas ideas hallaron su máxima expresión, en el derecho penal de menores. Postulado básico fue apartar al menor delincuente del derecho penal común, así cambiaron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio básico de culpabilidad, por el de peligrosidad.

Esto condujo a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido y hasta la fecha están vigentes en diversas legislaciones latinoamericanas, paulatinamente se están reconociendo derechos humanos a los menores de edad en conflicto con la ley penal, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores constituye la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989; después de la entrada en vigencia de esta convención, se inició en los años 90 un proceso de reforma y ajuste legislativo en muchos países de la región, tales como en Ecuador, Colombia, Perú, Brasil, Bolivia, México, Costa Rica, entre otros; y actualmente continúa el proceso de reforma.

2.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS

La institución del Tribunal para Menores surgió en Estados Unidos a finales del siglo pasado⁵¹, su objeto gira básicamente en torno a la sustracción del menor del campo del derecho penal y la han ido adoptando rápidamente diversos países europeos como: Francia, Holanda, Inglaterra, Suiza, Italia, Alemania y España.

1. Francia

El derecho francés ha tenido decisiva influencia en materia de menores, sobre todo a partir de su teoría del discernimiento,⁵² aunque su legislación se ocupa de ellos desde mucho antes. Una ordenanza de 1268 consideraba con irresponsabilidad absoluta a los niños hasta los diez años, de ahí a los catorce recibirían amonestaciones o golpes y a partir de los quince quedaban sujetos a las mismas penas que los adultos.

En el siglo XVI se estableció un criterio totalmente proteccionista que excluyó de responsabilidad a todos los menores, no obstante, luego como

⁵¹ Lejins, Meter P., “El problema de la delincuencia juvenil en Estados Unidos”, 50 años de Criminalia, México, año L, núm. S 7-12, Porrúa, 1984, pp. 57-73.

⁵² Mezger, Edmund, Derecho penal (Parte General), México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, pp. 205 y 416. Se refiere al discernimiento diciendo que es la capacidad de comprender la injusticia de la conducta y actuar según esa comprensión.

antítesis del mismo, surge el Código Penal de 1810, que proclama la responsabilidad penal de todos los niños, frenando así, los adelantos hasta entonces logrados y recién en 1912, aparece el primer esbozo de los Tribunales de Menores en la “Ley sobre Tribunales para niños y adolescentes y de libertad vigilada”, en la que aparece ya el criterio del discernimiento.

2. Holanda

En este país antes del siglo XX no ubicamos datos importantes sobre la situación jurídica de los menores infractores. Es en este siglo cuando se inicia legalmente la protección a la infancia y aparecen en 1921 los Tribunales para Menores⁵³.

3. Inglaterra

En tiempos remotos encontramos un régimen muy severo para los menores, a quienes incluso se les podía aplicar la pena de muerte. Afortunadamente, en el siglo X aparece una primera nota de mejoría, muy leve, por cierto, que excluía de la pena capital a los niños que hubieran delinquido por primera vez, la cual produjo una serie de importantes reformas a lo largo de los siglos posteriores. En el siglo XIII se determinó no condenar a los menores de doce años por robo, y para el siglo XVI se establece la irresponsabilidad total hasta los siete años, fundándose el “Chancery Court” que descansaba ya en la idea de proteger a la niñez. En 1847 se dictó la “Juvenile Offender' Act”⁵⁴, con la finalidad de mejorar la situación de los infractores juveniles. La escuela tipo reformatorio aparece en 1954 y aproximadamente en 1905 surgen las Cortes Juveniles. Dos años más tarde, se instala el sistema de libertad vigilada y se

⁵³ Comparative Survey of Juvenile Delinquency, Nueva York, Naciones Unidas, 1958.

⁵⁴ Solís Quiroga, Héctor, Justicia de menores. 2a. edición, México, editorial Porrúa, 1986, p. 8.

inicia una corriente de prevención del delito que plasmó sus ideales en la “Prevention of Crime Act” de 1908, promulgándose también el código de Protección a la Infancia.

4. Suiza

Suiza prohibió la publicación en los juicios de menores a partir de 1862; fue uno de los primeros países en dejar el criterio de discernimiento (1908); estableció como edad límite los 18 años e implantó tempranamente el sistema de libertad vigilada. En su Código Penal de 1937 predomina el concepto de educación y se describe el tratamiento de rehabilitación para los menores, considerando los aspectos psicológicos que rodean al hecho.

5. Italia

Fue hasta 1908 en que se empezaron a notar mejorías en la situación de los menores infractores, pues es en este momento cuando surgen determinados aspectos sociales -familia, amistades, educación, medio ambiente- como elementos de juicio fundamentales. Posteriormente surge la “Obra Nacional para la Protección de la Maternidad y la Infancia” (1925) y el Código Penal de 1930, que fijaba una irresponsabilidad plena hasta los catorce años, mientras que de los catorce a los dieciocho se resolvía conforme al discernimiento, pudiéndose optar en ambos casos por el sistema de libertad vigilada o el intercambio en una escuela de reforma. Los tribunales italianos para menores aparecen finalmente en 1934⁵⁵.

⁵⁵

Ibidem,p.17

Actualmente, el sistema penitenciario alemán varía según los estados, pero en general, distingue entre la prisión preventiva, la prisión de adultos y las instituciones juveniles⁵⁶.

6. España

En España, según disposiciones contenidas en la “Ley de las Siete Partidas” (1263), se excluyó de responsabilidad al menor de diez años y medio, pues si rebasaba esa edad, pero era menor de diecisiete años se le aplicaban penas atenuadas.

En 1337, Pedro IV de Aragón estableció en Valencia, bajo el nombre “Padre de Huérfanos”, una institución cuya finalidad era proporcionar protección y amparo a los menores problemáticos o delincuentes, aplicándoles medidas educativas y de tratamiento. Lamentablemente fue suprimida por Carlos IV en 1793. En 1600 se fundó el “Hospicio de Misericordia” que buscaba en parte la protección infantil y en 1734 surge en Sevilla, a cargo del hermano Toribio Velasco, una institución para ocuparse de la regeneración de jóvenes infractores prescindiendo de cualquier tipo de castigo y sustentada en una ideología correctiva y protectora. Ese mismo año Felipe V atenúa la penalidad a los menores entre los quince y los dieciséis años y luego, Carlos III ordena la creación de escuelas y hospicios para delincuentes de menos de dieciséis años⁵⁷.

Por su parte, el Código penal de 1822 declaró la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años, de los siete a los diecisiete se guiarían por el grado de discernimiento, devolviendo al menor con su familia, aplicándole una pena atenuada o bien, internándolo en una casa de corrección.

⁵⁶ Marcó del Pont, Luis, op. cit., nota 3, p. 175

⁵⁷ Solís Quiroga, Héctor, “Historia de los tribunales para menores”, op. cit., nota 6, pp. 614 y 615.

El 4 de enero de 1833 se expidió una Ley fundamentando la creación de Reformatorios, siendo el de Alcalá de Henares (1888) el primero en aparecer. Ya en 1834 se había logrado en las cárceles la separación de jóvenes y adultos, sin embargo, en 1893 se dio marcha atrás, perdiéndose todos los adelantos anteriores.

Los Tribunales de Menores tienen su origen en un Decreto Ley de 1918 en el cual se determinaba su creación, otorgándoles carácter tutelar. Finalmente, el Código penal de 1932 estableció la irresponsabilidad de los menores hasta los dieciséis años, eliminando el criterio de discernimiento y planteando un sistema de atenuaciones para aquellos entre los dieciséis y los dieciocho años.⁵⁸

Con fecha 12 de enero de 2000 se promulga la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, también denominada Ley penal del Menor, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 13 de enero de ese año y que entró en vigor el 14 de enero de 2001. Ello a pesar que en el Código Penal del 23 de noviembre de 1995, se preveía la necesidad de regular la responsabilidad penal del menor, manteniendo en suspensión determinados artículos hasta dicha promulgación.

Con ella se derogó la anterior Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, texto aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, modificada por la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, como también su reglamento de ejecución y determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La finalidad de dicha ley es regular la responsabilidad penal del menor de edad (concretamente del mayor de catorce años y menor de dieciocho),

⁵⁸ Mendizábal Osés, L., Derecho de menores (Teoría General), 2a. edición, Madrid, Pirámide, 1977

incluida la de los mayores que no superen los veintiún años en determinados supuestos (artículos 1º y 4º de la Ley Orgánica 5/2000); y ello tanto desde el punto de vista penal -comisión de hechos tipificados como delito o falta en el Código penal o leyes penales especiales- como la responsabilidad civil proveniente de la infracción penal y el proceso a seguir para exigir tales responsabilidades.

La influencia de la legislación española, estuvo vigente por largo tiempo en nuestro país, específicamente en nuestro régimen jurídico mediante sus significativos logros y aportaciones en el área penitenciaria y correccional

2.3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN ALGUNOS PAÍSES AMERICANOS.

Es difícil abarcar en tan reducido espacio la legislación de los pases americanos en relación con el menor infractor, tanto por el número de países, como por los múltiples aspectos dentro de la problemática infantil. Sin olvidar la dificultad para obtener información confiable sobre leyes y realidades internas de cada país. Por ello solo podremos ocuparnos del tema a grandes rasgos

Los Orígenes

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia adolescencia en América Latina, se remonta a la primera década del siglo XX. En 1919, se promulga en Argentina la primera legislación específica, ley 10.903, más conocida como ley Agote. Hasta entonces, la única diferencia normativa se encontraba en los códigos penales retribucionistas del siglo XIX. En general, dicha peculiaridad se limitaba a reducir las penas en 1/3, tratándose de autores de delitos con edad inferior a los 18 años.

El niño propietario resolvía sus conflictos como adulto. Sin duda, el origen de la especificidad jurídica de la infancia es de naturaleza estrictamente penal⁵⁹. Más allá de lo señalado, ninguna otra diferencia normativa era prevista para el momento de ejecución de las penas que casi siempre consistían en la privación de libertad. Adultos y menores de edad, indiscriminadamente, eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias.

Las deplorables condiciones de encerramiento, y la promiscuidad entre menores y adultos, generaron con mayor o menor intensidad en todo el continente, una fuerte indignación moral que se tradujo en un vasto movimiento de reformas.

El resultado del movimiento de reformas, fue la instauración en América Latina, en un lapso de tiempo de 20 años (Argentina 1919 - Venezuela 1939), de legislaciones de menores que, legitimadas en la protección de una infancia supuestamente abandonada y supuestamente delincuente, abrían la posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para "disponer"⁶⁰ de aquellos menores material o moralmente abandonados.

La fuerte tendencia a la institucionalización (eufemismo destinado a designar privaciones de libertad de carácter indeterminado), puso inmediatamente en evidencia que la indignación moral de los reformadores, se refería mucho más a los

⁵⁹ Entre los escasos trabajos de naturaleza histórica en el contexto latinoamericano cfr. "Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina" (E. García Méndez - E. Carranza, 1990) y "Del Revés al Derecho" (E. García Méndez - E. Carranza, 1992). Para una visión europea y que se remonta hasta comienzos de la edad media cfr. W. Sanders (1970). Por Emilio García Méndez Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias" pág. 59. En Derechos de la niñez y la adolescencia Antología. Compiladores: Mauricio Gonzales Oviedo, Elieth Vargas Ultate. Conamaj, Escuela Judicial, Unicef, Costa Rica 2001.

⁶⁰ El término "disponer", presente en la letra o el espíritu de todas las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, constituye un excelente ejemplo del carácter totalmente arbitrario que impregna esta legislación. Como afirma, Raúl Horacio Viñas, "(el término disposición) Recuerda más a acto del derecho patrimonial, a enajenación, aunque admito que abarca otras acepciones. Evoca la idea de facultades omnímodas". (1984, p. 299). Este comentario a partir de la realidad argentina es válido para todas las leyes "minoristas" del continente. Por Emilio García Méndez Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias" pág. 60. En Derechos de la niñez y la adolescencia Antología. Compiladores: Mauricio Gonzales Oviedo, Elieth Vargas Ultate. Conamaj, Escuela Judicial, Unicef, Costa Rica 2001.

"excesos" y a la promiscuidad del encierro, dejando intacta una cultura hegemónica de secuestro y segregación de los conflictos sociales.

Este enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos (salud-educación), tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas. Munido de una competencia omnímoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver "paternalmente"⁶¹, las deficiencias individuales del sistema. Sin embargo, aún en el contexto político-cultural dominante, la materialización de este nuevo enfoque estuvo lejos de ser pacífica y consensual. El poder-saber de la corporación médica, interfirió profundamente en la propuesta de judicialización de los problemas sociales. En el marco conceptual de un positivismo bio-antropológico, en el que los desajustes sociales remitían automáticamente a deficiencias genéticas de carácter hereditario, la figura del juez y la institución de los tribunales de menores, resultaban absolutamente inútiles⁶².

El resultado concreto de esta tensión médico-jurídica, que se resuelve en un pacto de las corporaciones médico-jurídica se traduce concretamente en:

- a El escaso nivel de materialización institucional de las nuevas ideas. La creación de los tribunales de menores, que debía ser la consecuencia lógica de la creación de las leyes de menores, se produce en tan pequeña escala, que reduce a meramente simbólica la función de estos tribunales. Resulta interesante observar, la forma como el enfoque tradicional de este tema,

⁶¹ Sin excepción, todos los textos clásicos de la cultura "minorista", establecen que el juez de menores debe actuar como un buen padre de familia. Recuérdese que conocer el derecho y asegurar la justicia no forman parte de las funciones institucionales de este último. Idem. Pág. 60.

⁶²"No habiendo castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del estado, ¿qué significado tendrían los tribunales para menores? Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. ¿El tribunal por lo tanto es innecesario?" (A. Foradori, 1938, p. 343). Ídem. Pág. 60.

reduce la no implantación efectiva de los tribunales de menores a meras deficiencias burocráticas administrativas.

- b. La exacerbación del carácter arbitrario de la acción de estos tribunales. La falta absoluta de respeto a los derechos y garantías (comenzando por las constitucionales)⁶³, que constituyen muchas veces la deformación y los excesos en los procesos de los cuales son objeto los adultos pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, aparecen normativamente consagrados en el llamado derecho de menores. Resulta paradójico observar, que la falta de límites, garantías y formalidades, hace práctica y técnicamente imposible que el derecho de "menores" sea violado por aquellos encargados de su aplicación.

Este proceso de reformas suscitadamente descrito, poseyó indudablemente una dinámica y autonomía propias, sin embargo, constituye el resultado de un movimiento más amplio originado en los EE.UU. de fines del siglo XIX, que repercutió con inusitada fuerza en la Europa occidental de comienzos del siglo XX⁶⁴. Desde sus orígenes, también las leyes de "menores" nacen vinculadas a un dilema crucial. Satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial junto a las exigencias más urgentes de orden y control social.

Desde un punto de vista estrictamente formal, cada país posee su propia e individualizada legislación de menores. Sin embargo, nada justifica un análisis

⁶³ La violación sistemática de las más elementales garantías constitucionales, constituye una característica dominante de todo el derecho de "menores" basado en la doctrina de la situación irregular. Sólo a modo de ejemplo, recuérdese que todas las constituciones latinoamericanas incluyen un precepto en el que se establece que "Ningún habitante de la república podrá ser detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad judicial" (obviamente el estilo de redacción varía de país en país, pero la sustancia permanece inalterada). A pesar de lo anterior, ninguna ley de "menores" hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, había traducido dicho precepto constitucional a nivel de la legislación específica. Ídem.

⁶⁴ Para un análisis de la influencia de los movimientos reformadores de los EE.UU. de fines del siglo XIX y la Europa de comienzos de este siglo. Cfr. E. García Méndez (1992). Ídem.

pormenorizado por país, en la medida en que, inspiradas invariablemente en la doctrina de la situación irregular, estas legislaciones se parecen unas a otras como gotas de agua. Por el contrario, en términos sustanciales me parece posible realizar una primera y general clasificación, según se trate de legislaciones producidas antes o después de la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las NU el 20.11.89). Esto significa afirmar, que la Convención constituye la divisora de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina.

Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina que, aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de "menores" de nuestro continente, otorgándoles los rasgos que en el próximo punto se enumeran.

El panorama completo del Estado de la adecuación legislativa en toda la Región que puede verse en el cuadro siguiente:

Países Latinoamericanos en los que se encuentra vigente una Legislación Penal para adolescentes adecuada a los Principios a la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Instrumentos de Naciones Unidas en la materia:

PAIS	NOMBRE DE LA LEY	ENTRADA EN VIGENCIA
BOLIVIA	Código del Niño, Niña y Adolescente	2000
BRASIL	Estatuto de la Niñez y Adolescencia	1990
COSTA RICA	Ley de Justicia Penal Juvenil	1996
ECUADOR	Código de la Niñez y Adolescencia	2003
EL SALVADOR	Ley del Menor Infractor	1995

GUATEMALA	Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia	2003
HONDURAS	Código de La Niñez y Adolescencia	1996
NICARAGUA	Código de La Niñez y Adolescencia	1998
PANAMA	Régimen Especial de Responsabilidad Penal para Adolescencia	1999
PARAGUAY	Código de La Niñez y Adolescencia	2001
PERÚ	Código de los Niños y Adolescentes	2000
URUGUAY	Código de la Niñez y Adolescencia	2004
VENEZUELA	Ley Orgánica del Niño y del Adolescente	2000

2.4. LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA EN MATERIA DE MENORES INFRACTORES

A principios del siglo pasado surge la preocupación por la infancia en los países de la región latinoamericana. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el siglo XX, primero, con la escuela positiva y luego con la escuela de la defensa social; y por otro lado, es resultado de la imitación de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en los Congresos internacionales efectuados para analizar el tema.

La primera legislación específica de la materia fue la de Argentina, promulgada en 1919. En décadas posteriores se promulgaron ordenamientos en la mayoría de los países de la región: Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60s, podemos

afirmar que el derecho de menores se desarrolló intensamente, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los sesenta, con excepción de Panamá que promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un nuevo auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y la reforma de leyes especiales; por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70s, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979.

Postulado básico de estas legislaciones, como se ha visto, fue “sacar” al menor delincuente del derecho penal común, alterando con ello todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, lo cual reemplazó el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, a pesar que niegan derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989. Luego de la entrada en vigencia de esta Convención, se inició en los años 90s un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica.

A. Centroamérica

Un detallado panorama de la situación del menor infractor en Centroamérica, especialmente en Nicaragua, la da el penalista y criminólogo Sergio J. CUAREZMA TERÁN, de la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI), en su trabajo “La Justicia penal del adolescente en Centroamérica.”⁶⁵

Como hemos señalado, con la aprobación el 20 de noviembre de 1989 por la ONU de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se extendió la protección de los derechos humanos a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad. Nicaragua suscribió y ratificó en 1990 dicha Convención, la cual fue incorporada al artículo 71 de la Constitución Política de la República en 1995, en los siguientes términos: “La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención de los Derechos del Niño y la Niña”.

La ratificación de dicha Convención por parte de los países centroamericanos ha estimulado intensas transformaciones legislativas nacionales. CUAREZMA TERÁN plasma este proceso en el siguiente cuadro:

i. Estado Actual de la Legislación Penal Juvenil en Centroamérica

País	Fecha de aprobación	Marco legal
Costa Rica	Marzo, 1996	Ley de Justicia Penal Juvenil
El Salvador	Junio, 1994	Ley del Menor Infractor
Guatemala	Septiembre, 1996	Código de la Niñez y la Juventud

⁶⁵CUAREZMA TERÁN, Sergio. “La Justicia penal del adolescente en Centroamérica”. En Anuario de Justicia de Menores. Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 443-457.

Honduras	Mayo, 1996	Código de la Niñez y de la Adolescencia
Nicaragua	Mayo, 1996	Código de la Niñez y la Adolescencia
Panamá	Agosto, 1999	Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia.

En algunos países la reforma se promulgó dentro de “Códigos integrales” (Guatemala, Honduras y Nicaragua) y en otros en “Leyes concretas” (Costa Rica, El Salvador y Panamá). La forma de organización y funcionamiento de estos sistemas de responsabilidad penal juvenil es similar, aunque difiere en ciertos puntos importantes.⁶⁶

⁶⁶a) El Código de Guatemala, el cual establece que están sujetas a esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (art. 160);

b) El Código de Honduras (muy similar al de El Salvador); expresa que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común, y que sólo podrá “deducírseles la responsabilidad” prevista en el Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Los sujetos a dicho mandato legal son los niños mayores de doce años de edad que cometan una infracción o falta. Los menores de doce años no delinquen (art. 180).

c) En el caso de Nicaragua, la Justicia Penal Especial del Adolescente se aplica a los adolescentes que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en leyes penales especiales. Para la aplicación de medidas no privativas o privativas de libertad, el Código clasifica la responsabilidad por edades, de la siguiente forma: los adolescentes que tuvieren entre quince años y dieciocho años de edad, a quienes se les comprobare responsabilidad como autores o partícipes de una infracción, se les aplicaran las medidas establecidas, incluyendo la de privación de libertad. A los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre los trece y quince años, a quienes se les atribuyere la comisión de un delito o falta, el Juez podrá aplicarles cualquiera de las medidas de protección especial establecidas en el Libro Segundo del Código o de las medidas contempladas en el Libro III, exceptuando la aplicación de cualquier medida que implique privación de libertad (art. 95). Según la normatividad nicaragüense, los niños que no hubieren cumplido los trece años de edad no estarán sujetos a la Justicia Penal Especial del Adolescente: están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, el Juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente, con el fin de que se le brinde protección integral, con la obligación de velar y proteger en todo caso para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Además, se prohíbe aplicarles, por ningún motivo, cualquier medida que implique privación de libertad (art. 95).

El trato que se da a los menores en las diversas legislaciones centroamericanas en función de su edad, se expresa en el siguiente cuadro:

ii. Personas sujetas al ámbito de las Leyes Penales Juveniles de Centroamérica

<u>País</u>	<u>Límite de Responsabilidad</u>	<u>Ámbito de aplicación</u>	<u>División por Edades</u>
Costa Rica	12 años y de 15 a 18 años de edad	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 15 años
El Salvador	12 años y de 16 a 18 años de edad	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 16 años
Guatemala	12 años y de 15 a 18 años de edad	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 15 años
Honduras	12 años	De 12 a menos de 18 años	
Nicaragua	13 años y de 15 a 18 años de edad	De 13 a menos de 18 años	De 13 a 15 años
Panamá	14 años	De 14 a menos de 18 años	

d) En Costa Rica, de conformidad con la Ley de Justicia Penal Juvenil, son sujetos de ella todas las personas que tengan una edad comprendida entre doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o en leyes especiales (art. 1).

e) En El Salvador, consideran sujetos de la Ley del Menor Infractor, las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho (art. 2)

f) En Panamá, el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia incluye a las personas que hayan cumplido catorce y no hayan cumplido dieciocho años de edad al momento de cometer el delito (art. 7).

Especifica CUAREZMA TERÁN el carácter procesal de la nueva legislación de menores. Las líneas generales tienden a un molde acusatorio y al respeto de las garantías nacionales e internacionales reconocidas para el juzgamiento de toda persona adulta. Este modelo, describe, se basa en el cumplimiento del “debido proceso”, que reconoce y respeta los principios de inocencia, culpabilidad, legalidad, inviolabilidad de la defensa e imparcialidad de los jueces.

El Ministerio Público tiene una participación activa y le corresponde, en coordinación con la Policía, la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

Otra característica común de esta legislación centroamericana, señala, la constituye la idea de “desjudicialización o de intervención mínima”, que garantiza a las partes la oportunidad de participar activamente en la solución del problema a través de instituciones como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la remisión y la aplicación de criterios de oportunidad reglada.

Respecto a la concepción de las medidas, enumera, se basa en sanciones “no privativas de libertad”; encontrando las de privación de libertad con carácter excepcional.

En el caso de Nicaragua, ejemplifica, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua expresa que “La medida de privación de libertad es de carácter excepcional” (art. 206), como “última medida” (art. 202), y que el Juez deberá considerar “el sustituir esta medida por una menos drástica cuando sea conveniente” (art. 206). Todas las leyes exigen límites para la utilización de la privación de libertad, no solo el cumplimiento del objetivo de protección del proceso sino también de todos los requisitos establecidos legalmente para su procedencia.

Podemos apreciar, que el límite máximo de la duración de la medida de privación de libertad puede ir desde los cinco años en Panamá, hasta quince en Costa Rica.⁶⁷

2.5. . SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PERÚ

Antecedentes Históricos en el Perú

La Historia de la Justicia Penal Juvenil en el Perú ha sido un proceso singular de nacionalización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Se introdujo en nuestro sistema paulatinamente en los diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país, así tenemos:

2.5.1. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924

Las primeras normas jurídicas codificadas las encontramos en el Título XVIII del Libro Primero del Código Penal de 1924, “Tratamiento de Menores” a través de los artículos 137 al 149. El tratamiento que se les dispensaba estaba adecuado a la edad. Así, si un menor de 13 años hubiere cometido un hecho reprimido como delito

⁶⁷Límite máximo de duración de la medida de privación de libertad en

Centroamérica País	Máximo de la sanción
Costa Rica	15 años
El Salvador	7 años
Guatemala	5 años
Honduras	8 años
Nicaragua	6 años
Panamá	5 años

o falta, la autoridad competente investigaba la situación material y moral de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que había vivido y había sido educado y las providencias convenientes para asegurar su “porvenir honesto”. La investigación podía ser completada con un examen médico⁶⁸.

En el caso de un adolescente de 13 a 18 años de edad, infractor de la ley penal, el Juez le imponía “medidas educativas” colocándolo en la Escuela de Artes y Oficios, granja, escuela o en una correccional por un tiempo indeterminado no menor de dos años. Podía el Juez, suspender incondicionalmente la medida.

Para los infractores reincidentes, la medida podía ser no menor de seis años de educación correccional, calificaba a los menores en estado de peligro. Para éstos debía haber establecimientos que los alejase de los otros menores cuya situación era la de abandonados, así como también, había casas para enfermos.

En el Libro IV, Título V, de los artículos 410 al 416 se estableció la jurisdicción de menores. Se estableció, en 1924, el Primer Juzgado de Menores (el 1er Juez fue el Dr. Andrés Echevarría Maúrtua) se encargó esa función en provincias a los Jueces Civiles, donde hubiera dos, sino el Juez Suplente nombrado por la Corte Superior. Se mencionó a Jueces Instructores en cada provincia y de Paz como instructores en los distritos.

Se señalaron requisitos especiales para ser Juez de Menores: casado, padre de familia y tener conducta irreprochable. Se estableció a los inspectores de menores, se legisló sobre la doble instancia.

El Código Penal trató de proteger al menor, pero el desinterés de todos hizo que el menor de edad quedase desprotegido⁶⁹.

⁶⁸CHUNGA LAMONJA Fermín, CHUNGA CHAVEZ Carmen, CHUNGA CHAVEZ Lucía. Los derechos del niño, niña y adolescente. Editorial Grijley. 2012. Págs. 15, 16.

⁶⁹ Idem pág. 16.

2.5.2. EN EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962

El primer Código de Menores que tuvo el Perú, fue promulgado el 02 de mayo de 1962, vigente desde el 01 de julio del mismo año hasta el 27 de junio de 1993. Ha sido catalogado como uno de los mejores códigos de menores, en América Latina, sin embargo, no llegó a implementarse debido a las muchas normas que se incluyeron y jamás pudieron ser aplicadas. Así como las doctrinas que lo sustentaban cuyo contenido podía ser hermoso, en la práctica, muchas veces, eran simples declaraciones líricas. A través de los 31 años de existencia que tuvo el Código de Menores, sufrió una serie de modificaciones, en su mayoría no sustanciales.

La doctrina que adopta el primer Código de Menores del Perú, son las que sustentan:

- La Declaración de los Derecho del Niño, formulada en Ginebra en 1924.
- Los principios proclamados al respecto por la Naciones Unidas; aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, un 20 de noviembre de 1959. Que, a decir de Fermín Chunga Lamonia el espíritu del documento se manifiesta en el preámbulo, el que en parte dice que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.
- Los Derechos del Niño Americano, de la Organización de los Estados Americanos.
- El Código de Declaración de Oportunidades del Niño, formulada en Washington en el año 1942.
- Carta de los Derechos de la Familia Peruana, formulada en el año 1943⁷⁰.

⁷⁰ CHUNGA LAMONJA FERMÍN. Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Editorial Grijley, 2016. Pág. 58.

2.5.3. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 1992

Se promulgó el 24 de diciembre de 1992 por Decreto Ley 26102, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 1992. Y entró en vigencia el 28 de junio de 1993.

Por Decreto Supremo N° 004-99-JUS se aprobó el Texto Único del Código de los Niños y Adolescentes.

Los denominados “juzgados de menores” se convirtieron en “juzgados del niño y adolescente”, que constituyeron la primera instancia y se crearon las salas de familia para la segunda instancia. Al entrar en vigencia este código los juzgados se convirtieron en juzgados de familia.

2.5.4. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL 2000

Por Ley 27337 publicada en El Peruano el 07 de agosto del 2000 se promulgó el actual Código de los Niños y Adolescentes. Este código también ha tenido modificaciones y en la actualidad existe una comisión oficial multisectorial encargada de elaborar un nuevo código.

Se propugna un proceso judicial en el marco de una justicia especializada que tiene en cuenta el conflicto jurídico como un problema humano. (Artículo X Título preliminar), con el hecho que el niño, adolescente tenga derecho a expresar su opinión libremente en el proceso por ser un asunto que le afecta y además tiene derecho a que se tenga en cuenta sus opiniones (Artículo 9° CNA). Reconociéndose el respeto de sus derechos individuales (Artículo 1-24 CNA), las garantías del proceso y Administración de Justicia consagradas en la Constitución, Convención de los Derechos del Niño y en las leyes de la materia (Artículo 192° CNA),

recurriendo en caso de vacío a la aplicación supletoria de las normas sustantivas y adjetivas penales (Artículo VII, Título Preliminar).

El libro Cuarto se refiere de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, el título Primero, menciona a la Sala de Familia, Juez del niño y adolescente, Fiscal Especializado, Abogado defensor, los órganos auxiliares: equipo multidisciplinario, Policía Especializada, Policía de Apoyo a la justicia, servicio médico legal, registro del adolescente infractor.

El título Segundo hace referencia a las materias de contenido civil: Proceso único, el adolescente infractor de la ley penal, la investigación y juzgamiento, remisión del proceso, medidas socioeducativas y medidas de protección.

El Código incorpora la Remisión del Proceso, figura jurídica novedosa e importante, tiene su origen en el séptimo Congreso de las Naciones Unidas, sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente realizado en la ciudad de Beijing, en el que se aprobaron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores llamadas Reglas de Beijing.

La Remisión es un procedimiento especial dentro del CNA desde una perspectiva preventiva dentro de la filosofía de justicia penal restaurativa; dentro del sistema de justicia penal juvenil y está definida como la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos del proceso; y en caso se haya judicializado conlleva la aplicación de una medida socioeducativa, excepto la internación.

Desde el año 2005 se implementó el modelo de Justicia juvenil restaurativa con adolescentes que han infringido la ley penal leves, que no revisten gravedad, en José Leonardo Ortiz, Chiclayo, el Agustino en Lima, con el apoyo del equipo interdisciplinario de Terre des Hommes; la participación activa de instituciones públicas y la comunidad. Luego desde 2012 se amplía a La Libertad, Santa, Lima Sur y Lima.

El enfoque restaurativo busca promover la reconciliación entre el agresor y la víctima; en el primero se incide en un tratamiento especializado integral que le permita entender su responsabilidad por el daño causado; en tanto a la segunda se busca restaurar el bienestar y compensar por la transgresión.

Obviamente cuando se presenta una colisión entre la ley y el adolescente es porque existe una falla primaria cuya responsabilidad es de la familia, de la sociedad y del Estado. La Corte Interamericana ha indicado “(...) cuando el aparato del Estado tiene que intervenir frente a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad, debe de realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad.”⁷¹

El artículo 242º detalla cuáles son las medidas de protección aplicables a niños y adolescentes menores de 14 años de edad, concordado con el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde al Juez de Familia investigar los casos de niños y adolescentes que infringen la ley penal.

Así las Medidas de Protección al Niño que cometa infracción a la ley penal, previstas en el artículo 242º.- Protección se determina: 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;

⁷¹ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” - Villagrán Morales Vs Guatemala. Fondo Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, para.185.

- 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.

A nuestro modo de ver, se produce una confusión entre abandono y conducta inadecuada por parte de los niños y adolescentes menores de catorce años de edad, entre el trámite por presunto estado de abandono y el procedimiento frente a la transgresión de normas penales cometida por los niños y adolescentes.

"Artículo 243º.- Protección. El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;
- b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;
- d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y,
- e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

El Estado está en el deber de adoptar políticas, decisiones que apunten a disminuir las diferencias entre los seres humanos y sean tratados con igualdad acorde al fomento de dignidad humana.

2.5.5. EL DECRETO LEGISLATIVO 990

Modifica la Ley 27337 - Código de los Niños y Adolescentes - referente al Pandillaje Pernicioso.

El Decreto Legislativo 990, modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, relativos a su capacidad y responsabilidad penal. Un acierto del DL 990 ha sido sin duda, elevar el límite inferior de la edad de intervención del Sistema de Responsabilidad Penal de los 12 a los 14 años. El sólo hecho de llamar “infractor” ya tiene una connotación peyorativa, con la que no estamos de acuerdo, pues a nadie se le ocurre mencionar la palabra “delincuente” en algún texto legal propio de la justicia de adultos. Se determina las medidas que serán pasibles el infractor si es mayor de catorce años serán medidas socio educativas y si es menor de 14 años será pasible de medidas de protección

La ley define también el concepto de pandilla perniciosa “grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 que se reúnen y actúan en forma conjunta, para lesionar la integridad física o atentar contra la vida, patrimonio y la libertad sexual de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público.

Al señalar y la libertad sexual de las personas se establece que es una proposición copulativa, es decir, que confluye adicionalmente para configurar el tipo con los atentados a la vida y contra el patrimonio, cuando en realidad debió establecerse o la libertad sexual para que sea una disyunción, es decir un supuesto diferente que podría configurar el tipo.

En relación a la infracción agravada señalamos que no es el sentido de la norma tratar de reprimir al niño sino protegerlo por eso señalar restringidamente como la única medida socio educativa en el artículo 195° la de internamiento no está utilizando una fórmula legal coherente con el ordenamiento constitucional ni con los principios que inspiran el Código de los Niños y Adolescentes.

En el artículo 196° no hay coherencia al establecer como máximo 5 años la medida de internación a los cabecillas pues al resto de integrantes de la banda se le aplica hasta 6 años, siendo una agravante para la doctrina penal el hecho de ser líder de ese tipo de comportamiento análogos no tiene sentido establecer una medida con un tope menor en la agravante y mayor en el tipo general.

Respecto del archivamiento se deben dar copulativamente dos requisitos que debe cotejar el fiscal de familia:

- 1) La infracción no revista gravedad
- 2) Que el adolescente hubiera obtenido el perdón del agraviado por habersele resarcido el daño (obtener el perdón es una condición subjetiva exagerada y poco técnica, no siempre reponer las cosas implicará que el afectado tenga que "perdonar" al responsable, debería bastar la simple reparación del daño desde un punto de vista objetivo).

Al respecto corresponde señalar que no siempre es posible reponer el estado de las cosas antes de la lesión, pues en estos casos estaremos solo ante la posibilidad de pagar una indemnización proporcional a la infracción.

2.5.6. EL DECRETO LEGISLATIVO 1204

Publicado el 23 de setiembre del 2015, el artículo 1º señala que tiene por objeto modificar el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, a fin de regular las sanciones para adolescentes en conflicto con la ley penal, así como su ejecución. Del mismo modo, el artículo 2º modifica el Código de los Niños y Adolescentes respecto al Capítulo VII, Título II del Libro Cuarto de la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes, e incorpora en el mismo los artículos 231º-A, 231º-B, 231º- C y 231º-D.

El Capítulo VII está referido a las Sanciones a Adolescentes Infractores de la Ley Penal, así el artículo 229º.- Finalidad de las sanciones determina que las sanciones tienen una finalidad primordialmente educativa y socializadora para adolescentes en conflicto con la ley penal, basada en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se aplican, según sea el caso, con la intervención de la familia y el apoyo de especialistas e instituciones públicas o privadas. Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican al adolescente de catorce a menos de dieciocho años de edad, a quien se le imputa responsabilidad como autor o partícipe de un hecho punible, tipificado como delito o falta en el Código Penal o Leyes Especiales. El Juez, al momento de la imposición de las sanciones reguladas en el presente capítulo, deberá tener en cuenta el principio de protección al menor y la finalidad rehabilitadora hacia el adolescente.

Por otro lado, el artículo 230º establece los Criterios para determinar la sanción, en tal sentido, el Juez, al momento de imponer una sanción, deberá tener en cuenta:

- a) La edad del (la) adolescente, sus circunstancias personales, su situación psicológica, educativa, familiar y sociocultural, según el informe del equipo multidisciplinario;
- b) La magnitud del daño causado;
- c) El nivel de intervención en los hechos;

- d) La capacidad para cumplir la sanción;
- e) Las circunstancias agravantes o atenuantes reguladas en el Código Penal o Leyes Especiales, en lo que corresponda;
- f) La proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la sanción; y
- g) Los esfuerzos del (la) adolescente por reparar, directa o indirectamente, los daños.

El artículo 231º habla de Sanciones en reemplazo de medidas socio educativas, así el adolescente que cometiere un hecho tipificado como delito o falta, de acuerdo a la legislación penal, solo puede ser sometido a las siguientes sanciones:

a) Socioeducativas:

- 1. Amonestación;
- 2. Libertad asistida;
- 3. Prestación de servicios a la comunidad;
- 4. Reparación directa a la víctima;

b) Limitativas de Derechos:

- 1. Fijar un lugar de residencia determinado o cambiar de lugar de residencia al actual;
- 2. No frecuentar determinadas personas;
- 3. No frecuentar bares, discotecas o determinados centros de diversión, espectáculos u otros lugares señalados por el Juez;
- 4. No ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa;
- 5. Matricularse en una institución educativa (pública o privada) o en otra cuyo objeto sea la generación de un oficio o profesión, de acuerdo a las condiciones y

requisitos que se establezcan en el Reglamento, en congruencia con lo establecido en la Ley General de Educación;

6. Desempeñar una actividad laboral o formativa laboral; siempre que sea posible su ejecución y se encuentre dentro de los marcos legales;
7. No consumir o ingerir bebidas alcohólicas o drogas;
8. Internar al adolescente en un centro de salud, público o privado, para un tratamiento des adictivo;

c) Privativas de libertad:

1. Internación domiciliaria;
2. Libertad restringida;
3. Internación.

Las sanciones pueden suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. Asimismo, el Juez puede reducir su duración u ordenar su aplicación simultánea, sucesiva o alternativa. En ningún caso se aplica la prestación de trabajos forzados.

Los padres, tutores, apoderados o quienes ejerzan la custodia de los adolescentes a quienes se les imponga las sanciones previstas en el presente artículo, son responsables solidarios por los daños y perjuicios ocasionados.

Corresponde mencionar lo previsto en el artículo 231º referido a la Amonestación. La Amonestación consiste en la llamada de atención que hace el Juez, oralmente, al adolescente, exhortándolo a cumplir con las normas de convivencia social.

La amonestación puede alcanzar a los padres, tutores o responsables del (la) adolescente, cuando corresponda. En tales casos, el Juez extiende la llamada de atención oralmente, comprometiéndolos a que ejerzan mayor control sobre la conducta del (la) adolescente y advirtiéndoles de las consecuencias jurídicas de reiterarse la infracción.

La amonestación debe ser clara y directa, de manera que el adolescente y los responsables de su conducta comprendan la ilicitud de los hechos cometidos. Procede tratándose de faltas, cuando el hecho punible revista mínima gravedad.

Citando también al artículo 231º -B.- referente a la Libertad asistida, consiste en otorgar la libertad al adolescente, obligándose éste a cumplir programas educativos y recibir orientación, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento del (la) adolescente. Esta medida se aplica por un plazo mínimo de seis y máximo de doce meses, siempre que el hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sea sancionado en el Código Penal o leyes especiales, con pena privativa de libertad no mayor de dos años y no haya sido cometido mediante violencia o amenaza, ni puesto en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas.

Esta medida se ejecuta en entidades públicas o privadas que desarrollen programas educativos o de orientación para adolescentes. La Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial, o la que haga sus veces, se encarga de la supervisión de los programas educativos o de orientación y de administrar el registro de las entidades que brindan dichos servicios a nivel nacional.

Las entidades donde se ejecuta la sanción deben informar al Juez sobre la evolución del (la) adolescente infractor cada tres meses o cuando se le requiera. La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la medida.

Además, el artículo 231º-C.- alude a la Prestación de servicios a la comunidad, que consiste en la realización de tareas gratuitas, de interés social, en entidades asistenciales, de salud, educación que desarrollen programas educativos o de orientación u otras instituciones similares, ya sean públicas o privadas.

Esta sanción se aplica siempre que el hecho punible esté tipificado como delito doloso y sancionado en el Código Penal o leyes especiales, con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del (la) adolescente, debiendo cumplirse en jornadas de seis horas

semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, sin perjudicar su salud, su asistencia regular a un centro educativo o de trabajo.

La prestación de servicios a la comunidad tiene una duración no menor de ocho ni mayor de treinta y seis jornadas.

El adolescente puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días hábiles semanales, computándose la jornada correspondiente. Para tal efecto, el juez toma en consideración las circunstancias particulares del (la) adolescente. Las unidades receptoras deben informar al juez sobre la evolución del (la) adolescente infractor cada dos meses o cuando se le requiera.

El artículo 231º -D.- resalta la Reparación directa a la víctima, ésta consiste en la prestación directa de un servicio por parte del (la) adolescente en favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño causado con la infracción. Esta sanción se aplica, siempre que el hecho punible esté tipificado como delito doloso y sancionado en el Código Penal o leyes especiales, con pena privativa de libertad no mayor de tres años, requiere el acuerdo de la víctima con el adolescente, que deberá ser aprobado por el Juez.

Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del (la) adolescente, prohibiéndose todo tipo de trato inhumano o degradante hacia su persona, debiendo cumplirse entre los días sábados, domingos o feriados, sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, durante el periodo que el Juez determine, atendiendo a la magnitud del daño ocasionado y, en todo caso, sin exceder las treinta y seis jornadas.

Cuando fuera posible, el acuerdo de la víctima y del (la) adolescente, la reparación del daño podrá realizarse a través de la restitución de un bien de similar naturaleza o valor; o por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho.

La imposición de esta sanción excluye el pago de la reparación civil, salvo acuerdo contrario entre las partes. El Juez evaluará la mejor forma posible para el cumplimiento de la sanción.

Algo novedoso que se incorpora el artículo 232º.- Mandatos y Prohibiciones, los cuales consisten en reglas de conducta impuestas por el Juez con el objeto de regular el desarrollo social del (la) adolescente, así como promover su formación. Tienen una duración máxima de dos años. Si se incumple cualquiera de estas obligaciones, el Juez puede, de oficio o a petición de las partes, modificar la sanción impuesta. Esta sanción puede imponerse de forma autónoma o accesoria de otra sanción, cuando por la forma y circunstancias de la comisión del hecho punible y en atención a las condiciones personales del (la) adolescente sea necesario hacer seguimiento de sus actividades para ayudarlo a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Otra novedad es la prevista en el artículo 233º.- Internación domiciliaria, es la sanción privativa de libertad del (la) adolescente en su domicilio habitual, donde se encuentre su familia, cuya duración no es mayor de un año, siempre que el hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sea sancionado en el Código Penal o leyes especiales, con pena privativa de libertad no menor de tres o no mayor de cuatro años, según el tipo penal. De no poder cumplirse en su domicilio habitual, por razones de inconveniencia o imposibilidad, se practica en el domicilio de cualquier familiar que coadyuve a que se cumplan los fines de la sanción.

Cuando no se cuente con ningún familiar, puede ordenarse la internación en una entidad privada, que se ocupe de cuidar al adolescente, para cuyo efecto dicha Entidad deberá manifestar su aceptación. La persona responsable de cuidar al adolescente será de comprobada responsabilidad y solvencia moral y coadyuvará a que se cumplan los fines de la sanción. Esta internación no debe afectar la salud del (la) adolescente, ni su trabajo ni su asistencia a un centro educativo, cuando corresponda. Para tal efecto, el Juez podrá establecer parámetros de desplazamiento, periodo de tiempo y horarios, teniendo como referencia el domicilio señalado. El adolescente deberá participar obligatoriamente de programas de intervención diferenciados, de enfoque formativo - educativo, que orientan y controlan sus actividades.

El artículo 234º.- trata sobre la Libertad Restringida, es una sanción privativa de libertad en medio libre, a través de la asistencia y participación diaria y obligatoria del (la) adolescente a programas de intervención diferenciados, sin discriminación de género, de enfoque formativo - educativo, que orientan y controlan sus actividades, cuya duración es no menor de seis meses ni mayor de un año. Se aplica, cuando el hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sea sancionado en el Código Penal o en leyes especiales, con pena privativa de libertad no menor de cuatro años, o cuando no obstante tener una pena privativa de libertad no menor de seis años, no se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas.

La libertad restringida se ejecuta en los Servicios de Orientación al Adolescente o la que haga sus veces, o en instituciones públicas o privadas con fines asistenciales o sociales. La Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial o la que haga sus veces, deben informar sobre la evaluación, seguimiento y resultados de los programas de intervención diferenciados cada tres meses.

El artículo 235º.- explica la Internación, la cual es una sanción privativa de libertad de carácter excepcional y se aplica como último recurso. Antes la internación era máximo hasta 6 años; hoy a los adolescentes infractores comprendidos entre 16 a 18 años de edad corresponde mínimo 6 años y máximo 10 años, si se refieren a los delitos tipificados en el Código Penal, como: homicidio calificado (art. 108), homicidio calificado por la condición oficial de agente (art. 108-A), feminicidio (art. 108-B), sicariato (art. 108-C), La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato (art. 108-D), lesiones graves (art.121), instigación o participación en el pandillaje pernicioso (art. 148-A), Secuestro (art. 152), violación sexual (art. 170), violación de persona en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171), violación de persona en incapacidad de resistencia (art. 172), violación sexual de menor de edad (art.173), robo agravado - último párrafo (art.189), extorsión (art. 200), promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (art. 296), formas agravadas (art. 297) y en el Decreto Ley N° 25475 (delitos de terrorismo).

A los adolescentes infractores de 14 a 16 años se les aplicará la internación mínima de 4 años y a 8 años como máximo. El Juez de Familia tiene la facultad de variar las medidas aplicadas, contando con los informes técnicos del equipo multidisciplinario. Esta resolución puede ser impugnada.

De otro lado, la Prescripción (art. 222º) numera que: Los delitos del Código Penal, indicados en los artículos: 106º, 107º, 108º, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121º, 121º-A, 121º-B, 152º, 153º, 153º-A, 170º, 171º, 172º, 173º, 173º-A, 174º, 175º, 176º, 176º-A, 177º, 188º, 189º, 200º, 296º, 296º-A, 296º-B, 297º, 298º, 319º, 320º, 321º, prescriben a los 5 años.

En los otros a los tres años y cuando se trate de faltas a los diez meses.

Del mismo modo, se derogan los artículos del 193º al 199º que se refieren al Pandillaje Pernicioso. En definitiva, modifica el artículo 148º-A del Código Penal.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PERÚ

3.1. EXORDIO

La historia de la justicia penal juvenil en nuestro país surge como un proceso de aceptación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual inserta el concepto de la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño y adolescente, precisando que el 14 de agosto de 1990 Perú ratificó la Convención y se comprometió cumplirla.

La promulgación del Código de los Niños y Adolescentes (24 de diciembre de 1992 - D. L. 26102), significó un cambio de paradigma en el tratamiento legal frente a los adolescentes, por la superación en el plano legal de la llamada doctrina de la situación irregular, por la adopción de la doctrina de protección integral. Así, dos son los aspectos fundamentales en este cambio de perspectiva: primero que los niños y adolescentes no son objeto de compasión y represión sino sujetos de derechos en proceso de desarrollo; y segundo, en el ámbito penal se establece una normatividad exclusiva para el adolescente infractor diferenciándolo del menor de edad en estado de abandono.

El Sistema de Justicia Penal Juvenil en el Perú es regulado desde el Código de los Niños y Adolescentes, en cuyo contenido apreciamos principios normativos y mecanismos procesales en un proceso único para el juzgamiento de los adolescentes, que van a legitimar de manera directa los actos decisorios de los administradores de Justicia. Además, el Código nombra un sistema de fuentes internacionales y nacionales para su interpretación, así como la aplicación supletoria de los Códigos sustantivos y procesales vigentes.

Es importante comprender que la Administración de Justicia Juvenil contiene una estructura que se fundamenta básicamente en principios garantistas procesales

que nacen de la dogmática jurídica, la compatibilidad con la Constitución del Perú y su aplicación tiene como objetivo la protección de los derechos fundamentales⁷² del Interés Superior del niño. Para ello, es necesario comprender que un pilar fundamental del sistema penal juvenil es la consolidación de la Doctrina de Protección Integral en cuanto a la custodia y tratamiento integral de los derechos del niño y los adolescentes.

Entender que el sistema deja de ser Punitivo-Preventivo para ser Garantista de Protección Integral; pues con esta corriente doctrinaria han nacido principios que hoy los juzgadores aplican sobre la vida de los adolescentes.

3.2. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Esta doctrina surge como motivo de la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; este documento reconoce la Doctrina de Protección Integral del niño y dentro de la misma establece principios rectores como de la “No discriminación, el Interés Superior del Niño, la supervivencia y el desarrollo y la participación”⁷³, así como el reconocimiento de principios sustanciales y procesales básicos al adolescente que ha infringido la ley penal.

Esta doctrina reconoce al niño y adolescente como sujeto de derechos, puesto que los niños tienen los derechos propios de los seres humanos, pero además son

⁷² TEJEIRO, Enrique Carlos: Del Control Social de la Infancia, Revista de Derecho; Universidad del Norte, Colombia, 2004.

⁷³ FREITES, BARROS, Luisa Mercedes: La Convención Internacional de Derechos del Niño, Revista Educeres, Artículos Arbitrados, Venezuela, Setiembre de 2008.

beneficiarios de una protección especial en su calidad de grupo vulnerable⁷⁴, por tanto, debe tenerse en cuenta dos elementos importantes.

El primero es la inmadurez inherente a la infancia y el segundo, la dependencia hacia otros. Por eso, la definición de niño tiende a entenderse no solo como lo dice la Convención a todo ser humano menor de dieciocho años, sino también al hecho que la niñez es una construcción social⁷⁵. Es en ese contexto, de la condición de niño que se determinan garantías procesales en la administración de justicia a niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, también se establecen principios jurídicos básicos como son: los principios de legalidad, humanidad, derecho a la defensa, juez natural, doble instancia, entre otros que permiten diseñar el tratamiento de acuerdo a los estándares internacionales.

La protección de los derechos del niño es una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; como tal, ha sido plasmada en diferentes instrumentos internacionales, los cuales reconocen que todos los niños, en su calidad de seres humanos, tienen todos los derechos, libertades y garantías que se encuentran consagrados en los mismos, sin discriminación de ninguna clase. Asimismo, establecen la obligación de brindar una protección específica a favor de la infancia al señalar que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado⁷⁶.

La protección de los derechos del niño comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y

⁷⁴ AGUILAR, CAVALLO Gonzalo: El Principio del Interés Superior del Niño y La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca –Chile, 2008.

⁷⁵ TRINIDAD, Núñez, Pilar: ¿Qué es un niño? Una visión del Derecho Internacional Público, Revista Española de Educación Comparada- España 2003.

⁷⁶ Exp. N.º3247-2008-PHC/TC 14 de agosto del 2008. Fundamento 4.

ciudadanos ⁷⁷ . De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección “el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia”⁷⁸.

La concepción del niño y del adolescente como persona sujeta de derechos es un postulado enunciado por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño de 1959⁷⁹, posteriormente fue consolidada en la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁰. Este tratado ha llevado a un proceso de cambio estructural en el sistema de protección de la infancia y la adolescencia, cuyas disposiciones han sido implementadas de manera progresiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluyendo Perú.

El principal aporte de la Convención es que supera las concepciones paterno-autoritarias existentes hasta ese entonces, lo que ha supuesto un cambio de paradigma que implica el fin de la doctrina de la situación irregular y la adopción de la doctrina de protección integral⁸¹.

⁷⁷ Ídem fundamento 5.

⁷⁸ TEJEIRO LÓPEZ, Carlos. Teoría general de niñez y adolescencia. Bogotá: Universidad de Los Andes y

UNICEF, 3ra edición, 1998, p. 67, citado en EXP. N° 03247-2008-PHC/TC Cuzco. 14.08.2008. Fund. 5.

⁷⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.

⁸⁰ Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990.

⁸¹ EXP. N° 03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto del 2008. Fundamento 6.

Que la doctrina de la situación irregular tenía como principales ejes⁸²:

- a) Un conservadurismo jurídico-corporativo: Esta práctica partía de la premisa de que las leyes en materia de infancia eran insuficientes o tenían lagunas, lo que determinaba que la autoridad competente actuase, no sobre la base de la ley o los principios generales del derecho, sino como un buen padre de familia.
- b) Un decisionismo administrativista: Bajo la situación irregular, el funcionario público gozaba de un amplio margen de discrecionalidad, tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo, que en la práctica se reflejaba en un ejercicio arbitrario del poder.
- c) El basismo de la atención directa: Consistía en una práctica que traspasaba la esfera pública, la cual consideraba que los programas de asistencia y políticas públicas en materia de infancia no requerían leyes sino mecanismos asistenciales, considerando al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos y garantías.
- d) Que frente a esta situación la doctrina de protección integral se asienta en el interés superior del niño (artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño), cuyo fin y forma de interpretación es "(...) la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos no es posible seguir sosteniendo

⁸² Ver: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia: De la situación irregular a la protección integral. Bogotá: Universidad de Los Andes y UNICEF, 3ra edición, 1998, pp. 23-25 citado en Fundamento 7 de STC N° 3247-2008.

una noción vaga del interés superior del niño”⁸³.

- e) Que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la protección integral del niño, mediante una lectura prospectiva del artículo 4 de la Constitución. Así ha referido que “la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4º, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁸⁴.

De esta forma, a decir del Tribunal Constitucional⁸⁵ los elementos principales de una doctrina de protección integral son:

- a) La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección. Estos derechos incluyen todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú.
- b) La obligación de la sociedad y del Estado en la adopción e implementación de políticas públicas, de carácter prioritario, en materia de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, trabajo,

⁸³ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores): Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998, p. 78

⁸⁴ Tribunal Constitucional. Exp. N.º 6165-2005-HC/TC. Sentencia del 6 de diciembre de 2005, fundamento 12. Citado en Fund. 7 de STC 3247-2008-PHC fundamento 7.

⁸⁵ STC. N.º 3247-2008-PHC/TC. Fundamento 10.

producción y consumo hacia el niño y adolescente. De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes especiales sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros.

- c) Un sistema de protección basado en la Constitución y la ley, y a través del cual no es el niño o el adolescente los que se encuentran en una situación irregular, sino que son las instituciones, públicas o privadas, las que se encuentran en tal condición por no poder satisfacer las necesidades de aquellos.
- d) El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de dieciocho años (de acuerdo con el Art. 1 de la Convención) que entren en colisión con la ley penal.
- e) Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo “el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia”⁸⁶.
- f) En casos excepcionales, se permite una privación de la libertad, pero bajo un régimen especial de acuerdo con la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

⁸⁶

Ver: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Ob. Cit., p. 28.

3.3. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Un mecanismo de responsabilidad penal juvenil se basa en que el adolescente no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones hacia la sociedad. Sin embargo, este sistema debe obedecer a determinados parámetros respetuosos del interés superior del niño y de los principios rectores de derechos humanos. Estos incluyen, entre otros⁸⁷:

El principio de igualdad y no discriminación ⁸⁸ : Este principio determina que todos los niños que entren en colisión con la ley penal deben ser tratados de forma igualitaria e independiente de su condición racial, sexual, cultural o social. En esta misma línea, el sistema de administración de justicia debe desarrollar acciones para proteger a determinados grupos vulnerables, tales como los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia.

El respeto a la opinión del niño: El niño tiene derecho a participar y a emitir su opinión en todos los asuntos que le correspondan o tengan algún efecto sobre su vida. En instancias judiciales, las autoridades deben asegurar que la participación del niño no genere represalias y sea lo menos traumática posible⁸⁹.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: Este principio implica que el Estado debe formular políticas de prevención de delincuencia juvenil,

⁸⁷ Ver: Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Observación General N° 10- Los derechos del niño en la justicia de menores. Ginebra, 44º período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, numerales 6, 11, 12 y 13.

⁸⁸ Ver: Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Observación General N° 10 numeral 6.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, c) tercer párrafo, página 24. “El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio (...)”.

así como proveer medios para asegurar el pleno desarrollo del niño en la sociedad. En el plano de administración de justicia, se prohíbe, de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, la prisión perpetua o la pena de muerte. Asimismo, la privación de la libertad debe ser por el menor tiempo posible.

La dignidad del niño: El principio-derecho dignidad del niño, en materia de justicia juvenil, está compuesta por los siguientes elementos: (i) un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) el respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.

*El respeto al debido proceso*⁹⁰: En este caso se reitera que tanto los procesos judiciales como administrativos deben estar sujetos a los derechos y garantías del debido proceso consagrados en los tratados, prestando especial atención, entre otros, a: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso.

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras

⁹⁰ Ver: *Ibíd.*, numerales 40 a 67

materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”⁹¹.

El Tribunal no ignora la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Sin embargo, se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logre socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y con su comunidad.

La aplicación de la justicia juvenil debe verse como el último elemento de una política integral en materia de infancia y adolescencia. La ratificación de tratados internacionales y la adopción de leyes especiales, como el Código de los Niños y Adolescentes, es un importante paso que el Tribunal no puede desconocer, pero esto es aún insuficiente. Si el Estado, con el apoyo de la sociedad civil y del sector privado a través de programas de Responsabilidad Social Empresarial, no ejecuta planes y destina recursos en materia de salud, educación, alimentación, vivienda e infraestructura, los índices de criminalidad juvenil y la inequidad en nuestro país tenderán a aumentar⁹².

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad que el sistema de justicia penal juvenil esté compuesto por “órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, opinión resolutive N°10.

⁹² EXP. N° 03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto de 2008. Fundamento 12.

a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”⁹³.

Que una ley de responsabilidad penal juvenil es jurídicamente compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando dicho sistema tenga una naturaleza garantista. Se basa en el respeto del imperio de la ley, cuya aplicación y eficacia ha de recaer en instituciones especialmente diseñadas para este fin.

Que según un estudio de la ONU elaborado por el experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños⁹⁴, ocho millones de niños viven en centros de acogida y, hacia 1999, aproximadamente un millón de ellos se encontraban privados de libertad. La mayoría están acusados de delitos menores o leves y es la primera vez que los cometen. Muchos de ellos son detenidos por absentismo escolar, vagabundeo o por ser personas sin techo. En algunos países, la mayoría de los niños detenidos no han sido condenados por cometer un delito, sino que se encuentran a la espera de juicio.

En el caso de los niños que se encuentran privados de la libertad, el mayor problema que se registra es la desatención hacia sus necesidades, por las deficientes condiciones de los centros de reclusión que ponen en peligro la salud y la vida de los niños. Esto incluye la ausencia de programas educativos, de tiempo libre y de reinserción.

Adicionalmente, otro problema característico de estos centros es la exposición a la violencia de otros niños, especialmente cuando las condiciones y la supervisión del personal son deficientes y los niños mayores y más agresivos no están separados de los niños más pequeños o más vulnerables.

⁹³Ver: Opinión Consultiva OC-17/2002 numerales 40 a 67

⁹⁴ Ver: Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/61/299 del 29 de agosto de 2006.

El experto de la ONU reafirma en sus recomendaciones hacia los Estados que en torno al sistema de administración de justicia⁹⁵:

- a) Se prioricen programas para reducir los índices de institucionalización de niños fomentando que se preserve la unidad familiar, promoviendo alternativas basadas en la comunidad y garantizando que la atención institucionalizada se utilice sólo como último recurso.
- b) Se reduzcan las cifras de niños que entran en el sistema de justicia dejando de tipificar como delitos los denominados “delitos en razón de la condición” de niño. Dichas detenciones deberían limitarse a aquellos delincuentes infantiles considerados un peligro real para los demás, y deberían invertirse recursos para su reintegración en la comunidad.
- c) Se evalúe periódicamente los ingresos de niños en instituciones, examinando los motivos por los que estos fueron internados en centros penitenciarios o de acogida, a fin de devolverlos a sus familias o ponerlos en manos de cuidadores en la comunidad.
- d) Se establezcan mecanismos eficaces e independientes de denuncia, investigación y aplicación de la ley en los sistemas de justicia y de atención al niño para tratar casos de violencia.
- e) Se asegure que los niños ingresados en instituciones conozcan sus derechos y puedan acceder a los mecanismos establecidos para protegerlos.

⁹⁵ EXP. N° 03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto de 2008. Fundamento 15.

Que el artículo 37° de la Convención sobre los Derechos del Niño determina el marco general de un sistema de responsabilidad penal juvenil al establecer que la privación de la libertad del niño es posible como una medida de último recurso, pero en establecimientos especiales separados del régimen para los adultos y por el menor tiempo posible, tomando en cuenta sus necesidades especiales.

Esta norma establece que los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.*
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*

Que, de forma complementaria a la Convención, otros instrumentos internacionales han sido adoptados sobre la materia y deberán ser objeto de aplicación por parte de las autoridades nacionales:

- a. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo objetivo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad;
- b. Las reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing);
- c. Las Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD); y
- d. Las Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Que algunos de los principios que se encuentran en estos instrumentos y que resultan aplicables a los centros de internamiento son:

- a) El medio físico y los locales para menores deben permitir la rehabilitación de los niños, tomando en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.
- b) Estos centros deben otorgar a los niños programas de educación y de formación de acuerdo con sus necesidades. Asimismo, deberá propiciar atención médica permanente y un programa nutricional de acuerdo con el proceso de desarrollo del niño.
- c) Los programas de reinserción deben contar con la participación de la familia y su comunidad.
- d) El uso de la fuerza sobre el niño solamente puede ser en casos excepcionales y de extrema gravedad. Así, “el uso de coerción o de la

fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo”.

e) Los niños deben tener la posibilidad de presentar peticiones o quejas ante cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional y a ser informados sobre el resultado de ellos.

f) Los centros deben contar con inspectores calificados e independientes para realizar, de forma espontánea y sin previo aviso, visitas de inspección. Las entrevistas que los inspectores realicen deberán mantenerse en reserva.

En nuestro país, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) implementan sus derechos y libertades, regula el Sistema Nacional de Adopción y las funciones de las instituciones familiares y establece el sistema de justicia especializada. En el ámbito penal, el Código establece un procedimiento especial en su Capítulo III, determinando que, en el caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas (artículo IV).

Que el Código reconoce principios especiales para asegurar el respeto a los derechos del adolescente, incluyendo la excepcionalidad de las medidas de privación de libertad e internamiento, la adopción de medidas socio-educativas; y el respeto a los derechos de defensa, garantías procesales, así como la confidencialidad y reserva del proceso.

3.4. PRINCIPIOS GARANTISTAS EN EL PROCESAMIENTO AL ADOLESCENTE INFRACTOR

La administración de justicia penal juvenil debe ser entendida como una justicia garantista de protección integral. Es decir, la conducta infractora del adolescente debe verse como un acto no delictuoso pues no establece una

persecución del Estado contra un delincuente, sino que el Estado debe establecer la responsabilidad del adolescente por la infracción y el tratamiento educativo para la corrección de la infracción. En efecto, la discusión de imputabilidad e inimputabilidad en los adolescentes es necesaria para aplicar la administración de justicia; también es cierto que dichos actos antisociales deben ser corregidos por la justicia, en razón que el adolescente debe hacerse responsable⁹⁶ de sus actos. Así, nace el sistema de responsabilidad juvenil, que se dirige a la reintegración del niño y adolescente a la sociedad.

Es importante mencionar que el Código de los Niños y Adolescentes define claramente al actor infractor y denomina el acto como responsabilidad determinada de un hecho punible. Es en ese sistema de responsabilidad penal juvenil que se establece un mecanismo garantista en el juzgamiento y en el tratamiento.

También conviene expresar que el derecho de la infancia descansa en tres instrumentos normativos básicos para una mejor protección de derechos al infractor de la Ley Penal como lo son: a) La Convención de Derechos del Niño, b) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores c) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes privados de Libertad y d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención, que reconocen la necesidad de que toda medida relativa a los niños considere el interés superior de los mismos.

Es por ello que consideramos necesario indicar los diversos principios garantistas que se mencionan en la Convención de derechos del Niño y el propio Código de los Niños Adolescentes, en relación a la Administración de justicia para el Adolescente en conflicto con la ley penal; mencionando los siguientes:

⁹⁶ CHUNGA, Lamonja, Fermín: Los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y su protección en los derechos humanos. Editorial Grijley- Lima, Perú 2012. Pág. 298.

- a) Principios de Humanidad (basado en la responsabilidad del Estado y la asistencia en el proceso de resocialización o rehabilitación).
- b) Principio de Legalidad (Prohibición de la existencia de un delito y pena sin preexistencia de ley).
- c) Principio de Protección de Reserva de identidad (Conveniencia a proteger la identidad para evitar la estigmatización).
- d) Principio del debido procedimiento (Presupone el tipo de procedimiento que debe estar fijado por la ley y no sujeto a la libre discrecionalidad del órgano jurisdiccional).

Estos principios refuerzan la visión preventivo-garantista que hace que al adolescente se le reconozcan garantías sustantivas y procesales en concordancia con la Constitución. De otra parte, bajo los principios contenidos en el cuerpo legislativo, se establece también en el derecho interno la aplicación supletoria de diversas fuentes, con la finalidad de proteger las garantías de la administración de justicia. Para ello consideramos necesario apuntar que, bajo la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, se establece un sinnúmero de herramientas recomendables para la búsqueda de una mejor medida socioeducativa a imponerse, con lo cual se integra una visión garantista en la administración de justicia penal juvenil, en cuanto a todo lo que le pudiera favorecer en el proceso único del adolescente infractor regulado en el CNA. Es necesario indicar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece un interesante punto de vista en cuanto a los tradicionales objetivos de la justicia penal (la represión o castigo), para que estos mismos sean sustituidos por una justicia especial para este sector importante de personas, la cual debe estar enfocada a la restauración del daño, a la rehabilitación y a la reinserción social del niño⁹⁷.

⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10 - Los derechos del niño en la justicia de menores - 2007. Citado por Guisse Pinedo Johan en Compilación de Jurisprudencia en Justicia Penal Juvenil. Editorial Litho&Arte SAC. Lima, Perú. pág. 11.

3.5. LA REMISIÓN

La Remisión es un procedimiento especial dentro del Código de los Niños y Adolescentes con una perspectiva preventiva especial dentro de la corriente de justicia penal restaurativa. Tiende a darse dentro del sistema de justicia penal juvenil y la Remisión del proceso consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos del proceso, de acuerdo a lo previsto en el artículo 223 del citado código. La aceptación de la Remisión no implica el reconocimiento de la infracción que se le atribuye ni genera antecedentes; se le aplicará la medida socioeducativa correspondiente, excepto la internación.

Al concederse la Remisión deberá tenerse presente que la infracción no revista gravedad, así como los antecedentes del adolescente y su medio familiar.

Esto debe enmarcarse dentro del tratamiento integral para que se note cuando existe una colisión entre la ley y el adolescente es porque existe una falla primaria cuya responsabilidad es de la familia, de la sociedad y del Estado. La Corte Interamericana ha indicado “(...) si los ‘niños de la calle’ están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato del Estado tiene que intervenir frente a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de edad, debe de realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad⁹⁸”.

Prevenir, evitar la reincidencia está vinculado con la educación, con el aspecto pedagógico que se debe brindar al niño y adolescente, para lo cual no es

⁹⁸Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” - Villagrán Morales Vs Guatemala. Fondo Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párr.185

necesario recurrir a la vía judicial, sino previo a ello, a nivel fiscal, en un modelo de mínima intervención penal, habiendo previsto el legislador la remisión fiscal.

La remisión a nivel fiscal significa alejar al adolescente frente a la posibilidad de someterse a un proceso judicial, a fin de evitar los efectos negativos que acarrearán un proceso judicial, procurando que el adolescente reciba orientación especializada dirigida a que internalice su conducta y la corrija, asumiendo su responsabilidad esencialmente mediante la reparación.

La Remisión cumple un rol preventivo, pues no solo forma parte de una política que concibe que la intervención estatal tiene que ser progresiva, sino también busca disminuir las causas y reducir las ocasiones de comisión de nuevas conductas ilícitas (reincidencia).

Entendiendo que el Proceso Penal, debe ser de última ratio (último recurso) en primer término se debe recurrir a la despenalización de conductas que no revistan gravedad, remitiéndolos para su tratamiento a las instituciones de la comunidad en lugar de la “estigmatización”.

3.6. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN EL PROCESO ÚNICO DE ADOLESCENTES INFRACTORES

El Código de Niños y Adolescentes establece claramente que la potestad jurisdiccional del Estado la ejercen los jueces de familia competentes en materia de Infracciones contra la ley penal y serán, en Primera instancia, los Juzgados de Familia especializados o los Juzgados Mixtos y los Juzgados de Paz Letrados en los casos que sean determinados por ley. En Segunda instancia, las Salas de Familia o las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia revisan los procesos resueltos en primera instancia, en las contiendas de competencia, en quejas de

derechos por negación de recursos de apelación; terminando con las instancias pertinentes. Se cumple así con el principio constitucional de la doble instancia.

Es necesario señalar que, en los procesos a favor de los adolescentes infractores, se puede recurrir vía Casación a la Corte Suprema de Justicia, quien, con la potestad inherente a su instancia, examinará la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo.

La presentación de este recurso no solo opera para proteger la libertad individual, así como los derechos conexos a ella, sino también que funcionará especialmente cuando se trata del proceso y la tutela procesal en los casos únicos de los adolescentes infractores.

3.7. EL SUJETO ACTIVO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL PERUANO

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 30º

CÓDIGO CIVIL

- Artículo 42º
- Artículo 43º, inciso 1
- Artículo 44º, inciso 1

CÓDIGO PENAL

- Artículo 20º, inciso 2

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Título Preliminar, Artículo I
- Artículo 183º, Artículo 184º, Artículo 193º, Artículo 194º, Artículo 242º

DECRETO LEGISLATIVO Nº 895

- Artículo 2º, inciso c, 1

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 1º, inciso 2
- Artículo 4º, inciso 5

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 1º
- Artículo 40º, inciso 3, a y b

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 2.2. Inciso a
- Regla 4.1

En nuestro país, siguiendo el criterio más uniforme de la legislación comparada, se ha optado por establecer un solo parámetro etario para adquirir tanto la capacidad civil, política y penal.

Así, de acuerdo al artículo 42º del Código Civil, la capacidad plena para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere a los 18 años. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 30º de la Constitución Política del Perú, la ciudadanía se adquiere a la edad antes mencionada. En materia penal, el inciso 2º del artículo 20º del Código Penal establece que sólo es sujeto de responsabilidad el mayor de 18 años. Esta última disposición, guarda concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 1º dispone que el límite entre la minoría y la mayoría de edad son los 18 años. En consecuencia, desde el punto de vista normativo, será inimputable la persona que no supere dicho parámetro cronológico en la fecha de la comisión del ilícito penal.

Además, el Código Penal en su artículo 22º reconoce como imputables restringidos a las personas que se encuentren entre los 18 a 21 años, en cuyo caso el juez podrá reducir prudencialmente la pena.

| Ahora bien, en el caso específico de los menores de edad, el Código de los Niños y Adolescentes en concordancia con la Convención, ha optado por establecer dos grupos etarios en su artículo I del Título Preliminar:

- Los niños; que comprende desde su concepción hasta los 12 años, siendo absolutamente irresponsables por la infracción de una norma penal y quienes serán pasibles de medidas de protección establecidas en los artículos 184º y 242º del Código de los Niños y Adolescentes.
- Los adolescentes, que comprende a las personas entre los 14 hasta antes de cumplir los 18 años de edad, quienes están sujetos a una responsabilidad penal juvenil y son pasibles de medidas socioeducativas señaladas en el Código luego de un proceso judicial. En consecuencia, el sujeto activo del sistema penal juvenil en nuestro país, será el adolescente infractor de la ley penal, comprendido en este grupo etario.

Es importante resaltar, que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, contiene una presunción iuris tantum, cuando no se tiene certeza sobre la minoría o mayoría de edad de la persona que infringe la ley penal. En mérito a tal presunción, si existiera duda sobre la mayoría de edad de la persona infractora, se le considerará niño o adolescente, en tanto no se demuestre lo contrario⁹⁹.

Para efectos penales, es importante determinar el momento de la perpetración del hecho, pues una persona mayor de 18 años podría continuar siendo sujeto del derecho penal juvenil en determinados casos. En efecto, no

⁹⁹No obstante, esta presunción, de manera irregular en muchos juzgados penales se sigue abriendo investigación a personas cuya edad no está definida por ausencia de un documento de identidad oficial, aplicándose el artículo 74 Minoría de edad. 1. Cuando en el curso de una Investigación Preparatoria se establezca la minoría de edad del imputado, el Fiscal o cualquiera de las partes solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria corte la secuela del proceso y ponga al adolescente a disposición del Fiscal de Familia. Evidentemente, el juzgador debería optar por la norma especial atendiendo al deber de protección del adolescente, establecido en el artículo 4º de la Constitución Política del Estado.

será relevante la edad que tiene la persona al momento de iniciarse el proceso o de emitirse la sentencia, sino exclusivamente la edad que tenía al momento que infringió la norma.

De otro lado, los artículos 183º y 229º y siguientes del Código, establecen que son pasibles de medidas socioeducativas sólo los adolescentes infractores. Ello reitera la idea de la existencia de un sistema de responsabilidad especial para estos supuestos.

Como ya anotamos anteriormente, las bases de este sistema garantista punitivo, fueron seriamente afectadas por el Decreto Legislativo Nº 895, al sustraer del ámbito del Derecho Penal Juvenil a los adolescentes entre los 16 y 18 años de edad vinculados al delito de Terrorismo Especial.¹⁰⁰ Por las razones antes expuestas, asumimos que esta norma ya no es aplicable a partir de la vigencia del nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

3.8. LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS, PROCESALES Y DE EJECUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

3.8.1. Garantías Sustantivas

1.1 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

LEGISLACIÓN NACIONAL

CÓDIGO PENAL

• Título Preliminar, Artículo VII

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

¹⁰⁰ Como se ha señalado, anteriormente el Decreto Ley Nº 25564 del 20 de junio de 1992 modificó el inciso 2º del artículo 20º del Código Penal y redujo la edad de imputabilidad penal de los 18 años a los 15 para los casos de delito de terrorismo y traición a la patria. Posteriormente esta norma fue derogada por la Ley Nº 26447 de fecha 21 de abril de 1995, regresando la imputabilidad a los 18 años.

- Título Preliminar, Artículo VII

- Artículo 215º, Artículo 236º

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 9º

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 40º, inciso 2, literal b, i.

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 2.2, inciso c

Según Mir Puig¹⁰¹, el término culpabilidad, tiene tanto connotaciones morales como jurídicas. En el derecho penal puede ser entendido de manera amplia oponiéndose a la noción de inocencia, y de manera más estricta como uno de los niveles de la teoría general del delito. Desde el Principio de Culpabilidad, se pueden establecer diversos límites al poder punitivo del Estado que se expresan en:

a. Principio de personalidad de las penas, Que prohíbe sancionar a una persona por los hechos cometidos por otra.

b. Principio de responsabilidad por el hecho, Que postula un derecho penal de acto, debiendo sancionarse al autor de un hecho por la conducta que realiza y no por sus características personales. En tal sentido, la culpabilidad rechaza el llamado Derecho Penal de Autor¹⁰².

¹⁰¹ MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996. Pág. 95 y ss.

¹⁰² Zaffaroni señala que no existe un criterio unitario sobre lo que se entiende con dicho término, pero es claro que, en su manifestación extrema, es una corrupción del derecho penal, en tanto no prohíbe el acto en sí mismo, sino por ser una manifestación de una "forma de ser" del autor, un síntoma de la personalidad, que sería lo realmente delictivo, prohibido y reprochable. Por ello, «Dentro de esta concepción no se condena tanto el hurto como el "ser ladrón", no se condena tanto el homicidio como el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual, etc.». Ver ZAFARONNI, Raúl Eugenio: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas. Lima, 1990. Pág. 72.

La tendencia de la legislación penal de nuestro país, ha sido asumir el Principio de Culpabilidad a partir del Código Penal de 1991, que eliminó figuras basadas en el derecho penal de autor como la reincidencia que estuvo presente en el Código Penal de 1924. Así, el artículo VII del Título Preliminar establece que para la imposición de la pena se requiere de la responsabilidad penal del autor, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. Ello guarda concordancia con instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9º).

El Código de los Niños y Adolescentes, no contiene una disposición expresa sobre el Principio de Culpabilidad, careciendo de una disposición similar o análoga al principio contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, salvo el inciso c) del artículo 215º, que se refiere al grado de responsabilidad del adolescente como uno de los elementos que el juez deberá tener en cuenta al momento de expedir sentencia, pero que no está relacionado específicamente con la medición de la medida socioeducativa. En todo caso, el principio rige por aplicación supletoria del Código Penal, tal como lo indica el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Sin embargo, podemos afirmar que, en la legislación para adolescentes, existen algunos elementos del derecho penal de autor que nos produce preocupación. Así, para imponer una medida socioeducativa, se aplica frecuentemente este criterio al tomar en cuenta elementos indicativos del adolescente o características relacionadas con su personalidad. Por ejemplo, los incisos b) y c) del artículo 236º del Código de los Niños y Adolescentes disponen que, para imponer la medida de internación, se debe considerar la reiteración en la comisión de otras infracciones graves o el incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socioeducativa impuesta anteriormente.

Es evidente, que el Código autoriza al juez valorar la personalidad del adolescente (condición económica, familiar, etc.), retrotrayendo una de las características más criticadas de la Doctrina de la Situación Irregular (tratar similarmente a los adolescentes infractores y a los que tienen dificultades personales), pese a que uno de los lineamientos de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, es precisamente eliminar tales consideraciones, tanto a nivel normativo como de la práctica judicial.

Esta disposición, resulta grave por cuanto está referida a criterios para determinar la medida socioeducativa más extrema como es la internación, único supuesto de privación de la libertad.

- Principio de Dolo o Culpa, Requiere que la persona haya deseado realizar la conducta (dolo) o al menos haya existido una inadecuada selección de los medios para realizar una determinada acción (imprudencia, negligencia o impericia). Desde este principio se prohíbe la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por el resultado.
- Principio de Imputación Personal, Es necesario que el hecho pueda ser atribuido a su autor, por ello se prohíbe la responsabilidad penal de quienes no tengan condiciones psíquicas que le permitan motivarse por la norma penal.

3.8.2. Principio de Legalidad

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 2º, inciso 24, literal d.

CÓDIGO PENAL

- Artículo II del Título Preliminar

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 183º, Artículo 189º, Artículo 191º, Artículo 193º, Artículo 194º, Artículo 217º, Artículo 222º, Artículo 229º, Artículo 235º, Artículo 236º.

DECRETO LEGISLATIVO Nº 895

- Artículo 1º, Artículo 2º, inciso a, numeral 6

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 7º, inciso 2, Artículo 9º

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 37º, b, Artículo 40º, inciso 2, literal a

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 2.2, inciso b; • Regla 17.1, incisos b y c; Regla 18.1; Regla 19.1

Este principio exige que los delitos, las penas y las medidas de seguridad pasibles de ser aplicadas a los adultos, así como las medidas para los adolescentes infractores, deban estar establecidas previamente mediante una ley formal y regular. Prohíbe el uso de la analogía y la costumbre como fuente de derecho para el caso del derecho penal. Su objetivo es la seguridad jurídica y limitar posibles arbitrariedades del poder penal estatal. A partir de este principio surge una serie de garantías¹⁰³:

¹⁰³Ver esquema seguido por RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho Penal Español. Parte General. Edición Décimo Séptima. Dykinson, Madrid, 1994. Pág. 173. Así como, MIR PUIG, Santiago: Op. cit. Pág. 76 y 77.

a. Garantía criminal, no hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*), lo que supone que:

i No existe delito sin que la ley señale (tipifique) la conducta prohibida

ii. No existen delitos naturales (*delicta iuris naturalis*). Por inmoral, perversa o aberrante que puede ser una conducta, ésta no es delito si no se encuentra tipificada.

iii. Los miembros de las agencias de control penal (policías, magistrados, etc.) no tienen facultades para considerar como delitos conductas distintas a los que determina la ley.

a. Tipo penal – Tipicidad, El respeto del Principio de Legalidad exige una clara tipicidad, esto es, la precisa descripción de la conducta prohibida. La determinación del tipo penal cumple dos finalidades: a) proteger bienes jurídicos; y, b) garantizar los derechos de los ciudadanos, impidiendo así arbitrariedades que puedan surgir durante la actuación policial o judicial. Además, en doctrina se le asigna las siguientes funciones:

- De garantía; solo una conducta típica que establece claramente el ámbito de prohibición es compatible con el derecho a la libertad personal. El conocimiento claro del límite entre lo permitido y lo prohibido es tanto una afirmación de la libertad del individuo como un límite al poder penal del Estado.
- De motivación; el tipo legal sólo puede cumplir su función de protección de los bienes jurídicos mediante la motivación para la no comisión de delitos o infracciones, en tanto los hechos prohibidos están debidamente determinados. “De otro modo, el ciudadano ignorará la finalidad de la norma y desconocerá, asimismo, qué es aquello que realmente se está protegiendo”¹⁰⁴

b. Garantía penal, no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*), de la que se deriva que:

- i. La ley debe determinar con claridad la clase de pena que debe imponerse por cada delito.
- ii. Las penas no deben ser indeterminadas en su duración
- iii. Los tribunales no pueden imponer penas distintas a las determinadas por la ley
- iv. Las circunstancias de la ejecución de la pena no pueden ser variadas

c. Garantía judicial, no hay pena sin juicio legal (*nulla poena sine legali iudicio*).

d. Garantía en la ejecución; la pena no puede ejecutarse de manera diversa a la que la señalada por la ley y reglamentos.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da. Edición. Aries Derecho. Barcelona, 1991. Pág. 2.

De otro lado, el Principio de Legalidad se afecta cuando el legislador recurre frecuentemente al uso de tipos penales abiertos, los cuales se limitan a describir la conducta prohibida de manera general, haciendo abuso del empleo de elementos normativos de carácter socio-cultural de contenido difuso. Ello permite que los operadores de las instituciones del sistema de control penal tengan una amplia discrecionalidad para determinar la existencia de una conducta delictiva.

- b. Legalidad de las sanciones, El Principio de Legalidad no sólo comprende el principio de tipicidad, es decir la descripción de las conductas prohibidas, sino también el de legalidad de las sanciones, que exige que las penas deben estar establecidas previamente por ley, debiendo cumplir con tres aspectos básicos:

- La naturaleza de la pena, Es decir, la determinación si se trata de una multa, privación de libertad, limitación de derechos, etc., que no debe quedar en manos del juzgador.
- La determinación legal de su extensión o monto, La existencia de parámetros demasiados amplios resulta incompatible con el Principio de Legalidad, pues se podría generar espacios donde se produzcan arbitrariedades. Así mismo los factores a tomarse en cuenta para determinar racionalmente la sanción aplicable deben estar establecidos en la ley y no quedar al criterio de los jueces.
- La forma de ejecución de la sanción, Las sanciones penales constituyen una privación o restricción de derechos constitucionales, los que sólo pueden ser limitados en virtud de una ley, pero además la misma ley debe establecer la forma en la cual se ha de cumplir la sanción, no debiendo quedar al libre arbitrio de la autoridad administrativa encargada

del cumplimiento dicha sanción¹⁰⁵.

El Principio de Legalidad de las sanciones se viola cuando la ejecución de las penas, en particular las penas privativas de libertad, no se encuentran regulada por una ley sino por un reglamento. Así el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que las condiciones de la privación de la libertad, entre las que figura la forma de ejecución de la pena privativa de libertad deba ser fijada por la ley. Así mismo, cuando no existe un debido control judicial de la forma en que las autoridades penitenciarias ejecutan las penas¹⁰⁶.

En el Perú, la Constitución Política del Estado (artículo 2º, inc. 24, literal d) y el Código Penal (artículo II del Título Preliminar) recogen el aspecto sustantivo de este principio, en concordancia con los instrumentos internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9º) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37º inciso b, y artículo 40º inciso 2).

El reconocimiento de este principio en el ámbito sustantivo por el sistema de justicia penal juvenil, es de suma importancia para los adolescentes que no han incurrido en infracciones penales, pues existen los llamados estados de abandono o peligro moral, en cuyo caso debe aplicarse una medida de protección y no una medida de internamiento, como ocurría con el anterior Código de Menores (artículo 107º). Por ello, la criminalización de situaciones de irregularidad (estado de

¹⁰⁵ La ejecución de la pena privativa de libertad, por su propia naturaleza, afecta en grado significativo otros derechos del penado; por lo que es necesario que sea regulada por ley. Este es un punto de suma importancia: el condenado a prisión es un ser humano que debe ser tratado conforme con su dignidad de persona, reconociéndosele el goce y ejercicio de todos sus derechos, en tanto resulte compatible con la naturaleza de la pena privativa de libertad; la privación de la libertad sólo limita la libertad de tránsito. Compatibilizar esto es tarea de la ley, y no por la autoridad administrativa que es la llamada sólo a ejecutar la pena.

¹⁰⁶ Según los Principios y Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, todo sistema penitenciario debe contar con un cuerpo legal que regule la ejecución de las penas y establezca una jurisdicción especializada de fiscalización y vigilancia de las autoridades penitenciarias, con el objeto de velar por el respeto de los derechos de las personas que cumplen penas privativas de libertad.

abandono o peligro moral) además de violar la garantía del tipo penal, incrementa la discrecionalidad del juzgador en la aplicación de las medidas y en la duración de las mismas.

En consecuencia, se necesita la existencia de una norma que tipifique expresamente las conductas de los adolescentes, consideradas como infracciones a la ley penal. El principio es recogido en el artículo 189º del Código de los Niños y Adolescentes que establece que no pueden ser procesados o sancionados por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieran calificados en la ley penal (Código Penal y leyes conexas) como delito, ni sancionados con una medida socioeducativa que no estén previstas en el Código.

Por su parte el artículo 183º del Código de los Niños y Adolescentes, indica que se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad haya sido señalada, como autor o partícipe, en un hecho punible tipificado como delito o falta por la ley penal. En dicho sentido, todas las conductas previstas en la ley penal para adultos son infracciones que pueden ser atribuidas a los adolescentes.

Sin embargo, se cuestiona si todas las figuras previstas en el Código Penal, justifican la intervención del sistema penal juvenil, y si toda infracción cometida por un adolescente debe sancionarse con igual severidad que a los adultos. Es obvio que no debe ser así, ya que el adolescente debe ser enjuiciado sólo en casos de infracciones graves, pues es necesario recordar que la Doctrina de la Protección Integral sólo concibe un sistema de responsabilidad penal juvenil basado en el concepto de un derecho penal de mínima intervención.

Por ello, deben hacerse uso de figuras que eviten la intervención penal en los casos de escasa relevancia social o cuando por las condiciones del adolescente sea innecesario o perjudicial para su desarrollo. De hecho, nuestra legislación en el

proceso de adolescentes infractores, incluye el mecanismo de la remisión del proceso, similar al principio de oportunidad para adultos¹⁰⁷.

Otro aspecto relevante, es el referido a las medidas que pueden ser aplicadas a los adolescentes infractores. En el derecho penal de adultos, respetando el Principio de Legalidad de las sanciones, cada delito tiene un mínimo y un máximo de pena, límites que el juez está obligado a respetar.

Lamentablemente, en el caso de los adolescentes, no se ha desarrollado adecuadamente dicha garantía, ya que el Código de los Niños y Adolescentes no ha previsto expresamente límites que garanticen que la medida socioeducativa a imponerse tenga la exacta proporción con el hecho atribuido, lo que implica una afectación al Principio de Legalidad.

El artículo 217º del Código de los Niños y Adolescentes establece que el juez puede aplicar al adolescente infractor las siguientes medidas:

- Amonestación
- Prestación de Servicios a la Comunidad
- Libertad Asistida
- Libertad Restringida
- Internación en establecimiento para tratamiento

Esta pluralidad de medidas, brinda al juzgador la posibilidad de optar por la que se adecue a la naturaleza de la infracción cometida por el adolescente y a su situación particular. La medida de internación, único supuesto de privación de libertad, debe ser aplicada como último recurso, tal como lo indican las reglas 18.1 y 19.1 de las Reglas de Mínimas para la Administración de Justicia de Menores.

¹⁰⁷Código Procesal Penal, Artículo 2º.

Sin embargo, el Código de los Niños y Adolescentes no contienen o describe los supuestos que determinen los casos en que el juzgador puede imponer una u otra medida. Así, en teoría, frente a una determinada infracción se podría optar desde una amonestación hasta la imposición de la medida de internación, lo que afecta el Principio de Legalidad. Si bien, es natural que los magistrados tengan capacidad discrecional en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es evidente que dicho espacio tiene como límite el Principio de Legalidad, que cumple una función protectora y limitadora del poder punitivo del Estado. El artículo 191º del Código sólo señala como criterio general que la medida debe basarse no sólo en la gravedad del hecho, sino en las circunstancias personales que lo rodean.

En rigor, el único caso donde se intenta suplir la falta de criterios para la aplicación de las medidas socioeducativas es en la medida de internación, pues el artículo 236º del Código de los Niños y Adolescentes establece que sólo puede aplicarse esta medida cuando:

- Se trate de un acto doloso infractor tipificado en el Código Penal con pena mayor a 4 años;
- Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves;
- Por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socioeducativa impuesta anteriormente.

Como se puede observar, salvo el primer supuesto, no se establece un criterio claro y objetivo que limite la discrecionalidad del juzgador para aplicar la medida, ya que en los otros dos supuestos se hace referencia a aspectos de derecho penal de autor, al utilizar la reiteración como supuesto para imponer la medida. Este hecho sitúa al adolescente en una posición de desventaja con relación al adulto, pues en el Código Penal de 1991 no existe una figura similar como criterio para imponer una

pena¹⁰⁸, salvo para el caso de terrorismo como lo señala la Ley N° 25475 en su artículo 9°.

Sin duda, este aspecto constituye un defecto de la legislación nacional, ya que no garantiza plenamente que la privación de libertad sea efectivamente el último recurso a optarse.

Un ejemplo a tener en cuenta para la determinación de la medida privativa de libertad, lo constituye la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente de Venezuela, que reserva la privación de la libertad para determinadas infracciones¹⁰⁹. Del mismo modo, el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia que limita la medida sólo a los casos de infracciones cometidas mediante grave amenaza o violencia contra la integridad de la persona.

Un aspecto relacionado al Principio de Legalidad, regulado por el nuevo Código, es el referido a los plazos de prescripción, tanto para la acción judicial como para la medida socioeducativa impuesta. Al respecto, el Código en su artículo 222° señala que:

- El caso de la acción judicial prescribe a los dos años de cometido el acto infractor. Cuando la conducta se encuentre tipificada como una falta en la ley penal el plazo es de 6 meses; y,
- La medida socioeducativa prescribe a los 2 años contados desde el día en que la sentencia quedó firme.

¹⁰⁸ Si bien las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (regla 17.1.c) indican la reincidencia como un criterio para la privación de la libertad, deben primar sobre las garantías propias del derecho penal que se fundamentan en la normatividad internacional de los derechos humanos. No hay que olvidar que el adolescente debe contar con idénticas garantías que el adulto y, de ser posible mayores, pero nunca menos.

¹⁰⁹ Homicidio y lesiones gravísimas (únicamente dolosas), violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas, robo o hurto de vehículos automotores.

El mismo artículo indica que cuando el adolescente se encuentre en calidad de contumaz o ausente, queda sujeto al ordenamiento procesal penal.

En el mismo sentido, en tanto el inciso c) del artículo 2º del Decreto Legislativo N° 895 se opone al Código, no debe aplicarse al adolescente que incurra en las hipótesis de delito de terrorismo especial. Siendo ello así, los adolescentes no deben ser juzgados con el procedimiento establecido para los adultos, sino por un juez de familia de acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes. De hecho, el Decreto Legislativo N° 895 afecta al Principio de Legalidad, al utilizar fórmulas amplias e imprecisas, como su artículo 1º que señala que incurren en este delito quienes hayan realizado “los delitos de robo, secuestro, y extorsión”, y quienes cometan “otro delito contra la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública...” utilizando armas de guerra, granadas o explosivos. Además, el artículo 2º literal a) numeral 6) de la citada norma, tipifica como Terrorismo Especial la acción de proporcionar información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados y cualquier otra, con la sola exigencia que conduzcan a la elaboración de los planes delictivos. Esta fórmula desconecta toda exigencia subjetiva del autor.

3.9. Principio de Humanidad

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

- Artículo 2º, inciso 24, literal d. Artículo 139º, inciso 21

CÓDIGO PENAL

- Artículo II

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- Artículo 194º, Artículo 195º, Artículo 196º, Artículo 235º

DECRETO LEGISLATIVO N° 895

- Artículo 2º, inciso c, 1, Artículo 8º, Artículo 9º

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

- Artículo 4.5, Artículo 5.2

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Artículo 37º, incisos a y c

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

- Regla 1.4, Regla 17.3

Mir Puig califica este principio como el que caracteriza en mayor medida el origen y evolución del contenido del sistema penal¹¹⁰, que tiene como objetivo su humanización y el respeto por la dignidad de la persona. En mérito a este principio, una persona no debe ser sometida a penas crueles, inhumanas y degradantes.

Siguiendo esta orientación, la doctrina ha desarrollado diversos mecanismos o planteamientos para sustituir las penas privativas de libertad menos institucionalizadas. También, ha promovido la despenalización de ciertas conductas y la fijación de límites máximos a la pena privativa de libertad¹¹¹.

El Principio de Humanidad se relaciona con el de proporcionalidad, en tanto debe existir relación entre la gravedad del hecho y la respuesta penal que se genera, teniéndose en cuenta la importancia relativa y comparativa de los bienes jurídicos afectados¹¹². Este principio fue recogido en la Convención Americana de Derechos

¹¹⁰ MIR PUIG, Santiago: Op. cit, pág. 94. Este autor nos recuerda que éste fue el punto central del programa de la Ilustración (concretamente, el de Beccaria) y se mantiene como una de las ideas centrales de toda reforma que sobre el sistema penal se ha venido planteando.

¹¹¹ Existe un debate sobre el caso de la cadena perpetua, pero regularmente esta es rechazada por ser una pena inhumana y atentar contra la resocialización del individuo. Mir Puig indica la pena de 15 años como un límite máximo razonable para la privación de libertad.

¹¹² En todo ordenamiento jurídico existe una jerarquía constitucional y legal de los bienes jurídicos, comenzado con el de la vida, el cual debe tener la mayor penalidad, mientras que el resto debería tener una pena

Humanos (artículo 5.2), así como en la generalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado peruano.

Por este motivo, al margen de la falta de criterios específicos para determinar la medida a aplicarse a un adolescente, nuestra legislación se encuentra dentro de los parámetros que dicta el Principio de Humanidad contemplado en el artículo 37º incisos a) y c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe las torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la pena de muerte y la prisión perpetua¹¹³.

En la legislación para adultos, regula las garantías de ejecución de la pena, se establece el tratamiento humanitario de los internos procesados y condenados, respetándose su calidad de persona y los derechos humanos que les son inherentes (artículo 139º inciso 21º de la Constitución Política del Estado).

Para el caso de los adolescentes infractores, nuestra legislación contiene diversas opciones de medidas socioeducativas, que van desde la amonestación hasta la internación. Esta inicial adecuación de nuestra legislación a los parámetros establecidos por la Convención, ha sido afectada por la tendencia hacia una sobre criminalización o incremento de la privación de libertad del adolescente.

Así, en el caso del delito de Terrorismo Especial previsto en el Decreto Legislativo N° 895, se estableció que los adolescentes entre 16 y 18 años pueden ser susceptibles de una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 35 años, afectando al Principio de Humanidad. A ello se agrega el hecho que la citada

gradualmente menor. Ver MERA, Jorge: “Adecuación del Derecho Penal Chileno a las exigencias de los Derechos Humanos”. En; Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos. Cecilia Medina y Jorge Mera editores. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico. Serie Publicaciones Especiales N° 6. Santiago de Chile, 1997. Pág. 394 y ss.

¹¹³ En el marco de la legislación antiterrorista, se llegó a condenar a cadena perpetua a adolescentes que se encontraban dentro de los 15 y 18 años de edad, rebajando para ello la capacidad penal a los 15 años en los casos de Terrorismo y Traición a la Patria, excluyéndolos del ámbito de la legislación común de adolescentes infractores.

norma dispone el internamiento del adolescente en un establecimiento penitenciario de adultos de máxima seguridad. Además, al igual que los internos adultos por este delito, estaban sujetos al régimen interno especial previsto en el Decreto Supremo N° 003-96-JUS, que dispone la permanencia del procesado o condenado durante 23 horas y media en su celda, treinta minutos de acceso al patio y una visita mensual de familiares directos a través de locutorio. Este régimen resulta excesivo no sólo por los reducidos espacios que brinda a la persona, sino por la siempre inadecuada condición de la infraestructura penitenciaria¹¹⁴. La norma además, prohíbe todo beneficio penitenciario a los procesados y sentenciados por este delito (artículo 8°).

Para los casos del Pandillaje Pernicioso, el Decreto Legislativo N° 899 modificó el Código de los Niños y Adolescentes de 1993 al extender el límite de la medida de internamiento de 3 a 6 años (artículo 195°). Esta modificación ha sido recogida por el nuevo Código, lo que no sólo implica un trato desigual respecto al resto de infracciones, sino una afectación al Principio de Humanidad, ya que desvirtúa la finalidad de la medida socioeducativa, asemejándola a una sanción penal para adultos por la duración de la medida.

3.10. GARANTÍAS PROCESALES

Las garantías procesales suponen una serie de derechos relacionados con el proceso al cual puede ser sometido una persona. En tanto la privación de libertad de los adolescentes es consecuencia de una investigación y juzgamiento judicial,

¹¹⁴ Es necesario reconocer que las autoridades del Instituto Nacional Penitenciario han flexibilizado este régimen. Así, al tener conocimiento la Defensoría del Pueblo del internamiento de adolescentes acusados por Terrorismo Especial en el Establecimiento Penal Régimen Cerrado Especial Miguel Castro Castro, se dirigió una comunicación a las autoridades penitenciarias a fin de que se evaluara la conveniencia de la permanencia en un establecimiento de máxima seguridad.

las garantías con que deben contar han de ser similares a las que rigen el proceso penal para adultos¹¹⁵.

Como indica Binder, la forma como se estructura el proceso en un ordenamiento penal brinda las pautas para entender la política criminal que asume un país, ya que la respuesta estatal frente al delito no sólo se manifiesta en la sanción, sino también, y a veces primordialmente, en la estructura del proceso¹¹⁶.

En el ordenamiento procesal para adolescentes infractores se evidencia una tendencia a incorporar los principios que rigen la Doctrina de la Protección Integral recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como la prohibición de la detención arbitraria o ilegal, acceso a la asistencia jurídica, celeridad procesal y acceso a la doble instancia. Sin embargo, las normas procesales para el adolescente infractor carecen de especificaciones concretas, cuyos vacíos son cubiertos con la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Penales o los artículos vigentes del Código Procesal Penal. Así establece el artículo 192º del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que en los procesos judiciales que se sigan a los adolescentes infractores se respetarán las garantías de la administración de justicia consagradas en la Constitución Política del Estado, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes vigentes de la materia (entre ellas, el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal) concordado con el art. VII del título preliminar de la ley N° 27337.

¹¹⁵ Existen diversas clasificaciones sobre estas garantías, según los autores que las realizan. En el presente documento se sigue lo establecido en el instrumento metodológico proporcionado por ILANUD. Para una revisión más detallada puede revisarse a nivel internacional a FAUNDEZ LEDESMA, Héctor: “El derecho a un juicio justo”. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 80. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991. Págs. 133-179. Y, MAIER, Julio B. J.: Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1996. A nivel nacional, SAN MARTIN CASTRO, César: Derecho Procesal Penal. Volumen I. Grijley, Lima, 1999.

¹¹⁶ BINDER, Alberto: “Menor infractor y proceso ¿penal? ... un modelo para armar”. En: La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, un derecho para la libertad

y la responsabilidad. Ministerio de Justicia de la República de El Salvador. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El Salvador, 1995. Pág. 83-97

La normatividad internacional reconoce el derecho del adolescente infractor a ser juzgado por una magistratura especializada que debe reunir las características esenciales de toda jurisdicción: juez natural (o competente), independiente e imparcial.

De otro lado, se deberá contar también con un conjunto de condiciones que le permita actuar como un tercero frente al caso concreto. Según Maier, para ello existen algunas previsiones: independencia de todo poder externo, imparcialidad y Principio del Juez Natural ¹¹⁷, que son consideradas por Faúndez ¹¹⁸ como condiciones previas relativas al tribunal, en tanto no tienen que ver directamente con el proceso, sino que son condiciones indispensables con las que debe contar todo tribunal, sin las cuales no es posible esperar decisiones justas.

La especial protección se explica por el derecho en juego durante el proceso penal: la libertad individual (cuando no la vida o la propiedad), en tanto toda limitación a este derecho debe realizarse mediante un proceso que responda a un supuesto expresamente señalado por la ley (Principio de Legalidad), que haya sido adecuadamente probado sin duda alguna (Presunción de Inocencia), por un ente imparcial y objetivo (independencia e imparcialidad del magistrado y Principio del Juez Natural) y que goce de todas las garantías procesales (Debido Proceso).

Independencia, Del Poder Judicial y de los magistrados, de cualquier poder externo que pueda influir en la consideración del proceso. Comprende dos aspectos:

- La independencia institucional o colectiva del Poder Judicial respecto a su relación con los demás órganos del Estado. Constituye una característica básica de todo Poder Judicial, que tiene su origen en la teoría de la división de poderes. Los

¹¹⁷MAIER, Julio B. J.: Op. cit. Pág. 739-742.

¹¹⁸FAUNDEZ LEDESMA, Héctor: Op. cit. Pág. 141 y ss.

tribunales en su labor jurisdiccional no deben estar supeditados a los designios de otros poderes del Estado¹¹⁹.

- La independencia personal del tribunal y su autonomía frente a la propia estructura judicial. La independencia más que un atributo consustancial de la organización del Poder Judicial, es un atributo de cada magistrado, tanto frente a poderes externos al Poder Judicial como frente a las demás instancias de éste¹²⁰.
- Imparcialidad, El magistrado que conoce el proceso y decide sobre el mismo no debe tener ideas anticipadas que lo prejuzguen, orientando su decisión.

El sentido de la garantía consiste en asegurar que la determinación de la responsabilidad penal y la posible sanción sean definidas por un ente objetivo. La protección del ciudadano no se asegura con garantías contra la interferencia externa, sino otorgándole la posibilidad que, ante una duda razonable sobre la parcialidad del magistrado, pueda solicitar su exclusión del caso y su reemplazo, invocando el temor o sospecha de parcialidad¹²¹.

Las formas de afectación a la imparcialidad están relacionadas con la existencia de vínculos de parentesco o similares entre el juez y una de las partes, razones de

¹¹⁹ Tribunales Internacionales (el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), así como las normas de Naciones Unidas (Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura), han desarrollado elementos a ser tomados en cuenta respecto a la independencia judicial: adecuados mecanismos de nombramiento, estabilidad o inamovilidad de los magistrados, vigencia de ingresos económicos adecuados, prohibición del Presidente de ejercer funciones judiciales, deber de los jueces de ceñirse a las leyes, independencia de los demás poderes, garantías frente a presiones externas, etc.

¹²⁰ Binder señala que la independencia personal es la base de la independencia judicial, siendo la independencia institucional un concepto secundario que existe en tanto sirve a la independencia personal. A diferencia de la organización vertical, propia del Poder Ejecutivo donde el presidente controla finalmente las decisiones, en el Poder Judicial debe existir una organización horizontal donde cada magistrado goce de independencia y autonomía en sus decisiones, respetando la Constitución y la ley, no existiendo obediencia jerárquica respecto a su labor judicial. BINDER, Alberto: Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993.

¹²¹ SAN MARTIN CASTRO, César: Op. cit. Pág. 58.

amistad o enemistad hacia una de ellas o cualquier otro supuesto. César San Martín menciona dos formas de apreciar la imparcialidad, la subjetiva (la convicción personal del juez en el caso concreto) y la objetiva (las garantías que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso)¹²².

Competencia, El juez que se haga cargo del proceso debe ser el señalado por la ley, evitándose la remisión a tribunales que no tengan competencia antes de la realización de los hechos que se han de juzgar. Maier¹²³ señala como una forma de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal, el evitar que sea creado o elegido por alguna autoridad luego de que el hecho a ser juzgado ya se haya realizado. Cualquier cambio en la competencia de los tribunales no debe afectar los procesos ya iniciados, en tanto sería una forma de burlar este principio.

Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40º inciso 2), literal b), parágrafo “v”, garantiza el sometimiento del adolescente a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

A ello se agrega la necesidad de una justicia especializada para el juzgamiento del adolescente, lo que responde a la necesidad de contar con un magistrado que tenga una preparación adecuada para el tipo de procesos que debe conocer. Al respecto, el inciso 1º del artículo 139º de la Constitución Política del Estado establece como principio de la administración de justicia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no pudiendo existir otra jurisdicción, salvo la militar y arbitral. En el inciso 2º primer párrafo se consagra la independencia judicial, mientras que en el inciso 3º segundo párrafo el del juez natural.

¹²² Una equivocación común es confundir la honestidad personal y capacidad profesional con el temor de imparcialidad señalado. El Tribunal Constitucional de España brinda una adecuada diferencia cuando señala en una sentencia sobre el temor de parcialidad; «No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los jueces que llevan a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una

¹²³ MAIER, Julio B. J.: Op. cit. Pág. 763.

Por lo tanto, resulta claro que los adolescentes acusados por la comisión de una infracción tienen derecho a ser juzgados por una instancia judicial que tenga las características esenciales señaladas.

El Código de los Niños y Adolescentes contempla la existencia de una justicia especializada a cargo de los Juzgados de Paz Letrados, Juzgados Especializados, las Salas de Familia y la Corte Suprema (artículo 133º). Dentro de las funciones del Juez de Familia está el juzgar a los adolescentes infractores, decidir la procedencia de la acusación, la aplicación de medidas provisionales y resolver la situación jurídica del adolescente aplicando una medida socio-educativa o absolviéndolo. Asimismo, tratándose de infracciones cometidas por niños y adolescentes menores de catorce años de edad la investigación estará a cargo del juzgado de familia. Sin embargo, el establecimiento de una administración de justicia especializada no sólo implica la creación de juzgados y salas especializadas, sino además contar con todo un procedimiento particular desde el inicio de la investigación hasta la ejecución de la medida.

Debe recordarse que antes del Código de los Niños y Adolescentes de 1993, no existía un sistema de administración de justicia especializada, ya que los denominados Juzgados de Menores no formaban parte de un sistema integrado y especializado, pues ello recién se produjo cuando se dispuso que la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima se convierta en Sala de Familia encargada de resolver exclusivamente los procesos de los niños y adolescentes.

3.11. GARANTÍAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

La ejecución de las medidas socioeducativas constituye un aspecto trascendente en el marco del Sistema Penal Juvenil. Sin embargo, como en el caso de los adultos, tiene limitado desarrollo legislativo y doctrinario. De manera general,

se puede afirmar que en la fase de la ejecución debe tenerse presente la vigencia de principios que garanticen su adecuación a los estándares fijados por los instrumentos internacionales¹²⁴.

Como se ha indicado, la responsabilidad penal del adolescente es diferente a la del adulto, por lo que las medidas aplicables no tienen la misma finalidad, aunque hay semejanzas. En el caso del adolescente, más que el fin represivo o retributivo, que no se encuentra ausente en el derecho penal de adultos, se incide en la finalidad de crear una conciencia de la responsabilidad de sus actos¹²⁵. Según el artículo 40º, inciso 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda intervención debe estar basada en el respeto a la dignidad del niño, evitándose toda forma de degradación o sometimiento, buscando fortalecer el respeto de sus derechos y libertades, teniendo como objetivo promover su integración. En el caso de los adolescentes infractores, resulta imperativo resaltar el considerable contenido educativo que debe tener la ejecución de las medidas socioeducativas.

Al respecto, el nuevo Código de los Niños y Adolescentes establece una variación terminológica respecto a la finalidad de las medidas socio-educativas. En el Código anterior se estableció, en concordancia con la Convención, que estas medidas tenían por objeto la educación del adolescente (artículo 240º). En tanto, el vigente Código señala que el Sistema de Justicia del Adolescente Infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo hacia su bienestar (artículo 191º), concepto que se reitera luego cuando se indica que las medidas socio-educativas tienen por objeto la rehabilitación del adolescente (artículo 229º).

¹²⁴ BACHS I ESTANY, José María: “El control judicial de la ejecución de las penas en nuestro entorno cultural”. En: Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Iñaki Rivera Beiras (coordinador). J. Bosh Editor S.A. Barcelona, 1992. Págs. 119-165.

¹²⁵ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos: Op. cit. Pág. 147.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS, ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

El trabajo de investigación se ha realizado del examen y análisis de los expedientes judiciales, y casos fiscales que se han registrado en los 4 Juzgados Especializados de Familia del Distrito Judicial de Lambayeque, y Distrito Fiscal de Lambayeque, correspondientes a los años 2015 hasta 2019, utilizando para la Contrastación el diseño gráfico de barra, el fichaje, técnica de gabinete documental, fichas bibliográficas y electrónicas; proporcionadas por la Oficina de Administración del Módulo Corporativo de Apoyo a los Juzgados Especializados de Familia, Departamento de Estadística del Poder Judicial del Distrito Judicial de Lambayeque y el sistema de información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF) del Distrito Fiscal de Lambayeque.

4.2. RESULTADOS, ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

En materia de estadística es importante determinar qué datos se estiman relevantes; precisar cuáles son los procedimientos para su recolección y, finalmente, cuáles son los fines u objetivos que se persigue al ejecutar un programa o acción estadística, en tanto ésta no es un fin en sí misma, sino una manera ordenada de obtener información cierta. En ese sentido, cabe señalar que la información que proporciona una muestra

estadística levantada sobre datos genéricos propiciaría una visión de conjunto acerca de lo que es la organización del Poder Judicial y Ministerio Público o acerca de cómo es la Administración de Justicia en líneas generales, ciertamente indispensables para la formulación de la política general. De tal forma que la estadística realizada sobre situaciones, hechos específicos (infracción a la ley penal de los menores), en cambio, es útil para conocer la magnitud de una situación problemática singular identificada, verificar los resultados de una acción realizada o facilitar la ejecución. Su recolección responde a las necesidades de información precisa en un proceso de investigación con objetivos establecidos.

En cuanto al procedimiento que se ha seguido en la recolección de datos pueden considerarse dos aspectos: a) el costo de la aplicación de recursos materiales y humanos con tal objeto, y b) las reglas y criterios establecidos para la recolección, es decir la determinación de la amplitud de la muestra, su frecuencia, calidad y contenido. Debe haber racionalidad en los costos y una relación de medio a fin entre los procedimientos y los resultados, siendo que para el cumplimiento de dichos fines. Se han seleccionados los datos relevantes en relación con el fin y se ha establecido los procedimientos de acuerdo a los lineamientos de política judicial en el largo, mediano y corto plazo. Es claro que los resultados estadísticos serán útiles en la medida en que sirvan para la formulación o ejecución de tales políticas que tiendan mejorar el sistema de la administración de justicia del país.

De la información proporcionada por el Departamento de Estadísticas, Oficina de Administración - Área de Informática de la Corte Superior de Chiclayo y del área de Informática del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Chiclayo, se tienen que durante los años 2015 al 2019, se

han tramitado la cantidad de 906 expedientes, cuya investigación penal versan sobre infracción a la ley penal cometidos por menores de edad, cuyas conductas antisociales están referidas a hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal contra el Estado, siendo que las infracciones de mayor incidencia son: contra la defensa nacional, infracción contra el patrimonio, infracción contra el patrimonio cultural, infracción contra la libertad sexual, infracción contra la salud pública, infracción contra la seguridad pública, infracción contra la vida el cuerpo y la salud, tenencia ilegal de arma y tráfico ilícito de drogas, cometido por menores de 18 años de edad, conforme se aprecia de los gráfico, que a continuación se presentan, lo que hace urgente adoptar medidas correctivas y políticas públicas de prevención a efecto de erradicar este fenómeno toda vez que la delincuencia juvenil es uno de los problemas criminológicos que crece cada día más, es una de las acciones socialmente negativas que pone en riesgo la seguridad pública de la sociedad, así mismo va contra las buenas costumbres ya establecidas por la sociedad.

En Gráfico se evidencia que las infracciones a la ley penal en los últimos 5 años, en los 4 Juzgados de Familia de Chiclayo han registrado un total 906 casos, siendo que en el año 2015, se han incrementado los casos, toda vez que hasta el mes de julio ya registran un alto índice de infracciones a la ley penal, lo cual preocupa por cuanto a este ritmo las infracciones a la ley penal superan largamente a los años anteriores, lo que demuestra que se tienen que adoptar medidas urgentes a efectos de erradicarlos.

GRÁFICO N°01

INFRACCIONES CON MAYOR INCIDENCIA EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS

TIPO PENAL	2015	2016	2017	2018	2019
INFRACCIÓN CONTRA EL PATRIMONIO	108	94	134	109	102
INFRACCIÓN CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	20	18	24	18	9
INFRACCIÓN CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD	33	36	38	31	9
TENENCIA ILEGAL DE ARMA	8	1	2	3	2
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	4	3	4	1	1
OTROS	22	20	18	21	15
TOTAL	195	172	220	183	138



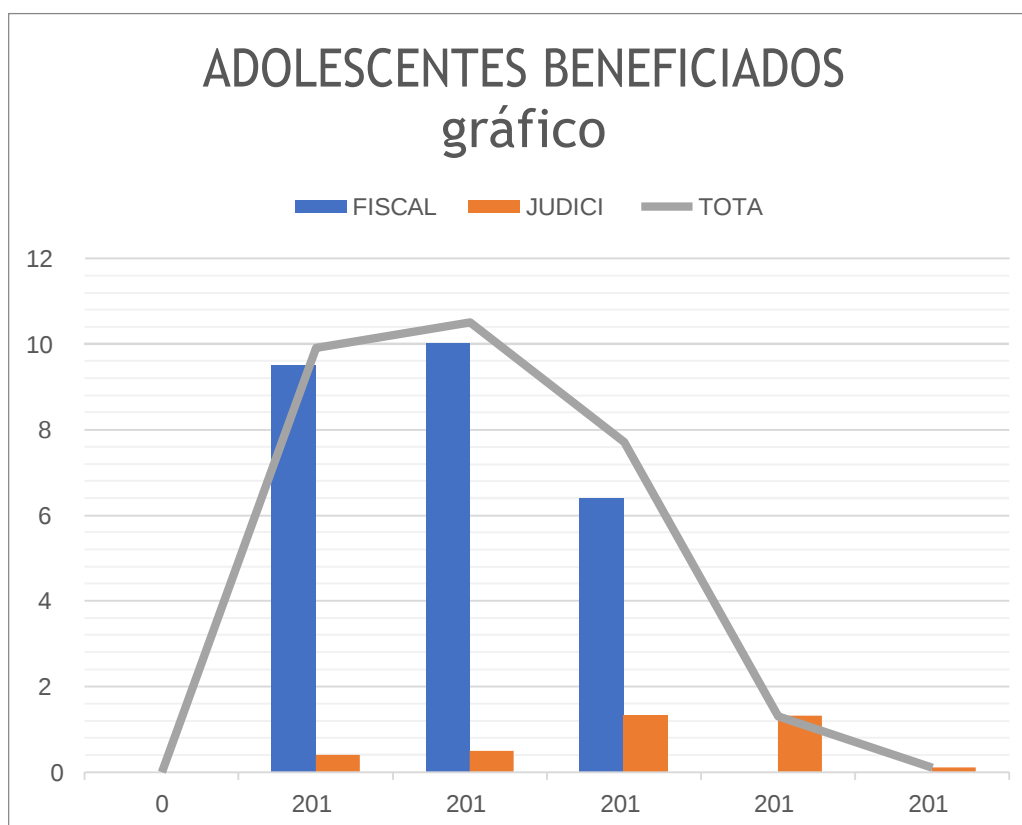
Fuente: Poder Judicial Corte Superior
de Justicia de Lambayeque

Del gráfico N° 02 se demuestra que en los últimos 5 años las infracciones con mayor incidencia son los delitos contra el patrimonio con un total de 557 casos, lo sigue las infracciones contra la vida el cuerpo y la salud en la cual se han registrado un total de 147 casos y la infracción contra la libertad sexual con total 89 casos, siendo con menor incidencia y casi nula en las infracciones de tenencia ilegal de arma, tráfico ilícito de drogas y contra el patrimonio cultural.

GRÁFICO N°02

ADOLESCENTES BENEFICIADOS CON REMISIÓN FISCAL Y JUDICIAL

NÚMERO DE REMISIONES	AÑOS				
	2015	2016	2017	2018	2019
FISCALES	95	100	64		
JUDICIAL	4	5	13	13	1
TOTAL	99	105	77	13	1



La justicia restaurativa tiene mayores ventajas y beneficios que la justicia tradicional, por lo siguiente:

- El adolescente que ha cometido la infracción tiene una mayor comprensión de los efectos perniciosos que ha causado su comportamiento; enfrenta las consecuencias y busca reparar el daño ocasionado; entiende los problemas que han condicionado el hecho y se compromete a seguir un plan o programa para revertirlos; finalmente, el esfuerzo realizado para reparar el daño le devuelve la confianza y se le brinda el apoyo necesario para reintegrarse en su comunidad.
- La persona que ha sufrido el daño, como consecuencia de una infracción cometida por un adolescente, no sólo es restaurada en su dignidad personal y reparada por el daño sufrido; además participa activamente en los procesos de solución. La restauración de la persona se da principalmente a través del reconocimiento del hecho y la expresión de una sincera disculpa por parte del adolescente responsable; y la reparación del daño se da a través de la restitución, el resarcimiento o la compensación por el daño sufrido.
- La comunidad, que también se ha sentido afectada por la infracción, restablece el sentido de confianza y seguridad a partir de que la persona que cometió la infracción se ha hecho responsable y ha reparado el daño tanto a la víctima como a la propia comunidad, y además porque ambas personas se han reintegrado en la comunidad. La comunidad participa tanto en los procesos de solución, como en el seguimiento y la reintegración.
- El sistema de justicia se fortalece porque confirma el respeto a las normas reguladoras de la convivencia social, se reducen los niveles de reincidencia de los adolescentes en conflicto con la ley, hay un alto grado de satisfacción en las personas que han sido afectadas por la infracción y hay una reducción significativa de la carga procesal, lo que mejora el funcionamiento del sistema. Todo ello permite cumplir con los estándares internacionales en materia de justicia juvenil.

La medida de protección busca evitar los efectos negativos a los niños que puede acarrearle un proceso judicial, ofrecer la oportunidad al niño y

adolescente menor de 14 años de cambiar su conducta, mediante un programa de orientación. Procurar el resarcimiento del daño producido a la víctima de la infracción a la Ley penal.

4.3. FUNDAMENTO DE LA MODIFICACIÓN DE LA NORMA.

Consciente del real problema la cual conlleva un sistema de responsabilidad penal juvenil es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando dicho sistema tenga una naturaleza garantista y sus disposiciones guarden conformidad con la doctrina de protección integral reconocido en el artículo 4º de la Constitución Política.

En ese sentido, el artículo 37º de la Convención sobre los Derechos del Niño ha precisado los parámetros mínimos que los Estados deberán respetar para el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil. En estas situaciones, la Convención establece de forma clara, expresa y manifiesta que la privación de la libertad debe ser la medida de último recurso. En lo que concierne al caso que nos ocupa, se debe resaltar los siguientes principios, que son de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano:

Ningún niño o niña será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Todo niño o niña privado de su libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño,

y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

|| Si bien se permite la privación de la libertad del niño y adolescente en colisión con la ley penal como una medida excepcional, la adecuada implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil debe contar un mecanismo garantista que tenga como eje la reintegración del niño y adolescente a la sociedad. Ninguna medida de internamiento podrá implicar la denegatoria en el acceso al estudio o al servicio básico de salud y nutrición del niño y adolescente y, mucho menos, el quiebre del vínculo familiar.

|| En nuestro país, el Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes regula el sistema de administración de justicia especializada en el niño y el adolescente, estableciendo un procedimiento especial determinando en el caso de infracción a la ley penal

Está demostrado que en el Código de los Niños y Adolescentes existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo es, ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes.

Que, en ese contexto debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar su rehabilitación buscando permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

La Fiscalía de Familia como ente rector de la problemática de los niños, niñas y adolescentes y estando a que en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 990, se precisa que la finalidad de su creación es para prevenir, investigar y combatir a la delincuencia, y en vez de aminorar (agrarar) la edad desde la cual deba aplicarse la medida socio educativa, por el contrario eleva el rango de edad para aplicar una medida de protección, se encontraría orientado a que sea el Ministerio Público el encargado de velar por dichos procesos.

Que, la excepción establecida en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes se encontraría en clara contradicción con los principios que establece la Constitución Política del Perú, esto es, a la igualdad y a la no discriminación en todo sentido, si es además dicho Ente el encargado de aplicar medidas de protección.

4.4. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación se elaboró considerando una hipótesis en el sentido que: Es deber del Estado la aplicación de programas de protección fiscal a los niños y adolescentes menores de catorce años de edad infractores a la ley penal que no revistan gravedad, conforme la doctrina de protección integral y a la luz del bloque de constitucionalidad, pues su inaplicación vulnera los derechos fundamentales dirigidos al logro de su bienestar integral del niño y además el Estado incurre en responsabilidad internacional.

Luego de haber realizado la investigación de carácter teórico y práctico estoy en las condiciones de hacer la contrastación de la hipótesis planteada al inicio de nuestra labor intelectual y así tenemos como resultado:

Respecto a:

A) Derecho Constitucional Peruano y el Bloque de Constitucionalidad.

Considerando: Cuando por la ratificación, se opera la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la super legalidad es generalmente entendida como la adquisición de valor constitucional de los principios y disposiciones correspondientes. La vía de integración de la normativa internacional y regional sobre los derechos humanos al bloque de constitucionalidad, a través del procedimiento ordinario de ratificación de los tratados es de vital importancia en la presente investigación.

1. Que, el Perú como parte de la Convención sobre Los Derechos del Niño ha reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, en promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

2. Reconociéndose que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. El Estado tiene el deber de prepararlo para una vida

independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

3. Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

4. Que, el Estado tiene el deber de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar 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 a la luz del bloque de constitucionalidad.

5. Que, la Justicia y los derechos de los menores en caso de ser sospechoso o declarado culpable de un delito, el Estado debe respetar sus derechos fundamentales. Su edad debe ser tomada en cuenta y todas las acciones deben realizarse de manera que puedan reinsertarte en la sociedad en buenas condiciones.

6. Que, de la investigación se ha determinado que por mandato constitucional y de los tratados internacionales del cual es parte el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración

se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

B) Referente a los Principios básicos para la Protección Integral en Derechos Humanos a Niños y Adolescentes:

Destacan cuatro principios básicos de la Protección integral, que a continuación se indican:

1.1.1. La Igualdad o No discriminación:

Que es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.

Este principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la propia Convención que lo trae como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños. Consecuentemente no debe haber distinción para negar o conceder derechos.

1.1.2. El Interés Superior del Niño:

Se trata de un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Es decir, constituye un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención.

1.1.3. La Efectividad y Prioridad Absoluta:

El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero, además y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños.

Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social,

puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.

1.1.4. La Participación Solidaria o Principio de Solidaridad:

El Principio de solidaridad, como se ve, debe interpretarse en conjunción con el de efectividad y prioridad absoluta, porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. De manera alguna quiere decir que esta orientación sea imposición, por cuanto siempre debe ser entendida como coadyuvante acción del ejercicio per se del niño.

Una respuesta inoportuna, inadecuada e inefectiva por parte del sistema de justicia es perjudicial para la situación del adolescente, su familia y la comunidad, en la medida que no interrumpe o evita futuras infracciones a la ley penal y la afectación de los derechos de otras personas. Algo de eso está ocurriendo con la respuesta que el Estado brinda a los adolescentes en conflicto con la ley penal; el sistema de protección no logra atender anticipadamente las condiciones personales y sociales que influyen en el comportamiento antisocial; y el sistema de justicia, a pesar de los esfuerzos que se realizan, no logran dar un tratamiento adecuado y efectivo, por lo que urgen cambios sustantivos en el tratamiento de la infracción adolescente.

Por otro lado, los limitados servicios para la aplicación de los programas de orientación y las medidas socioeducativas en medio abierto, condicionan las decisiones de los operadores de justicia (fiscales y jueces) hacia una mayor judicialización de los casos y un mayor uso de la medida de internación. Esto ha traído como consecuencia que el 68.4% de los adolescentes con medidas socioeducativas estén privados de su libertad, lo cual contradice las recomendaciones de las Naciones Unidas. Los Centros Juveniles, a pesar de los esfuerzos que se vienen realizando, se encuentran sobrepoblados y con limitados recursos humanos y económicos para una atención adecuada.

Además, es importante considerar el desamparo en que se encuentran tanto las personas afectadas por la infracción, con secuelas lamentables que afectan su calidad de vida, como la propia comunidad que incrementa su sensación de inseguridad y se ve obligada a restringir sus actividades con graves consecuencias sociales y económicas.

En el paradigma de protección integral y en los instrumentos que lo conforman encontramos claramente definidos los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes que nos permiten aproximarnos con claridad al proyecto social de Protección que propone y reconoce como obligación de todos los Estados que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Código de los Niños y Adolescentes existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada, a restablecer sus vínculos con su comunidad y a desarrollar nuevas habilidades para su vida; también lo

es, ello no sucede con los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Tratamiento que causa grave perjuicio al niño, adolescente infractor comprendido hasta los catorce años de edad, tratándose en forma desigual con los infractores mayores de catorce años quienes gozan de mayor beneficio que los menores de catorce años. Requiriéndose para ello su inmediata respuesta jurídica.

Es deber del Estado la aplicación de Programa de Protección Fiscal a los Niños y Adolescentes menores de catorce años que cometan infracción a la ley penal que no revista gravedad, para evitar revictimizar al niño(a), adolescente investigado, conforme la Doctrina de Protección Integral y a la luz del bloque de Constitucionalidad.

Por lo tanto, el Estado para procurar la máxima satisfacción de los derechos del niño— por mandato constitucional, previsto en los artículos 4, 51, 55 de la Constitución Política del Estado, bajo el Principio del Interés Superior del Niño, brindar un tratamiento especial cuando los menores de edad se encuentran inmersos en una investigación fiscal y judicial por presunta infracción a la ley penal, cuyo tratamiento Tutelar desigual (a los adolescentes de 14 a 18 años de edad se les aplica el beneficio de la Remisión; en tanto a los adultos se les concede el Principio de Oportunidad) siendo que dicha medida revictimiza a los investigados y consecuentemente transgrede derechos fundamentales afectándole su dignidad, la igualdad, la libertad y seguridad; por lo que el tratamiento debe aplicársele desde la doctrina de Protección Integral, a la luz de los instrumentos internacionales.

Que, en la presente investigación se ha llegado a contrastar con la hipótesis planteada, concluyendo que el tema investigado tiene repercusión jurídica y social, con trascendencia nacional e internacional,

debido a que el nivel de adecuación de nuestra legislación penal juvenil, específicamente en lo referente a las medidas de protección al Niño y Adolescente no es consonante con la Doctrina de la Protección Integral y el Interés Superior del Niño y los instrumentos internacionales que la sustentan, debido que las garantías sustantivas, procesales y de ejecución del sistema de justicia penal juvenil no están de acuerdo con los instrumentos internacionales. Trayendo como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales tales como la integridad moral psíquica, física, a su libre desarrollo y bienestar y otros del niño y adolescente que cometa infracción a la ley penal, a la víctima y la sociedad.

Para lograr la real y efectiva protección de un menor infractor a la ley penal; el Estado peruano debe regular y continuar de manera sostenida y progresiva adoptar las medidas de carácter legislativo, que permitan regular las leyes internas en cuerpos que respondan a los principios y normas de Derechos Humanos, y consagren los mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos. Toda vez que los Estados parte de la Convención están obligados a emplear y disponer de medidas judiciales que provoquen los cambios de la estructura y de los administradores de justicia, de manera que la práctica forense de los Tribunales de Niños se convierta por una parte en garantía de cumplimiento de los derechos humanos, especialmente a través de los dictámenes de protección, y por la otra, sirva de instrumento jurisdiccional contralor de las violaciones a los derechos de los niños, estableciéndose las situaciones de hecho en las que se violan estos derechos, y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables. Por lo que se puede afirmar que ha quedado comprobado la hipótesis de investigación planteada en el presente trabajo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A.- CONCLUSIONES

Habiendo colegido las ideas claves en el desarrollo del presente trabajo, es menester formular conclusiones sustanciales

1. La intervención de la justicia con los adolescentes en conflicto con la ley penal se sustenta en la necesidad de fortalecer y desarrollar en ellos el sentido de la responsabilidad, que los lleve a entender las consecuencias de sus actos y a reparar el daño, así como hacerse responsables de su propia vida, actual y futura, enfrentando los riesgos y amenazas con el apoyo de su familia y la comunidad.

2. Que, la Protección Integral constituye en la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades siendo su objeto final de la protección, como acción dirigida a un grupo social determinado a niños y adolescentes que entrañe las funciones y acciones intrínsecas de su prosecución socio-jurídica.

3. Que, los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional. Precisándose que actuar con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones.

4. Es deber del Estado la aplicación de Programa de Protección Fiscal a los Niños y Adolescentes menores de catorce años que cometan infracción a la ley penal que no revista gravedad, para evitar revictimizar al niño (a), adolescente investigado, conforme la Doctrina de Protección Integral y a la luz del bloque de Constitucionalidad.

5. En el Código de los Niños y Adolescentes existen deficiencias legislativas que están conllevando que los menores de catorce años, sean marginados de un tratamiento especial “tutelar” disfrazado, afectándole sus derechos fundamentales y que si bien con la institución de la remisión fiscal, la cual permite a los casos de menor gravedad, el adolescente mayor de catorce años sea derivado a un programa de orientación socioeducativa de su propia comunidad; que lo ayude a reparar el daño a la persona afectada.

6. Que, los niños y adolescentes menores de catorce años que han infringido la ley penal, tienen un trato desigual respecto a los mayores de catorce años y menores de 18 años, quienes gozan de mayor beneficio que los menores de catorce años. por cuanto el Fiscal de Familia o Mixto no puede aplicar la Remisión, conllevando a ello a la judicialización de los investigados, conforme lo prevé el artículo 184, 206 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Requiriéndose para ello su inmediata respuesta jurídica.

7. Que, el Estado a través de las autoridades deben brindar las medidas apropiadas y deseables para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, siendo que, la adopción de las medidas para tratar a estos niños, sean sin recurrir a procedimientos judiciales, en

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

8. La experiencia de la remisión, que consiste en apartar al adolescente del proceso judicial cuando el caso no reviste gravedad y hay disposición en el adolescente y su familia a seguir un programa de orientación, ha demostrado que es un instrumento adecuado, útil y efectivo en los procesos de cambio del adolescente, además que favorece la desjudicialización y disminución de la carga judicial, haciendo que el sistema sea más eficiente y económico.

B.- RECOMENDACIONES

1. La autora de la presente tesis propone se respete y garantice 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, con participación de sus padres, responsables de su cuidado.
2. Debemos tener un enfoque de políticas públicas basado en la justicia restaurativa, cuyo propósito de estos lineamientos de política es proponer el enfoque de la justicia restaurativa como marco orientador de las políticas públicas en justicia juvenil. La justicia restaurativa propone y desarrolla respuestas integrales y sistémicas a la infracción y el delito, enfocándose en la reparación del daño, en lugar del castigo, con la participación activa de las personas y las instituciones afectadas e involucradas como los infractores, las víctimas, sus respectivas familias, representantes de la comunidad,

operadores de justicia o profesionales sociales, entre otros. Desde esa perspectiva, parte de una visión que asume una responsabilidad compartida entre los miembros de una comunidad para encontrar soluciones a los problemas generados por el delito y la infracción procurando la reparación emocional, material y/o simbólica del daño, el restablecimiento de las relaciones quebrantadas y la reintegración efectiva del infractor y de la víctima.

3. Se debe precisar que la Protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.
4. Debemos fortalecer roles, funciones y responsabilidades de las entidades que conforman el sistema de administración de justicia de adolescentes, estos lineamientos también pretenden identificar, clarificar y proponer roles, funciones y responsabilidades específicas para que cada una de las instituciones que conforman el sistema de justicia juvenil (la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y el Poder Judicial) puedan optimizar su desempeño.
5. Por último, la Protección Integral propone un cambio cultural al que estamos obligados todos por igual. En ese sentido, debemos asumir la responsabilidad de iniciar una transformación en nosotros mismos, respecto a todos los mitos peligrosistas y los tratamientos compasivos o represivos

hacia la Infancia, entendiendo que los niños, niñas y adolescentes son seres en permanente evolución, son ciudadanos que de acuerdo a la dialéctica de la sociedad y a la evolución de sus condiciones, van participando progresivamente en la misma sociedad que durante muchos años les ha relegado.

BIBLIOGRAFÍA

Academia de la Magistratura, “XIV Curso Internacional de Especialización Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”. Educación a distancia y presencial - Material de Lectura. Lima, Perú. 2011.

Academia de la Magistratura, Educación Semi presencial - Material de Lectura: “Derecho de la Infancia”, Parte 1, Lima – Perú. 2012.

Academia de la Magistratura, Educación a Distancia - Material de Lectura: “Familia, Niños, Adolescentes y Constitución” Lima, Perú. 2012.

Academia de la Magistratura, Educación a Distancia - Material de Lectura: “Curso Fundamentos de la Justicia Restaurativa”. Lima, Perú. 2013.

AGUILAR, CAVALLO Gonzalo: “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. 2008.

ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”. En: Teoría de los derechos fundamentales. Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

ALVAREZ, Atilio. “La Remisión, del Pacto de San José de Costa Rica a la C.D.N”. en Revista Justicia Para Creer N°2. Lima- Perú. Abril - junio, 2006.

ÁLVAREZ, M.; CORZO, L.; LOUIS, E.; PARRA, S. y QUINTERO, J.: “*Pescadores de ilusiones. Niños y jóvenes infractores de la ley penal*”. Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, 2007.

ÁLVAREZ, M.; CORZO, L.; MENDOZA, V.; PARRA, S. y RODRÍGUEZ, M.: “*Semillas de cristal. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, alcances y diagnóstico*”. Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, 2008.

ÁLVAREZ OLAZÁBAL, Elvira María. “Aproximándonos al vigésimo aniversario de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En Primer Concurso Nacional de ensayos jurídicos. Amag. Lima- Perú. 2009.

BAÑOL BETANCUR, Alejandro. "Justicia Restaurativa, una dinámica social" Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, Medellín, 2006.

BARONA VILAR, Silvia "Mediación penal, fundamento, fines y régimen jurídico" Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

BELOFF, Mary. "Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular", en Mary Beloff. Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano, Editores del Puerto, 2005.

BELOFF MARY. "Luces y Sombras de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos Del Niño". En Justicia y Derechos del Niño. N° 9 UNICEF. 2007.

BERNALES Enrique, EGUIGUREN PRAELI, Francisco. RUBIO CORREA, Marcial. PUCP Fondo editorial. "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional". Lima Perú. 2010.

BERRÍOS, GONZALO: "*El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes*", en Revista de Estudios de la Justicia N° 6, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2005.

BIOCCA Stella M. "Interés Superior del niño". En Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel. Lección IX. "La responsabilidad penal de los menores". GARCIA Martín, Luis (coordinador) Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

BURGOS MATA, Álvaro. "Manual de Derecho Penal Juvenil Costarricense". Tomo I. San Joaquín de Flores: Departamento de Artes Gráficas, 2009.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental. Edición corregida y aumentada. Editorial Heliasta. Argentina, 2013.

CARRANZA E. y MAXERA R., "Los sistemas de justicia penal juvenil en América Latina. Análisis comparado", en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2005.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. “El adolescente infractor a la ley penal” editorial Grijley, Lima, 2007.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. “Los Derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Editorial Grijley. Lima- Perú, 2012.

CILLERO BRUÑOL, Miguel: “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”. En Justicia y derechos del niño N°3, UNICEF, Buenos Aires, 2001.

CILLERO BRUÑOL Miguel. “El Interés Superior del Niño. En el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En Justicia y Derechos del Niño. N° 9. Chile. 2009.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. UNICEF & AMAG. Lima. 2011.

COLOMER HERNANDEZ Ignacio; FERNANDEZ FUSTES María Dolores, GONZALEZ PILLADO Esther. “Mediación con Menores Infractores en España y los Países de su entorno”. Tirant lo Blanch, 2012.

COQUILLAT VICENTE, Ángela. “Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”. Valencia 5° edición. Tirant lo Blanch, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002.

COSTELLO Bob, WACHTEL Joshua, WACHTEL Ted. Círculos Restaurativos en los centros escolares. Cecosami S.A. Ate, Lima, 2011.

COSTELLO, Bob, WACHTEL Joshua y WACHTEL Ted. Manual de Prácticas Restaurativas, Cecosami S.A. Ate, Lima, 2011.

COUSO SALAS, Jaime. “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído”, en Revista de Derechos del Niño, N° 4, UNICEF- Universidad Diego Portales, 2006.

COUSO SALAS, Jaime. “Principio educativo y (re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil”. En Justicia y Derechos del Niño. Unicef. Santiago, 2006.

D'ANTONIO Daniel Hugo. "El menor ante el delito". Editorial Astrea y Depalma. Buenos Aires. 2009.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 123 "La Situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal privados de libertad" Lima, Perú, 2007.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 153: "Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención". Lima, Perú. 2011.

Defensoría del Pueblo. INFORME DEFENSORIAL N° 157: "Sistema Penal Juvenil" Perú, Lima. 2017.

DÍAZ AGUADO, M.J. "El acoso escolar y la prevención de la violencia desde la familia". Comunidad. Madrid. 2006.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel y LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. "El proceso Penal de Menores". En: "Derecho Penal Juvenil", editorial Dykinson, Madrid. 2007.

DE LA FUENTE, V. Domingo "Justicia Restaurativa y mediación penal". Revista de Derecho Penal LEX NOVA, 2008.

DÜNKEL, Frieder. "El futuro de la justicia juvenil – perspectivas europeas". En Justicia y Derechos del Niño N°10. Unicef. Bogotá- Colombia. 2008.

FLORIANA ESCOBAR, Ronald. "El menor transgresor de la ley penal y su alternativa en mediación". Ediciones Usta. Bogotá. Colombia. 2012.

FREITES, BARROS, Luisa Mercedes: "La Convención Internacional de Derechos del Niño". Revista Educeres, Artículos Arbitrados, Venezuela, Setiembre de 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Tolerancia, dignidad y democracia". Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2006.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina", en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Emilio García Méndez, E. y M. Beloff (comps.), Tercera edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, D.C. – Colombia, 2004.

GARRIDO ÁLVAREZ, Ricardo: “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. XIV Curso Internacional de Especialización en Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño. UNICEF & AMAG. 2011.

GUISSE PINEDO Johan. Compilación de Jurisprudencia en Justicia Penal Juvenil. Con el apoyo técnico de Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Editora Litho& Arte SAC. 2013.

GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés. “Responsabilidad Penal del adolescente”. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2012.

HÄBERLE, Peter. “La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional”. Lima: pucp Fondo Editorial - Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 2001.

HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Lima: unam – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

HERNÁNDEZ ALARCÓN Christian. Material Autoinstructivo. “Curso Fundamentos de la Justicia Restaurativa. Academia de la Magistratura. Agosto 2013.

JIMÉNEZ, D. “El enemiguito. Justicia penal para niños”, en *Acciones e investigaciones sociales*, Revista de la Escuela Universitaria de Estudios Sociales, Nº 21, Universidad de Zaragoza. 2005.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: “Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad” edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.

MERA, A. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. Revista *Ius et Praxis*, Año 15, Número 2. 2009.

MINYERSKY, Nelly: “Capacidad Progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño” Publicado en Grosman, Cecilia (Dir.) y Herrera, Marisa (Coord.) *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

MONTERO HERNANZ, Tomás: “El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Nº 7473, de Diario La Ley. De 22 de septiembre de 2010.

MONTERO HERNANZ, Tomás: “Legislación penal juvenil comentada y concordada”, Editorial La Ley, Madrid, 2011.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a Rosario: “*Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000, reformada por la LO 8/2006, y a su Reglamento*”. Editorial Boch, Barcelona 2007.

PARRA, M. RODRÍGUEZ y L. CORZO, *Semillas de cristal. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, alcances y diagnóstico*, Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría de Bogotá, Bogotá, 2008.

PELLEGRINI Victoria María, “Una importante determinación en concreto del “interés superior del niño”. Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia / Lexis-Nexis. Vol. 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”. 8^a Edición, Madrid, Tecnos, 2005

PLÁCIDO VILCACHAGUA Alex F. Material Autoinstructivo “Familia, niños, adolescentes y Constitución”. Academia de la Magistratura. Lima- Perú. 2012.

REDONDO ILLESCAS, Santiago y Antonio ANDRES PUEYO. “La psicología de la delincuencia”. En Revista del Consejo General de Colegios de Psicólogos: Papeles del Psicólogo, Vol. 28 (3), 2007, pág. 150.

RODRÍGUEZ DÍAZ Francisco Javier, BECEDONIZ VÁSQUEZ Carlos (coordinación) El menor infractor Posicionamiento y Realidades. Imprenta Pentagraf. España, abril 2007.

RODRÍGUEZ ORTIZ, Lina Alexandra. “La delincuencia juvenil no es cuentos de niños”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2011.

ROSSETTI Andrés – ALVAREZ I. Magdalena (coordinadores). Derechos de los Niños, las niñas y los adolescentes. Un análisis desde el método de casos. Editorial Advocatus. Argentina, 2011.

SARMIENTO SANTANDER Gloria. “Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes”. Fiscalía General de la Nación, Bogotá Colombia. Diciembre 2008.

USECHE BOHÓRQUEZ, Carolina. “El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia, 2012.

VÁSQUEZ BERMEJO, Oscar ¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa, en Justicia para Crecer?, diciembre 2005.

ZAFARONI Raúl Eugenio. En Infancia y Poder Punitivo, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF Buenos Aires, 2013.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 0895-2001-AA del 19 de agosto del 2002 dignidad en relación con la cláusula de desarrollo de nuevos derechos.

EXP. N° 2273-2005-PHC 20 de abril de 2006 Caso Karen Mañuca. Dignidad como principio y como derecho fundamental.

EXP. N° 0042-2004-AI, de 11 de agosto de 2005, Caso Corrida de Toros. (fund. 2 y 3).

EXP. N° 1417-2005-AA/TC del 08 de julio de 2005

EXP. N° 7451-2005-PHC/TC del 17 de octubre del 2005.

EXP. N° 03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto de 2008.

EXP. N° 1817-2009-HC/TC