



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**



MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

TESIS

**“LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL
DEL MENOR Y DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1348.”**

Tesis presentada para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
con mención en Ciencias Penales

PRESENTADA POR:

RUTH LUCESMITH DIAZ OLIVA

ASESOR:

Mg. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA

LAMBAYEQUE, SETIEMBRE - 2017

**LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL
MENOR Y DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DECRETO
LEGISLATIVO 1348.”**

RUTH LUCESMITH DIAZ OLIVA

AUTOR.

Mg. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de:
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

APROBADO POR:

Dr. JOSÉ MARIA BALCÁZAR ZELADA
PRESIDENTE DEL JURADO

M Sc. VICTOR ANACLETO GUERRERO
SECRETARIO DEL JURADO

Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO
VOCAL DEL JURADO

DEDICATORIA

Dedico de manera especial a la memoria de mi recordado abuelo Leoncio Oliva Pomiano, pues él fue el principal cimiento para la construcción de mi vida profesional, sentó en mí las bases de responsabilidad y deseo superación, en él tengo el espejo en el cual quiero reflejar, con sus grandes virtudes y gran corazón hacían de él un ejemplo para mí.

A mí adorada madre María Esther, mi padre José Luis, mis hermanos Lucero, Job, y Leoncio, a mi señor esposo José Miguel, quienes cada día me ofrecen el amor y calidez de la familia a la cual amo.

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento se dirige a quien ha forjado mi camino y me ha dirigido por el sendero correcto, a Dios, el que en todo momento está conmigo ayudándome a aprender de mis errores ya no cometerlos otra vez. Eres quien guía el destino de mi vida.

Te agradezco Padre Celestial.

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTOS.....	4
RESUMEN	7
ABSTRAC.....	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I	10
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	10
1.1. Realidad Problemática	10
1.2. Formulación del Problema	14
1.3. La justificación e importancia de la Investigación.....	15
1.4. Objetivos de la investigación.....	15
1.4.1. Objetivo General	15
1.4.2. Objetivo Específico	15
1.5. Hipótesis de la investigación	16
1.6. Variables.....	16
1.7. Descripción detallada la metodología	17
CAPITULO II	19
SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR	19
2.1. Hacia un sistema penal juvenil.....	19
2.2. Nuevos sujetos de derecho.....	23
2.3. Concepto de derechos fundamentales	24
2.4. Responsabilidad Penal Juvenil	26
CAPÍTULO III	31
ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	31
3.1. Alcances jurídicos	31
3.2. Naturaleza jurídica del Interés Superior del Niño.....	32
CAPÍTULO IV	35
ASPECTOS JURISPRUDENCIALES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	35
4.1 Tribunal Constitucional e Interés Superior del Niño.	35

4.2 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos respecto al interés superior del niño.	36
4.3 Aplicación del Principio de Interés superior del Niño en el Sistema Peruano.	47
CAPÍTULO V	50
EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS DEL SISTEMA PENAL JUVENIL	50
5.1 Aspecto Introductorio	50
5.2. Evolución Normativa en el Sistema Nacional Penal Juvenil	52
CAPITULO VI	60
RESULTADOS DOGMÁTICOS DE LA INVESTIGACIÓN	60
6.1. NECESIDAD DE UN CAMBIO DE SISTEMA PENAL JUVENIL: ACIERTO EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1348.	60
6.2. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA PENAL JUVENIL TUTELAR Y EL ADOPTADO POR EL CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE – DECRETO LEGISLATIVO 1348: SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.	66
6.3. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA PENAL JUVENIL Y EL SISTEMA PENAL PARA ADULTOS: DESACIERTO EN LA DACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 1348. RESPETO AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL ADOLESCENTE – MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.	70
CONCLUSIONES.	76
RECOMENDACIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	79

RESUMEN

La investigación se centra en el estudio del nuevo Código de Responsabilidad del Adolescente – Decreto legislativo 1348 y la aplicación que en ella se realice del Doctrina de Protección Integral del menor, esto será contrarrestado con lo que la doctrina concibe por el derecho del interés superior del niño en nuestro sistema jurídico punitiva del menor infractor. Para la investigación será importante la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual contiene la doctrina de protección integral que implica dentro de su contenido que las autoridades administrativas y legislativas, así como las instituciones públicas y privadas tienen la labor de cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración primordial. La evolución legislativa del sistema del menor infractor es importante, en vista que en el sistema peruano se pasa del Código de los Niños y Adolescentes a un Decreto Legislativo 1348 que es otorgado en vista a una recomendación de la Convención y que consolida en nuestro sistema la doctrina de protección integral del menor. Es desde este sentido, que la hipótesis se plantea de la siguiente manera: “El principio del interés superior del niño es considerado en el contenido normativo del Decreto Legislativo N° 1348 que contiene la determinación de la responsabilidad del adolescente en virtud de que dicho decreto acoge la teoría de la protección integral del menor”.

Palabra clave: Doctrina de la protección integral, principio del interés superior del niño, menor infractor.

ABSTRAC

The research focuses on the study of the new Adolescent Responsibility Code - Legislative Decree 1348 and the application of the Doctrine of Integral Protection of the Minor in it, this will be countered with what the doctrine conceives by the right of the best interests of the child. child in our punitive legal system of the juvenile offender. For the investigation it will be important the application of the Convention on the Rights of the Child which contains the doctrine of integral protection that implies within its content that the administrative and legislative authorities, as well as the public and private institutions have the task of ascertaining the The repercussions that the measures adopted will have on the child, so that the best interest of the child is always a paramount consideration. The legislative evolution of the system of the minor offender is important, given that in the Peruvian system the Code of Children and Adolescents is passed to a Legislative Decree 1348 that is granted in view of a recommendation of the Convention and that consolidates in our system the doctrine of integral protection of the minor. It is from this point that the hypothesis is stated as follows: "The principle of the best interest of the child is considered in the normative content of Legislative Decree No. 1348 that contains the determination of the responsibility of the adolescent by virtue of that decree welcomes the theory of the integral protection of the minor ".

Keyword: Doctrine of integral protection, principle of the best interests of the child, minor offender.

INTRODUCCIÓN

Es sabido que el interés superior del niño es un principio que ha sido adoptado no sólo en el ámbito nacional sino también internacional, de ahí que la Convención sobre los Derechos del Niño; lo concibe como una regla que implica una protección especial hacia el menor y este caso hacia el adolescente, sin embargo no solo debemos concebirlo como una regla sino como un principio y a la vez un derecho de protección al menor y al adolescente.

Este principio acogido de manera nacional e internacional invade nuestro sistema nacional de amparo al menor a partir de una doctrina la denominada de protección integral del menor y adolescente la cual es contenido esencial de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta doctrina es la que va hacer analizada en esta investigación contrarrestando sus postulados con el contenido del Decreto Legislativo 1348 o también Código de Responsabilidad del Adolescente que modifica el Código de los Niños y Adolescentes en su contenido aplicable.

Así, el principio del interés superior del niño debe ser aplicado en todas las medidas concernientes a un menor, ante esto, dentro de este marco garantista, se debe evaluar también, si el principio del interés superior del niño y adolescente, en la nueva legislación que modifica el Código de los Niños y adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución Decreto Legislativo N° 1348 - Código de Responsabilidad Penal de Adolescente, forma parte de su contenido normativo.

Para cumplir esta finalidad se plantean un conjunto de objetivos sobre los cuales se trabajará y a su vez un hipótesis que dogmática será analizada. Por último, desde la perspectiva personal mi actividad profesional me inclino a este tema y tratar de analizar el contenido de la doctrina de protección integral del menor en la legislación sobre el menor infractor y su responsabilidad.

CAPITULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Realidad Problemática

Se ha insistido en que el interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; aunque no es un concepto nuevo en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

No obstante, la previsión del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño comprende un amplio margen de aplicación, que supera la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: “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”.

El citado artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño subraya que las autoridades administrativas y legislativas, así como las instituciones públicas y privadas deben cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración primordial. De ello, se advierte que las interpretaciones de aquello que constituye el “interés superior del niño” no pueden en ningún caso modificar o reemplazar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la Convención; así como también, el mencionado concepto adquiere un significado especial cuando otras disposiciones más específicas de la Convención no pueden aplicarse.

Igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico; solucionando, de esta manera, la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización.

El principio del interés superior del niño debe ser aplicado en todas las medidas concernientes a un menor; sin embargo en muchas ocasiones este es utilizado en forma desmedida sin ningún marco normativo, legal y doctrinal.

Así dentro del marco del derecho penal aplicado al menor infractor; se debe empezar señalando, que el Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA) propugna un proceso judicial en el marco de una justicia especializada que tiene en cuenta el conflicto jurídico como un problema humano. (Art. IX Título preliminar), lo que se condice con el hecho de que el adolescente tenga derecho a expresar su opinión libremente en el proceso por ser un asunto que le afecta y además que tenga el derecho a que se tenga en cuenta sus opiniones (Art. 9 CNA). Reconociéndose el respeto de sus derechos individuales (Art. 185- 138 CNA) y de 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 (Art 192 CNA), recurriendo en caso de vacío a la aplicación supletoria de las normas sustantivas y adjetivas penales (Art. VII, Título preliminar).

Ante esto, dentro de este marco garantista, se debe evaluar también, la aplicación de la garantía constitucional del principio del interés superior del niño y adolescente, en la nueva legislación que modifica el Código de los Niños y adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución. Nos estamos refiriendo tanto al Decreto Legislativo N° 1204 que modifica el Código de los Niños y Adolescentes y el dado posteriormente; Decreto Legislativo N° 1348 - Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes el cuál fue producto de las recomendaciones de reforma por parte Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

Así, es en este marco garantista que se propone analizar la noción del "interés superior del niño" fórmula usada profusamente por diversas legislaciones. Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos. Por esta razón,

diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

Siendo el Perú un país en vías de desarrollo, es relativamente fácil predecir el destino de muchos menores, especialmente de aquellos que provienen de familias de escasos recursos económicos. Las variables mediadoras del desarrollo como la familia, la escuela, los niveles nutricionales, y la calidad de las experiencias normativas resultan poco diferenciadoras al momento de explicar la dirección del desarrollo en la gran mayoría de los menores de escasos recursos. Esta condición incrementa el nivel de vulnerabilidad endógena y el riesgo social, representando una potencial fuente de costos sociales futuros expresados en índices elevados de desempleo, analfabetismo, delincuencia, drogodependencia, prostitución, morbi-mortalidad física y mental, y reproducción generalizada de la pobreza.

Tradicionalmente la niñez ha sido vista como una etapa de alta vulnerabilidad y cambios complejos a distintos niveles de organización que facilitan la condición social de población en riesgo, cuando existen también enormes capacidades potenciales y aptitudes que en muchos casos no logran cristalizarse ante la falta de oportunidades ofrecidas por el contexto de desarrollo llevando a la niñez a producir oportunidades y espacios donde pueden poner a prueba sus capacidades, confirmar su identidad y procurarse alternativas de desarrollo que su entorno es incapaz de proveerle.

Por otro lado, no es válido sostener que las condiciones de adversidad material y moral sean factores precipitantes o determinantes del riesgo social en todos los casos. Si bien las propias características personales establecen diferencias individuales respecto al comportamiento en igualdad de condiciones, las experiencias de vivencias adversas y de insatisfacción de necesidades básicas en esta edad, resultan altamente predictoras del riesgo social y la conducta social marginal, al grado de redirigir consistentemente la dirección y la calidad del desarrollo alcanzable, aún por el organismo más saludable o mejor dotado genéticamente.

Ahora desde la perspectiva de la delincuencia en niños y adolescentes. Una interrogante

importante al momento de discutir las causas y las características del comportamiento delincriminal entre los niños y adolescentes versa en la comprensión de su significado. En otras palabras, qué significa transgredir las leyes, que motivaciones o necesidades están detrás del delito realizado por los niños y adolescentes.

Al respecto, la Psicología ha identificado caminos distintos que conducen a la infracción penal. Por un lado, la Psicopatología evolutiva establece diferencias entre los perfiles del delincuente juvenil, desde el modelo de la personalidad antisocial, la psicopatía y la sociopatía; mientras que por otros la Psicología del desarrollo plantea las causas desde las deficiencias en el desarrollo moral, el empleo de estrategias desadaptativas de afrontamiento hacia el estrés y el aprendizaje de conductas delincuenciales como instrumentos para sobrevivir frente a la adversidad, la marginalidad, la exclusión social y la pobreza.

Como señalan algunos autores, el término delincuencia tiene un significado legal, y no es un constructo psicológico. En este marco, el término delito se refiere a un acto tipificado penalmente, que rompe una ley y cuyo resultado es una pena o castigo.

Ahora contrarrestando la realidad problemática con el planteamiento del problema de investigación; el principio del interés superior del niño y adolescente debe ser equilibrado en la imposición de medidas de internación de un menor infractor; sin embargo, su aplicación debe estar encaminada en una motivación legal, jurisprudencial y doctrinal.

Por tanto la efectividad del sistema procesal penitenciario en el marco de la aplicación de medidas de internación de un menor debe estar encaminada a la rehabilitación y la reinserción social del niño; es palpable que la delincuencia juvenil se ha incrementado demostrando así que se necesita un sistema penitenciario dirigido a lograr sus objetivos en el área del menor infractor.

Por tanto el Estado debe reconocer 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.

Asimismo todo sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito; aspecto que deberá ser analizado en las decisiones que se hayan tomado dentro del sistema penal penitenciario del menor infractor concretamente en el distrito judicial de Piura.

Desde la perspectiva antes señalada se ha venido constatando que la promoción del bienestar del menor y la proporcionalidad en la toma de decisiones respecto a las infracciones cometidas por los mismos no se están llevando a cabo. Ante esto, en lo que respecta al bienestar del menor no sólo se enfatizará en la promoción del bienestar del niño en tribunales de la niñez o autoridades administrativas, sino también, dentro de sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. En cuanto a lo segundo la respuesta a jóvenes en conflicto con la ley no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales, como su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales.

Todo esto será evaluado desde la perspectiva de la nueva legislación, concretamente en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Por último debemos señalar que la investigación se concretizara en lo que la Convención de Derechos del niño conoce menor infractor: de 12 a 18 años de edad.

1.2. Formulación del Problema

¿De qué manera el principio del interés superior del niño es considerado en el contenido normativo del Decreto Legislativo N° 1348 que contiene la determinación de la responsabilidad del adolescente?

1.3. La justificación e importancia de la Investigación.

La investigación se justifica en el sentido de que nos llevará a analizar un tema reciente en nuestro sistema con la incorporación del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, que es la responsabilidad del adolescente y su relación con el principio de interés superior del mismo, regulado este último en el derecho nacional como en el internacional.

La investigación será de mucha utilidad porque la misma desde una perspectiva dogmática solucionará las dudas en cuanto a la interpretación del contenido normativo del código, tal como, la relación con el principio antes mencionado, como con la imputabilidad del menor.

Es de mucha trascendencia para la sociedad, en vista, a los altos índices de delincuencia juvenil que azotan nuestro país y también para dar luces a las posibles medidas socioeducativas que se impondrán al adolescente en aras a la reincorporación positiva y pacífica a la sociedad.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo General

Determinar la importancia del principio del interés superior del niño en contenido normativo del Decreto Legislativo N° 1348 que contiene la determinación de la responsabilidad del adolescente.

1.4.2. Objetivo Específico

- a) Determinar la importancia de los derechos fundamentales de cara a la instauración de un sistema penal juvenil.
- b) Analizar en qué consiste el denominado sistema penal juvenil y la responsabilidad penal juvenil.
- c) Describir los alcances jurídicos del principio de interés superior del niño y adolescente.

- d) Determinar la naturaleza principio de interés superior.
- e) Describir la postura del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos humanos respecto al principio de interés superior.
- f) Describir la evolución normativa de los sistemas latinoamericanos del sistema penal juvenil.

1.5. Hipótesis de la investigación

El efecto del principio del interés superior del niño y adolescente en el contenido normativo del Decreto Legislativo N° 1348, es otorgarle a la norma la garantía que lleve a una protección integral del menor y su inserción positiva a la sociedad, sin embargo a pesar de contener este principio el decreto adolece de una sobre criminalización en las medidas, lo cual es contrario a la dicha protección integral.

1.6. Variables

Independiente

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TÉCNICAS
INDEPENDIENTE Principio del interés superior del niño en el Decreto Legislativo N° 1348.	Derechos Fundamentales del Niño y Adolescente	Jurisprudencia de la Corte Interamericana y Tribunal Constitucional	Art. 148, 156	Recolección de datos

Dependiente

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TÉCNICAS
DEPENDIENTE Protección integral del menos sobre criminalización de las penas	Decreto Legislativo 1348	Constitución Política del Perú Normas internacionales	Art. 01, 04 y Cuarta Disposición Final y Transitoria	Recolección de datos
	Principio del Interés superior del niño y adolescente		Posturas doctrinales	

1.7. Descripción detallada la metodología

El tema sujeto a investigación relativo a la aplicación del interés superior del niño en las medidas socioeducativas en la responsabilidad penal juvenil; deberá ser contrastada con el aspecto fáctico y real propuesto en las variables de investigación ya sea independiente y dependiente.

Esto fundamenta el método de investigación el cual es de carácter descriptivo, ya que, el mismo implica una delineación del problema de investigación logrando una solución a la controversia plasmada en la investigación.

El uso del método descriptivo permitirá el análisis y profundización de los aspectos teóricos tales como la aplicación del principio del interés superior del niño y de las medidas socioeducativas.

El método analítico también estará presente al contrarrestar las variables de investigación con la ayuda de los indicadores que en la presente investigación tienen un carácter predominantemente exegético: Constitución Política y Decreto Legislativo N° 1348.

El tipo de investigación será cualitativa y descriptiva.

Los métodos que se aplicaran serán los siguientes:

- Método descriptivo: La metodología que se utiliza en este trabajo es la descriptiva la misma que se utiliza para recoger, organizar, resumir, presentar, analizar los resultados de la investigación. Este método implica la recopilación y presentación sistemática de datos para dar una idea clara de una determinada situación: “aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente en la determinación de medida socioeducativas”; siendo el propósito del investigador describir hechos, situaciones y eventos en donde se presente la incidencia del menor infractor.

Por tanto, el estudio descriptivo permitirá especificar las propiedades importantes de las personas, grupos o cualquier otro fenómeno (menor infractor) que sea sometido a análisis; seleccionando cada uno de los aspectos y analizándolos de modo independiente para describir lo que se investiga (aplicación del principio del interés superior del niño en las medidas socioeducativas contenidas en la legislación vigente).

- Método Exegético: El cual constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. En este caso se considerará la aplicación normas penales relativas al menor infractor, normas constitucionales y sobre todo el Decreto Legislativo 1348.

Al ser la investigación cualitativa y no cuantitativa ni estadística no ostenta de **población ni muestra de datos.**

CAPITULO II

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR

2.1. Hacia un sistema penal juvenil.

La creación de una jurisdicción especializada para los menores de edad (y con ella del llamado Derecho de Menores) tiene un origen reciente. A finales del siglo pasado (en 1899) se creó el Primer Tribunal Juvenil en Chicago (Illinois), experiencia que luego se implantó en Europa. Este hecho marcó la culminación de un prolongado proceso de reforma que comenzó a inicios del siglo XIX y que significó la superación de criterios que sometían a los menores de edad que cometían un hecho punible a los juzgados y procedimientos de los adultos. Las críticas formuladas a ésta concepción, dieron lugar a determinadas modificaciones sustantivas. La primera, consistió en separar a los menores detenidos de los adultos, creándose centros especializados para ellos. Luego, a mediados del siglo XIX se elaboraron las primeras leyes de menores en Inglaterra y luego en Estados Unidos. Finalmente, se crearon tribunales de menores que marcó el cambio integral de la visión del tratamiento de los infractores de una norma penal. (BARATTA, 2000, pág. 11)

En el caso de nuestro país, el Código de Menores de 1962, fue la primera norma que dio un tratamiento orgánico a los menores que se encontraban en tal situación, aunque es necesario recordar que el Código Penal de 1924 contenía ya normas específicas aplicables a los menores de edad que infringían una norma penal. Así, los artículos 137° a 149° y 410° a 416°, contenía disposiciones relacionadas con el tratamiento de los menores infractores, las medidas que se les podían aplicar y la jurisdicción a la que eran sometidos en base a los postulados básicos de la Doctrina de la Situación Irregular. (BARATTA, 2000, pág. 12)

Y al hacer referencia a esta doctrina tenemos que deslindarla de la doctrina denominada de “protección integral del menor”.

La primera “doctrina de la situación irregular” sus parámetros son dados de manera clara por GARCÍA MÉNDEZ(1998), el cual considera: “se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto

residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los -menores-. La indistinción entre abandonados y delincuentes es piedra angular de este magma jurídico".(pág. 12). Por ende, "la característica central de esta doctrina es la concepción del menor de edad como un sujeto pasivo de la intervención jurídica estatal, como un objeto de tutela y no un sujeto de derecho". (BARATTA, 2000, pág. 12)

Desde la perspectiva de la Doctrina de la Situación Irregular, los menores eran considerados irresponsables penalmente. Al ser inimputables, se les trataba como personas incapaces, al igual que a los enfermos mentales. Esta consideración, aparentemente bondadosa los incluía al mismo tiempo, en una categoría de personas diferentes a las normales, siendo la base de una discriminación y marginación (14) que, en términos jurídicos, se expresaba en la pérdida de las garantías personales, reforzando el rol paternal del juez. (BARATTA, 2000, pág. 14)

Por su parte, la "doctrina de la protección integral del menor" sugiere a partir de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia que se llevaron a cabo en América Latina y Europa. Se caracteriza por reconocer al menor de edad como ser humano y sujeto de derechos. A decir de GARCÍA MÉNDEZ(1994), esta transformación se podría sintetizar en el paso del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos(pág. 91). Por su parte, ARMIJO(1997)indica que, corriendo el riesgo de simplificar excesivamente el planteamiento de esta doctrina, lo que hace es incorporar al niño como un sujeto pleno de derechos y deberes constitucionales.(pág. 25)(BARATTA, 2000, págs. 16-17)

La Doctrina de la Protección Integral es la que se encuentra recogida en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, norma internacional que reconoce los derechos del niño como una categoría específica dentro de los derechos humanos.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el tratado internacional en materia de derechos humanos que mayor aceptación ha tenido al ser suscrita por casi todos los países de la comunidad internacional; constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia; significó el cambio de una jurisdicción tutelar a otra punitivo – garantista en la que, se reconocen los derechos y las garantías de las

personas menores de edad, considerándoseles responsables de sus actos cuando infringen la ley penal (aunque se limita la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable), se amplía la gama de sanciones basada en principios educativos y se reduce la aplicación de penas privativas de libertad; por ello, se sostiene que dicho Tratado consagró normativamente la “Doctrina de la Protección Integral”, contribuyendo de este modo a culminar el proceso de consolidación de esta doctrina, que se había estado gestando en el transcurso de los años, a través de instrumentos internacionales de derechos humanos. (GARAY MOLINA, 2011, págs. 3-4)

MIGUEL CILLERO (1998) expresa que la Convención es un instrumento internacional que ha servido de orientación para la mayoría de las nuevas legislaciones sobre la materia, al proporcionar lineamientos normativos básicos que deberían seguir todos los Estados.(págs. 73-75)

Y es desde la perspectiva de esta doctrina que se aplica la normativa del actual Código de Responsabilidad Penal Juvenil.

Así, la doctrina de la protección integral logra crear una nueva categoría jurídica –la del “niño”- se encarga de reunificar los derechos humanos y tiene una finalidad restitutiva de derechos. Por otro lado, se concibe a la trilogía niño- familia- Estado y se incorporan como nuevos principios jurídicos al niño como sujeto de derechos, el interés superior del niño y la no discriminación. Esta doctrina también juega un rol fundamental en el ámbito del derecho penal. Ello implica que el Estado, la familia y la sociedad comparten una responsabilidad basada en la actuar de los niños, niñas y adolescentes; es decir, ellos tendrán que velar por un comportamiento, para que vaya de acuerdo a los requerimientos sociales que se hayan establecido. Gracias a ello, se genera en el adolescente un sentido de responsabilidad por mantener una conducta acorde a su comunidad. No obstante, será el Estado el que deberá asumir esta responsabilidad ante la infracción cometida por el adolescente en el derecho penal. Por su parte, el principio de interés superior del niño se encargará de velar por los derechos del adolescente infractor de la ley penal frente a la seguridad ciudadana. (ARCE GUZMAN , 2012 - N° 06, pág. 10)

La doctrina de la Protección Integral reconoce al niño su condición de “sujeto de derecho” y, le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino. GARCÍA MÉNDEZ

(1997) resalta como rasgos centrales de la Doctrina de la Protección Integral los siguientes (GARAY MOLINA, 2011, pág. 08):

- a) Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes basadas en esta doctrina, se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y, no sólo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- b) Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica; y por ello no sólo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además, se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- c) Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
- d) Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad – arbitrariedad por el binomio severidad – justicia.
- e) Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión de delitos o contravenciones, debidamente comprobadas.
- f) Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g) Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del Derecho contenidos en la Convención.
- h) Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la “internación” o la “ubicación institucional”, según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.

2.2. Nuevos sujetos de derecho.

Las personas menores de dieciocho años de edad son titulares de todos los derechos de los que son inherentes a todas las personas, incluyendo tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales, esto implica la existencia también de obligaciones.

Es por este motivo, que la delincuencia juvenil estará basada en un sistema de responsabilidad, y esto porque la condición de sujeto de derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. La responsabilidad que se hace mención, es en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas.

En esta lógica y siguiendo a BELOFF (2001), el Estado "...consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido –o no punibles ,según algunas leyes tutelares, como la ley argentina–; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delinquentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratables o medidas tutelares”(págs. 8-10).

Ahora partiendo de esta idea el sistema creado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se basa en una responsabilidad que decanta en todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de sus derechos. La familia por su parte debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Así se señala: “Los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica”. (BELOFF, 2001, pág. 09)

Por ende, la responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes—jurídicos y no jurídicos— que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero

no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.(BELOFF, 2001, pág. 10)

2.3. Concepto de derechos fundamentales

Debemos considerar que tanto los derechos fundamentales como constitucionales son aquellos que implican la existencia de una serie de exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal.

¿Así desde esta perspectiva, CASTILO CÓRDOVA(2010 - N° 14) considera: “La persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma y nunca puede ser considerada ni tratada como un medio. En esto consiste su valor o dignidad. Por ser fin y no medio, está llamada a conseguir su plena realización como persona: a todas las personas por ser tales nos corresponde lograr la máxima realización posible. Tendemos a ello porque somos realidades esencialmente imperfectas e inacabadas, que adquirimos grados de perfeccionamiento y consecuente realización en tanto satisfacemos nuestras necesidades y exigencias propiamente humanas. En la medida que la satisfacción de estas necesidades perfecciona al ser humano, y que bien es aquello que perfecciona al ser, la consecución de bienes humanos permite la satisfacción de necesidades humanas y la consecución de grados de perfeccionamiento y realización humanas. Los bienes humanos es lo debido a la persona humana por ser tal, y es lo debido porque es lo que le corresponde por tener la naturaleza y dignidad humanas, por eso se formulan como bienes jurídicos vinculantes. Y es que en la medida que se habla de título y deuda, se habla de derecho: estos bienes humanos que corresponden a la persona humana (deuda) por tener naturaleza y dignidad humana (título) son derechos humanos. Estos bienes humanos es lo justo con la persona humana y, por esta razón, vinculan.(págs. 93-94)

Lo antes señalado significa, reconocer en el derecho al menos las dos siguientes finalidades. La primera es que el Derecho debe favorecer la existencia de una convivencia humana (CASTRO CID, 2004, págs. 61-64) y la segunda es que el derecho debe favorecer que en

esa convivencia humana las personas alcancen lo más posible el desarrollo pleno de cada una de ellas, siguiendo estas finalidades podremos dar un alcance general de lo que se conoce como derecho fundamental.

En la doctrina generalizada la terminología jurídica arraigada de “derechos fundamentales” indica los derechos garantizados por la Constitución. Hay que destacar, sin embargo, que se trata solamente de un uso lingüístico establecido en algunos países.

FERRAJOLI(2008), distinguido filósofo ha dado recientemente una definición de derechos fundamentales: derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano, tal como ésta es concebida en dicho ordenamiento; y, por eso mismo serían derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todos los miembros del grupo (personas o ciudadanos).(pág. 38)

Esta definición tiene la enorme ventaja de explicar los derechos fundamentales con independencia de las concretas características de cada ordenamiento: al menos en la tradición liberal democrática, lo primordial es que hay derechos que se reconocen efectivamente a todas las personas por el mero hecho de serlo siendo accesorio, en cambio el modo en que están regulados y protegidos. Por ejemplo, que la libertad de expresión o el derecho a la intimidad estén reconocidos por el correspondiente texto constitucional o solo por la ley ordinaria es, sin duda, importante; pero no afecta a la visión del significado y la función de esos derechos se tiene en toda sociedad liberal – democrática contemporánea. Sin embargo esta concepción de FERRAJOLI solo nos muestra la visión material de los derechos fundamentales es decir el contenido de los mismos. La concepción formal de los mismos concibe más que el contenido la norma que los reconoce.

En la concepción formal sólo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o, al menos en normas con rango supra legal. La idea que subyace aquí es que lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su

resistencia frente a la ley, o si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos incluido el propio legislador democrático. Ello sólo se puede lograr si se trata de derechos recogidos en normas con rango superior a la de la ley.

En resumen hay dos posibles concepciones de los derechos fundamentales, no necesariamente incompatibles entre sí. La concepción formal pone el acento en que máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional y hay, además vías para la aplicación jurisdiccional de la constitución. La concepción material por su parte insiste en que regímenes jurídicos distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes; y recuerda, además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (políticos, organizativos, culturales, etc).

2.4. Responsabilidad Penal Juvenil

Nuestra realidad nos induce a la tarea de proyectar un profundo proceso de análisis respecto al régimen penal juvenil actual, y sobre todo considerar este dentro de la perspectiva del respeto a los derechos humanos del adolescente considerando el contenido constitucional de protección que ofrecen las normas nacionales e internacionales.

La discusión sobre la responsabilidad delictiva de los menores de edad ha versado principalmente sobre el concepto de imputabilidad o inimputabilidad; el problema se ha centrado en determinar si deben ser sujetos de reproche cuando ejecutan una conducta típica, antijurídica y, en consecuencia, cómo deben ser sancionados.

La libertad, es decir, el ejercicio del libre albedrío, es lo que fundamenta la responsabilidad de los actos del hombre, porque elige libremente, y es precisamente de ésta libertad que surge la imputabilidad. Al respecto, ZAFFARONI (2002) sostiene que la elección requiere de voluntad pero, fundamentalmente, de libertad. Ningún jurista puede afirmar juiciosamente que a un individuo se le puede reprochar una conducta si no ha tenido la posibilidad de escoger entre ésta u otra”. Para este autor, la inimputabilidad es la inexigibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad proveniente de la incapacidad psíquica. Se

cuestiona, entonces, desde esta perspectiva si los menores de edad tienen esa capacidad plena de querer y de entender, por lo tanto, si se les puede exigir que comprendan la antijuridicidad de sus conductas.(pág. 71)

En nuestro anterior sistema sobre responsabilidad penal juvenil, en donde el menor de 18 años se encontraba eximido de responsabilidad penal por no poder comprender la ilicitud de un hecho punible. Así, si el menor de 18 años cometía delito no era de aplicación el Código Punitivo, sino las reglas del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), por tanto era para nuestro sistema la acción de un menor que cometía un delito era una infracción. No existía un sistema especial, como si lo hay ahora a partir del Decreto Legislativo 1348 de un sistema especial de responsabilidad penal juvenil.

Al tratar el tema de la responsabilidad penal juvenil debemos tener como parámetro lo señalado por el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual establece los lineamientos que se deben respetar cuando un adolescente es infractor de la ley penal. A partir de este sistema normativo internacional tenemos que el adolescente merece ser tratado respetando su dignidad y valor, fomentando el respeto por los derechos humanos reconocidos y libertades fundamentales de terceros. Además, se tomará en cuenta la edad del niño y se buscará promover su reintegración para que asuma una función constructiva en la sociedad.

Y es que en el caso de la responsabilidad penal juvenil resulta necesario la aplicación del “Derecho Penal Mínimo”, que establece una serie de reglas y mecanismos especiales, cuando nos encontramos frente a menores de edad, que infringen la ley penal. Entre estas reglas, cabe resaltar que la privación de libertad debe ser aplicada solamente como última ratio, es decir, como un último recurso en casos excepcionales. Asimismo, se alude a un tratamiento especializado, en el que los menores sean tratados de manera apropiada y se guarde proporción entre las circunstancias y la infracción. Ello implica, además, que en dicho tratamiento se tomará en cuenta la personalidad, aptitudes, inteligencia y valores del menor; sobre todo, las circunstancias que lo llevaron a cometer la infracción. Por otra parte, el menor deberá recibir apoyo socio familiar, a través del cual se le brinde asistencia en

capacitación profesional y se utilicen todos los medios posibles para que el menor tenga una comunicación adecuada con el mundo exterior (ARCE GUZMAN , 2012 - N° 06, pág. 12).

Tenemos ya un panorama del sistema de responsabilidad penal juvenil en nuestro sistema. Sin embargo, ¿Cómo evolucionó este sistema para llegar a estar contenido en un Código de Responsabilidad penal juvenil, como en el caso peruano?

Para BELOFF (2001) un proceso singular ha tenido lugar en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño(pág. 01).

Para el jurista mencionado es un proceso singular en vista que la formulación en la producción de las leyes pasaron de ser pensadas y elaboradas por expertos en derecho de menores a aquellos comprometidos en la efectiva implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a nivel nacional. En este sentido, continúa el jurista, si bien aún no ha sido suficientemente estudiado y sistematizado, este proceso tuvo la originalidad de producir las leyes de un modo diferente y, como se advierte sin dificultad, de un modo profundamente democrático.

Por tanto, en segundo lugar, la originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes. Al no participar de ellas “expertos en derecho de menores”, las leyes se hicieron con el único objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Esa fue la meta y al mismo tiempo el único límite. No se partió de esquemas teóricos prefabricados, ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes. Así, Latinoamérica fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años con soluciones propias que se fueron superando a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y aprendían de los aciertos y errores de los que ya habían recorrido ese camino.(BELOFF, 2001, pág. 02)

En el caso peruano, el Código Penal en su artículo 20 inciso 2) establece: “Está exento de responsabilidad penal: 2) El menor de 18 años”, del análisis de este dispositivo se considera

que el código ha optado por un criterio estrictamente cronológico a partir del cual el sujeto responde plenamente por sus actos delictivos a través del sistema común.

Se dice que “la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años - plena aplicación del derecho penal de adultos – es sin duda una decisión de política criminal esencialmente fundamentada en la necesidad de una intervención especial, en la órbita de persecución, frente a los menores. El legislador considera un principio de privilegio para el agente, en cuanto asume que hasta ese momento la persona no ha alcanzado el grado de formación y madurez suficiente para hacerle aplicable en su integridad el sistema penal de adultos...”.(PABON PARRA, 2007, pág. 02)

Por su parte, el Decreto Legislativo 1348 considera en su artículo 1 de su Título Preliminar: “1. El adolescente entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, es sujeto de derechos y obligaciones, responde por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial, considerándose para ello su edad y características personales. 2. Para la imposición de una medida socioeducativa se requiere determinar la responsabilidad del adolescente. Está prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.”

A su vez, el artículo 2 de Título Preliminar de Código acotado añade: “Ámbito de aplicación: 2.1 Este Código se aplica a todo adolescente, cuya edad oscila entre catorce (14) y hasta antes de alcanzar los dieciocho (18) años edad, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta por el Código Penal o Leyes especiales sobre la materia, sin discriminación por motivo de origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. 2.2 Si se establece la minoridad del adolescente al momento de los hechos, el Juez Penal se inhibe, asumiendo competencia el Juez de Responsabilidad Penal del adolescente, aunque el infractor haya alcanzado la mayoría de edad”.

Por ende podemos hacer el siguiente cuadro para ilustrar los tipos de responsabilidad que se originan en el sistema peruano:

TIPO DE RESPONSABILIDAD	EDAD	BASE LEGAL
Responsabilidad penal general.	Desde los 18 años de edad	Código Penal (artículo 20 inciso 2)
Responsabilidad penal juvenil	Desde los 14 hasta antes de alcanzar los 18	Decreto Legislativo 1348 – Código de responsabilidad juvenil (Art. 2 del Título Preliminar)
Irresponsabilidad penal absoluta	Menores de 14 años de edad.	Artículo 272 del Código de los Niños y Adolescentes (se establecen medidas de protección).

El criterio objetivo que está primando en la normativa internacional y nacional entonces es la “edad de responsabilidad penal”, que implícitamente alude a la “madurez” y a la “autodeterminación progresiva” en el ejercicio autónomo de derechos. Esto tiene directa relación con la vigencia de una justicia con finalidad educativa, en la medida que permite generar en el adolescente penalmente responsable la posibilidad de: 1. reconocer el daño personal y social producido; 2. responder a la víctima brindándole una reparación; 3. reorientar su existencia y proyecto de vida de manera coincidente a los requerimientos sociales vigentes. (BARLETTA VILLARAN, Año III-2012, pág. 17)

La normativa peruana ha fijado la franja de responsabilidad penal, estableciendo el límite inferior para atribuir responsabilidad penal especial a partir de los 14 años de edad cumplidos y el límite superior se ha señalado hasta los 18 años de edad. (BARLETTA VILLARAN, Año III-2012, pág. 17)

CAPÍTULO III

ASPECTOS DOGMÁTICOS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

3.1. Alcances jurídicos

Desde fines del siglo XIX ha existido a nivel mundial, innumerable legislación vinculada con las personas menores de edad. Se ha venido denominando a esta normativa: “Derecho de Menores”, sobre el particular existen ordenamientos jurídicos nacionales que han reunido toda la materia en cuerpos jurídicos codificados, concebidos como códigos del menor y, en otros casos se ha logrado una legislación orgánica autosuficiente sobre el tema, motivando la discusión en relación con la autonomía científica de la materia.(GARAY MOLINA, 2011, pág. 01)

Desde la perspectiva de la teoría de protección integral del menor, el principio del interés superior del niño forma parte del contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; así, en su artículo 3º se dispone que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, 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.”

Desde el contenido normativo podemos aseverar que el interés superior del niño se consagra como un principio inspirador, que tiene su origen en el Derecho Común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del niño; lo que implica que, éste principio favorece la protección de los derechos del niño y, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño(GARAY MOLINA, 2011, pág. 06).

El principio del interés superior del niño no debe concebirse sólo como atención a las necesidades del menor, sino como un derecho del mismo a ser tratado con el debido proceso otorgándole respuestas que favorezcan la responsabilización y que atiendan a

su especial consideración de menor de edad. No se trata, en ningún caso, de una discriminación positiva ni de un trato de favor.

Para ESTHER FERNÁNDEZ(2002 - N° II), “El menor que infringe las leyes penales es únicamente una persona en desarrollo que no ha podido interiorizar dichas normas (función motivadora de la norma), por lo que no se puede partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto a él, sino que ni siquiera, en muchas ocasiones, la sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la madurez necesaria para la interiorización de estas normas. La doctrina lleva mucho tiempo poniendo de manifiesto que la delincuencia de menores es otra cosa y que la reacción social frente a ésta no puede venir de la mano del castigo, sino de la propuesta educativa. Esta será la esencia de un Derecho penal de menores orientado hacia el “supremo interés del menor”(págs. 56-57).

Como concepto podemos acoger el señalado por ALIAGA GAMARRA (2013) la cual considera que el interés superior del niño es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio. Al interés superior puede atribuírsele dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento y 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión concierna a un niño o a un grupo de niños. (pág. 226)

3.2. Naturaleza jurídica del Interés Superior del Niño.

Desde una perspectiva general el interés superior del niño es abordado por la mayoría de los autores como un principio jurídico. MÉNDEZ COSTA(2006) desde esta perspectiva lo ha profundizado en el rol de los principios jurídicos, específicamente en el derecho de familia. Para ella son principios que emanan de la *afectiofamiliae*, esto es,

estándares que responden a una exigencia de justicia; con un fuerte contenido ontológico en tanto coinciden con los derechos humanos fundamentales(págs. 28-29).

MIGUEL CILLERO (1998), por su parte le agrega al hecho de ser principio jurídico el ser uno de carácter garantista pues permite la resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva. Para la Convención este principio no es sólo una directriz indeterminada, debido a que su contenido es precisamente el catálogo explícito de derechos contenidos en la misma Convención. (pág. 8)

Así, al considerarse el interés superior del niño como un principio, éste cobra un rol jurídico definido como prescripción imperativa de considerarlo de forma primordial, limitando así a la autoridad a la cual va dirigido (RIVAS LAGO, 2015, pág. 31).

Existen otros juristas como CECILIA GROSMAN (1998), que desde la perspectiva de la doctrina argentina, no utiliza el término “principio jurídico” para referirse al interés superior del niño en ninguna parte de su obra. Al momento de definir el concepto señala que forma parte de las llamadas “naciones-marco”, en el sentido son una autolimitación del Poder Legislativo que deja en manos del juzgador elaborar una decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto. (pág. 23)

Para RIVAS LAGO (2015), la autora es aprensiva respecto a la oculta dimensión subjetiva del interés superior pero valora su flexibilidad para adecuarse a situaciones únicas con identidad propia. En razón a lo único de cada caso, es tajante en afirmar que “si bien es clave dar un sentido al paradigma sobre la base de los derechos fundamentales del niño, expresión de sus necesidades básicas, ello no alcanza para establecer cuál es la solución más conveniente en el caso concreto, ya que el derecho establecido puede ser realizado de distintas maneras [..., lo cual] significa que asociar el ‘interés del niño’ al respeto de sus derechos fundamentales reclama, concomitantemente, sopesar las circunstancias de hecho para determinar de qué manera tales derechos, que representan necesidades del niño, pueden recibir el mejor amparo”. Tal afirmación comparte la visión de Miguel Cillero en cuanto el interés superior se debe identificar con los derechos fundamentales, sin embargo, destaca un ámbito importantísimo obviado anteriormente, esto es, que los derechos se basan en hechos, por lo que el proceso de evaluación debe estar dirigido hacia ellos. Finalmente,

es significativo recalcar que la autora no pretende dar una solución tajante a la dimensión de subjetividad, dado que es imposible erradicarla, por lo que señala que el juez a la hora de interpretar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto siempre emitirá un juicio de predicción, de tal manera que insiste en la importancia de establecer la posibilidad de revisar la medida. importantísimo obviado anteriormente, esto es, que los derechos se basan en hechos, por lo que el proceso de evaluación debe estar dirigido hacia ellos. Finalmente, es significativo recalcar que la autora no pretende dar una solución tajante a la dimensión de subjetividad, dado que es imposible erradicarla, por lo que señala que el juez a la hora de interpretar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto siempre emitirá un juicio de predicción, de tal manera que insiste en la importancia de establecer la posibilidad de revisar la medida (pág. 31).

CAPÍTULO IV

ASPECTOS JURISPRUDENCIALES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

4.1 Tribunal Constitucional e Interés Superior del Niño.

Tenemos los siguientes pronunciamientos:

“El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos”. (Exp N° 01665-2014 -PHC/TC- Ica)

“El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° 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.º 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño". (EXP. N.º 02132-2008-PA/TC)

“En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e

inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”. (EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC LIMA)

4.2 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos respecto al interés superior del niño.

Tomaremos como textualmente la información que nos brinda RIVAS LAGO (2015):

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desplegado una valiosa labor a la hora de definir y aplicar el interés superior del niño. La Corte tiene competencia para pronunciarse sobre la vulneración de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de los cuales se encuentra el artículo 19º que dice que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. De esta forma cuando un niño, niña o adolescente ve afectado uno de sus derechos, la Corte resuelve de acuerdo a lo establecido en la Convención respectiva pero debe prestar las medidas de protección adecuadas en relación a su condición de niño.

En razón a este requisito, en el caso conocido como “Niños de la Calle ”, la CIDH estableció que la Convención sobre los Derechos del Niño sirve “para fijar el contenido y alcances de la disposición general definida en el artículo 19° de la Convención Americana”.

Gracias a este vínculo la Corte empieza a pronunciarse acerca de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de las cuales se encuentra el artículo 3° objeto del presente estudio.

Caso “Niños de la Calle”(Villagran Morales y otros Vs Guatemala)

- Los hechos del presente caso se contextualizan en una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los “niños de la calle”. Esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil.
- El 15 de junio de 1990, en la zona conocida como “Las Casetas”, una camioneta se acercó a Henry Giovanni Contreras, de 18 años de edad, Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años, Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 años y Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17 años. De dicho vehículo descendieron hombres armados miembros de la policía, quienes los obligaron a subir al mismo. Luego de estar retenidos por unas horas, fueron asesinados. Asimismo, el 25 de junio de 1990 fue asesinado Anstraum Aman Villagrán Morales, mediante un disparo de arma de fuego, en el sector de “Las Casetas”. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos.

La Corte resuelve,

- Desechar por improcedente la excepción preliminar formulada por el Estado de Guatemala.
- La Corte decide,
- Declarar que el Estado violó el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Henry Giovanni

Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes;

- Declarar que el Estado violó el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstrum Aman Villagrán Morales;

- Declarar que el Estado violó el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Julio Roberto Caal Sandoval;

- Declarar que el Estado violó el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las ascendientes de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Julio Roberto Caal Sandoval, las señoras Ana María Contreras, Matilde Reyna Morales García, Rosa Carlota Sandoval, Margarita Sandoval Urbina, Marta Isabel Túnchez Palencia y Noemí Cifuentes;

- Declarar que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstrum Aman Villagrán Morales;

- Declarar que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Henry Giovanni Contreras, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes, Federico Clemente Figueroa Túnchez y Anstrum Aman Villagrán Morales y de sus familiares inmediatos.

El año 2002 la Comisión Interamericana formula una consulta respecto a la implementación de algunas disposiciones de la Convención Americana en caso que los actores sean menores de edad. La Corte tomó la oportunidad para pronunciarse sobre el interés superior del niño y señaló que aquel principio regulador se funda en la dignidad misma del ser humano y que viene a asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, de tal forma que se le permita al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.

En la primera década de este siglo, en los casos que involucraban niños, niñas o adolescentes, respecto al interés superior del niño, la Corte se limitaba a citar la definición precedente sin adentrar en detalles respecto a cómo se había vulnerado el interés. Como ejemplo de aquello es posible nombrar el caso “Bulacio vs. Argentina”, pues en el párrafo 134^{1°} se encuentra la misma definición parafraseada. Del mismo modo en el caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, la Corte insiste en que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores”.

Caso “Bulacio vs. Argentina”

- Los hechos del presente caso se iniciaron el 19 de abril de 1991, cuando la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva de más de ochenta personas en la ciudad de Buenos Aires. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, de 17 años de edad.
- Luego de su detención, fue trasladado a una comisaría donde fue golpeado en numerosas ocasiones por agentes policiales. Después de haber sido liberado, tuvo que ser ingresado a un hospital. El 26 de abril de 1991 Walter David Bulacio falleció.
- La causa judicial seguida por las lesiones y muerte de Walter David Bulacio, así como la referida a su detención y la de las otras personas, fueron objeto de diversas actuaciones judiciales, tales como inhibiciones, impugnaciones y recusaciones que han originado una dilación en el proceso. No obstante, a la fecha no hubo un pronunciamiento firme por parte de las autoridades judiciales sobre el conjunto de los hechos investigados, ni se ha sancionado a ningún responsable.

- La Corte Declara que,

conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, éste violó los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la

1134. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio, y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 38 de la presente Sentencia.

La identificación del interés superior del niño con sus derechos es una postura sólida, avalada por la doctrina que se ha mantenido en el tiempo y que permite combatir la arbitrariedad. El problema de los casos mencionados no es la definición que ocupan del concepto, sino que no ahondan en el interés del niño en concreto. Es más, en el caso “Yean y Bosico vs. República Dominicana”, la Corte indica que “no se pronunciará sobre la presunta violación aislada del artículo 19° de la Convención Americana sino que incluirá su decisión al respecto junto al análisis de los demás artículos pertinentes”. Aquella afirmación sorprende toda vez que el artículo 3° de la CDN establece la necesidad de considerar el interés superior del niño de forma primordial en los casos donde hay uno o varios niños afectados. La parte resolutive del fallo se encuentra debidamente fundamentada, sin embargo, no es específica en cómo se vulneró el interés superior, o en qué consistía el interés de los niños involucrados a pesar de expresar que se condena al Estado por haber actuado arbitrariamente de forma contraria al interés superior del niño.

Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana

- Los hechos del presente se iniciaron el 5 de marzo de 1997, cuando comparecieron ante la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá la madre de Violeta Bosico, de 10 años de edad, y la prima de la madre de Dilcia Yean, de 12 años de edad, con la finalidad de solicitar el registro tardío de sus nacimientos. Las niñas habían nacido en República Dominicana y su ascendencia era haitiana.

LA

- A pesar de contar con los documentos requeridos, se denegó el registro de las niñas. A pesar de haber presentado una demanda a favor de las niñas, ésta fue denegada.

La Corte Declara:

Por unanimidad, que: 89 2. El Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, en los términos de los párrafos 131 a 174 de la presente Sentencia. 3. El Estado violó los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, en los términos de los párrafos 131 a 135 y 175 a 187 de la presente Sentencia. 4. El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en los términos de los párrafos 205 a 206 de la presente Sentencia.

En definitiva, en la primera década del siglo XXI se muestran indicios de una preocupación por lo estipulado en el artículo 3° párrafo 2° de la CDN bien encaminada. No obstante, no es hasta la segunda década que se logran avances en cuanto a su aplicación concreta. En los casos “Atala Ríffo y Niñas vs. Chile” y “Fornerón e Hija vs. Argentina”, es posible observar que la preocupación principal de la Corte es que el sistema judicial de cada país al pronunciarse sobre el interés superior del niño primero lo determine, luego lo pruebe y por último exponga su fundamentación en la sentencia.

Caso “Atala Ríffo y Niñas vs. Chile”

Con fecha 20 de marzo la Corte Interamericana de Derechos Humanos notificó al Estado de Chile la sentencia recaída en el Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile. En lo medular dicho fallo estableció la responsabilidad del Estado de Chile por actos del Poder Judicial. Puntualmente la Corte Interamericana sentenció que el Estado de Chile es responsable internacionalmente al violar el derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio de Karen Atala y de sus hijas menores, el derecho a la vida privada en perjuicio de Karen Atala,

el derecho a ser oído en perjuicio de las niñas M., V. y R. y la garantía de imparcialidad respecto a la investigación disciplinaria en perjuicio de Karen Atala.

En lo relativo a la conculcación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, la Corte expresó que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención). En el escenario del caso, la Corte aclaró que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión. Luego de una extensa relación plasmada en el fallo en comento, la Corte constató que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica justificaron su decisión de otorgar la tuición al padre de las niñas menores - y no a su madre, Karen Atala - en el interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre.

La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”

El 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó a su hija en guarda provisoria con fines de

adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo, sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Por su parte, la señora Enríquez manifestó ante la Defensoría que Fornerón no era el padre de la niña. Un mes después del nacimiento de M, Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 11 de julio de 2000, la Fiscalía solicitó al juez de instrucción la adopción de medidas previas ante la incertidumbre sobre el destino de la niña y las contradicciones en que había incurrido la madre, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito correspondiente a la supresión y a la suposición del estado civil y de la identidad. Si bien el fiscal y el juez a cargo de la investigación establecieron la existencia de indicios de que M habría sido entregada por su madre a cambio de dinero, el juez de instrucción ordenó en dos oportunidades el archivo de la investigación penal, dado que a su criterio los hechos relativos a la alegada venta de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. Finalmente, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay confirmó el archivo de la causa.

Por otra parte, el 1° de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad. Posteriormente, el juez ordenó la práctica de una pericia psicológica, la cual concluyó que “el traspaso de [la] familia a la que reconoce [...] a otra a la que desconoce” sería sumamente dañino psicológicamente para la niña.

El 17 de mayo de 2001, el juez de primera instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. Recurrió la sentencia, y esta fue

revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso, tras la práctica de medidas probatorias que habían sido omitidas en primera instancia.

El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de la ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. El Superior Tribunal provincial consideró, primordialmente, el tiempo transcurrido, e indicó que la demora en el trámite del proceso de guarda judicial incidió en la decisión de confirmar la guarda, en consideración del interés superior de M, quien había vivido desde su nacimiento y por más de tres años con el matrimonio B-Z. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z.

Paralelamente, el 15 de noviembre de 2001 Fornerón promovió un juicio de derecho de visitas. Dos años y medio después, el juez de primera instancia de Victoria se declaró competente. Fornerón, entre otras actuaciones, solicitó una audiencia y en varias ocasiones requirió se acelerara el proceso y se dictara una sentencia. El 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo el único encuentro entre Fornerón y su hija, por 45 minutos. En mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, así como a Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron, entre otros, establecer un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva.

Se Decidió: por unanimidad,

- que el Estado de Argentina ES internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como de los derechos del niño en perjuicio de esta última.
- La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los

daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de la familia”.

En los casos mencionados nos encontramos frente a la misma descripción consolidada por la CIDH sobre interés superior del niño. Empero, en esta ocasión la Corte se concentra en la aplicación del principio, y dado que en ambos casos la vulneración se produce por arbitrariedad judicial, la Corte tiene la posibilidad de ser más enfática en como debiesen evaluar el interés superior. De esta manera, la Corte da cuenta de la implementación del principio en cuestión y expresa que el interés es casuístico.

En el caso “Atala” la Corte explica que la determinación del interés superior se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso como son las características individuales del niño en concreto, la red de apoyo del niño y los riesgos posibles entre otros, para luego evaluar el impacto de ello en el desarrollo y bienestar del niño. A partir de esta explicación, la Corte concluye que el interés superior del niño es un fin legítimo en abstracto, pero que la sola referencia al mismo, sin probar en concreto el impacto de la decisión sobre él, no puede servir como medida idónea. Del mismo modo, en el caso “Fornerón”, la Corte desestimó el modo en que el aparataje judicial argentino determinó el interés superior de la niña en autos, afirmando que al haberse basado en ideas predeterminadas objeto de estereotipos, no velaron efectivamente por el interés de la niña, ya que no atendieron a la exigencia de evaluar el interés según el derecho en atención a sus necesidades concretas. A raíz de ello, es posible afirmar que el fallo “Atala” “marca un hito en el sentido que la esencia enunciativa del interés superior del niño va más allá de las formalidades jurídicas, o la retórica del derecho positivo. Su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar decisiones.”

Esta conclusión es fundamental para el desarrollo que ha tomado el interés superior del niño, puesto que está íntimamente ligada a la observación que hace la Corte sobre la

obligación de fundamentar las sentencias. En ambos casos la Corte es firme en manifestar que no sirve pretender decidir por el interés del niño, pues si no se prueba la motivación esgrimida no se puede alcanzar el fin ulterior de protección y se deben esgrimir las implicancias de la medida sobre el bienestar y desarrollo del niño. Los casos son bastantes demostrativos porque en ambos el máximo tribunal del país respectivo apeló al interés superior en un sentido interpretativo muy abierto que terminó afectando los derechos de los niños y también el de los adultos involucrados.

Hay un gran paso desde simplemente exponer de qué se trata el principio a resaltar la importancia de adecuar el interés superior a las particularidades del niño afectado. Existe un nuevo paradigma para aproximarse al interés superior del niño que respeta al niño, niña y adolescente como sujetos de derechos y que aprovecha la flexibilidad del concepto para abarcar las particularidades únicas de cada cual.

Es posible concluir que la Corte no se concentra en la discusión sobre la naturaleza jurídica del interés superior del niño, se limita a utilizar la nomenclatura presentada por el Comité. Sin perjuicio de ello, de los casos expuestos se pueden rescatar importantes ideas sobre el interés superior. En primer lugar, el interés superior del niño es un derecho humano por encontrar su fundamentación en la dignidad misma de la persona. En segundo lugar, no está en discusión que se identifica plenamente con los derechos del niño, en las ocasiones expuestas con aquellos contenidos en ambas Convenciones. En tercer lugar, las características particulares de cada niño implican que su interés difiere del de otros, por lo que para decidir en consonancia con la disposición, primero se deben evaluar las circunstancias que rodean el caso para luego determinar el interés superior de acuerdo a ello. En cuarto lugar, no basta con manifestar que se está decidiendo en el interés del niño en concreto, por el contrario, es preciso probar los elementos que permiten su construcción casuística. Por último, ninguna de las precauciones anteriores otorga una protección al niño si no se deja patente en la sentencia cada uno de aquellos pasos de modo que sea posible un control ulterior". (págs. 31-35)

4.3 Aplicación del Principio de Interés superior del Niño en el Sistema Peruano.

Hemos ya mencionado que la Convención sobre los Derechos del Niño, está inspirada en la “Doctrina de la Protección Integral”, el cual reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Para SOKOLICH ALVA (2013) el sustento de esta Convención se resume en cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten (pág. 82).

Por su parte este principio se encuentra regulado de manera general en el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano. A su vez, contemplado también en el artículo II pero con la denominación “Interés Superior del Adolescente” en donde se establece lo siguiente:

“1. Al adolescente se le debe brindar la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos durante el proceso de responsabilidad penal. El desarrollo y ejercicio de sus derechos deben ser considerados como principios rectores. Ningún derecho debe ser perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del adolescente.

2. Es obligación de la autoridad que adopte una medida, evaluar las posibles repercusiones de las decisiones adoptadas en el adolescente, debiendo justificar expresamente la forma como se ha considerado el interés superior, así como los criterios utilizados para dicha decisión y la ponderación efectuada frente a otros derechos e intereses. El adolescente debe ser escuchado en toda oportunidad que establezca el Código, en cualquier situación en la que se defina alguna decisión que pueda afectarlo y cuando así lo solicite.

3. Esta disposición es de cumplimiento por todo funcionario o servidor público durante el desarrollo del proceso, así como durante la ejecución de alguna medida socioeducativa.

4. La protección alcanza también a la víctima o testigo menor de edad.”

Desde la idea de la regulación de este principio en nuestro sistema, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia y

adolescencia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres.

Debemos entender que el principio de interés superior del niño, si bien como lo hemos catalogado es un principio garantista, implica un concepto indeterminado y se basa en muchos casos en resoluciones que no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra”. (SOKOLICH ALVA, 2013, pág. 83). De ahí que se sostenga que el mayor problema presentado por este principio es que muchas personas podrían realizar un análisis teniendo en cuenta el interés superior del niño y adolescente y aun así llegar a conclusiones totalmente distintas y, por tanto, quedando en un estado de indeterminación. La vaguedad de este principio y la falta de herramientas para su determinación hace que haya quienes incluso hoy en día cuestionen su utilidad debido a que virtualmente casi cualquier posición podría argumentarse a favor del interés superior de los niños y adolescentes. (ALIAGA GAMARRA, 2013, pág. 220)

Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la litis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)”. (SOKOLICH ALVA, 2013, pág. 83)

Del mismo sentido es MIRANDA ESTRAMPES (2006) sostiene que los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de

concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que “la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior conceptualización, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto (pág. 109 y ss)

Vale decir que el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño. (SOKOLICH ALVA, 2013, pág. 84)

CAPÍTULO V

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS DEL SISTEMA PENAL JUVENIL

5.1 Aspecto Introductorio

Comenzaremos con lo que a fines del siglo XIX se ha denominado “Derecho de Menores”, existiendo ordenamientos jurídicos que han reunido toda la materia en cuerpos jurídicos codificados, concebidos como códigos del menor y, en otros casos se ha logrado una legislación orgánica autosuficiente.

Desde la perspectiva procesal el menor de edad no ostentaba garantías era el juez la mayor garantía posible con miras a asegurar la terapia de reeducación o resocialización; no era necesaria la vinculación del menor de edad con el hecho considerado delictuoso: en ciertos casos, bastaba con demostrar o presumir el estado de abandono moral o material para proceder a dicha disposición. (NAVAS RIAL, 2002 Año II, págs. 120-121)

En los Estados Unidos, a partir del “Caso Gault”², se inicia un alejamiento de la ideología tutelar y de sus concepciones de “situación irregular” y de “abandono moral y material”, que habilitaron una indiscriminada intervención judicial con argumentos poco jurídicos, alejados de las concepciones de culpabilidad y responsabilidad propias del derecho aplicable a los plenamente capaces. (GARAY MOLINA, 2011, pág. 2)

Por su parte, en Europa, a partir de la década de los ochenta, se va produciendo un nuevo cambio de orientación en el Derecho de Menores, propiciado por cambios sociales y por un aumento de la denominada delincuencia juvenil, reclamando la sociedad, la presencia de medidas represivas para los menores de edad, lo que dio

2 Un chico de 15 años, GerryGault, de Arizona, fue acusado en el verano de 1964, de hacer unas llamadas indecentes a una vecina y producto de una investigación en la que no se le informó de ningún derecho, sus padres no fueron avisados por la policía (el sheriff del Gila County) de su detención y otras prácticas similares, propias del derecho tutelar, se ordenó su internación en un establecimiento correccional (la Escuela Industrial del Estado) hasta los 21 años). Un adulto condenado por el mismo hecho, podría haber sido condenado a una multa de U\$50 o a dos meses de prisión.

lugar al denominado sistema “de responsabilidad” o “modelo mixto”, que combina aspectos educativos con otros sancionadores o represivos; se caracteriza por la asunción de responsabilidad del menor de edad en la comisión de hechos delictuosos, lo que repercute en las consecuencias jurídicas aplicables; pues, si el menor de edad es responsable, se prevé para él, una consecuencia distinta de la medida de seguridad o educativa; pero así como se modifica el contenido, también se establecen límites a la duración de las sanciones y, se busca disminuir la respuesta penal, cambiando sanciones privativas de libertad por otras de carácter ambulatorio, como la reparación y la compensación entre autor y víctima; finalmente, se reserva el internamiento para casos en que resulte absolutamente inevitable o necesario (GARAY MOLINA, 2011, pág. 3).

En América Latina, también operan cambios sustanciales, pero ello a raíz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que abandona la ideología reconocida como modelo tutelar para llegar a la doctrina de protección integral del menor. El proceso de reformas legales dirigido a adecuar el derecho interno de cada país a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño iniciado con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1989 se encuentra hoy llegando al final de su primera etapa. En efecto, este proceso parece haber llegado, hacia el final de la década de los '90, a un techo, de ahí que se hable de primera etapa. Actualmente el proceso parece haberse orientado en un doble sentido: por un lado, a implementar efectivamente las nuevas leyes y a monitorear seriamente el proceso de implementación; por el otro, a revisar las leyes aprobadas a comienzos de la década que revelan problemas de técnica legislativa, los que junto con la resistencia del modelo tutelar, explican las dificultades que presenta la implementación. (BELOFF, 2001, pág. 5)

En diez años todos los países de América Latina, con excepción de Argentina, México, Chile y Uruguay han abandonado, con mayor o menor éxito, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto –ya sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación-, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia. Dentro del proceso más

amplio de adecuación de todo el derecho interno a la Convención Internacional, la creación de sistemas de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años de edad —que aquí se llaman sistemas de justicia juvenil— ocupa un lugar central, a tal punto que algunos países optaron por dictar, exclusivamente, leyes que se refieren a este tema (BELOFF, 2001, pág. 5), tal es el caso del Perú que ha emitido en este año 2017 un Código de Responsabilidad Penal juvenil que tiene como base la doctrina de protección integral del menor.

5.2. Evolución Normativa en el Sistema Nacional Penal Juvenil

Los antecedentes del tratamiento legislativo penal adolescente podemos identificarlo en la legislación especial de menores que tuvo sus orígenes en el Código Penal de 1924, influenciada por el positivismo criminológico impactó el nivel normativo identificando a los menores dentro de la categoría de “menores en situación irregular”, incluyendo la categoría de “menores en estado peligroso” por haber infringido la ley penal.

A estos se les declaró inimputables aplicándoseles una medida de protección que en muchos casos encubrió una respuesta penal, al concebir a la institucionalización en centros correccionales como la medida judicial privilegiada. Posteriormente, tuvo vigencia el Código de Menores de 1962 que influyó de manera similar en el tratamiento de los “menores en situación irregular”. (ONU, 2013, págs. 26 -27)

Para vencer el sistema de la “situación irregular” del menor es que se da desde una perspectiva internacional nace la Convención Internacional de Protección al Menor, que debe ser tenida en cuenta como parte de la jerarquía normativa internacional en el rango constitucional (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú) la cual aparece en vigencia de la Constitución Política de 1979.

Posteriormente a ello, tenemos el Código de los Niños y Adolescentes— Ley 2337, del año 2000 el cual incorpora principios de la Convención y por ende acoge el sistema de protección de integral del menor pero varía la finalidad de las medidas socioeducativas al ser cambiadas por la rehabilitación. Asimismo agrega el tratamiento especializado del “pandillaje pernicioso” en el Título III del Libro IV, lo cual implica un retroceso al sistema

de “menores en situación irregular”, en virtud de que regulaba el tratamiento del menor que se encontraba fuera de espacios de control social informal y que para el ordenamiento jurídico penal es considerado como un síntoma de peligrosidad.(ONU, 2013, pág. 28)

En el año 2004 se eleva la edad de responsabilidad penal a 14 años de edad aunado con la reforma al Código de los Niños y Adolescentes en materia penal incrementó para todos los tipos penales la duración máxima del internamiento de 3 a 6 años (Decreto Legislativo 990).

Posteriormente el gobierno mediante el Decreto Legislativo N° 1204 modifica Código de los Niños y Adolescentes y el Código Penal, para regular las sanciones a adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución. Sin embargo, el 6 de enero, el Comité de los Derechos del Niño publicó las observaciones finales recomendando al Estado peruano lo siguiente(GARCIA CARPIO, 2016, pág. 01):

- a) Que, el sistema de justicia en materia de niñez y adolescencia sea conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño y las normas internacionales.
- b) Derogar con urgencia el Decreto Legislativo N° 1204, y asegurar que esté en plena conformidad con los principios y disposiciones de la Convención, en particular las garantías consagradas en los artículos 37° y 40° de la Convención.
- c) Promover medidas alternativas a la detención, incluyendo la libertad condicional, la mediación, el asesoramiento o servicios a la comunidad, siempre que sea posible, y asegurar que la detención sea utilizada como último recurso y por el menor tiempo posible (subrayado de la autora).
- d) Asegurar que la situación de los niños detenidos se revise de forma periódica, con miras a retirarla.
- e) En los casos en que la detención es inevitable, garantizar que las condiciones de detención sean conformes con las normas internacionales, en particular con respecto a la protección contra la violencia, en alojamientos adecuados y con acceso a la alimentación, a la educación, a la salud y a los mecanismos de denuncia independientes adaptados a los niños y adolescentes.

- f) Aumentar el número de tribunales especializados para menores de edad y proporcionarles los recursos técnicos, humanos y financieros necesarios; designar jueces especializados para los niños y garantizar que estos jueces reciban una educación y una formación adecuada y especializada.
- g) Asegurar la prestación de asistencia jurídica cualificada e independiente para niños en conflicto con la ley en una fase temprana del procedimiento y durante todo el proceso judicial.
- h) Establecer una base de datos amplia sobre los niños en conflicto con la ley, con el fin de facilitar el análisis de su situación y utilizar los resultados para mejorar el sistema de justicia de menores.

A raíz de estas recomendaciones, es que el gobierno peruano otorga el Decreto Legislativo 1348 – Código de Responsabilidad Penal del Adolescente en el año 2017, el cual trae importantes innovaciones al Código de los Niños y Adolescentes respecto de infractores entre los 14 y 18 años de edad.

Este Código puede verse desde las siguientes connotaciones(2017):

- a) "Responsabilidad penal especial y medidas socioeducativas

El Decreto Legislativo N° 1348 no diferencia la naturaleza de la responsabilidad penal del adolescente con la del adulto. Sin embargo, la primera es calificada como "especial" y exige la aplicación de "medidas socioeducativas".

Las medidas socioeducativas se dividen en no privativas de la libertad y en la internación en un centro juvenil. Si la infracción no requiere internación, se puede ordenar la amonestación, la libertad asistida y la prestación de servicios a la comunidad.

- b) Se crean juzgados con competencias especiales.

La norma también crea juzgados con competencias especiales para el proceso a adolescentes. Estos responden a la estructura del Nuevo Código Procesal Penal.

Así, los Juzgados de Investigación Preparatoria del Adolescente se encargarán de la investigación y la etapa intermedia, mientras que el juicio oral estará a cargo de las

instancias de Juzgamiento del Adolescente. Las impugnaciones serán revisadas por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia. Las casaciones* y los recursos de queja, por la Sala Penal de la Corte Suprema.

El juez podrá ordenar impedimento de salida del país y otras medidas de coerción procesal.

El juez podrá ordenar impedimento de salida del país y otras medidas de coerción procesal. Fuente: Andina

c) Medidas de coerción procesal aplicables al adolescente.

Si el adolescente procesado se ausenta o no quiere ir a las audiencias pese a estar notificado, el juez puede imponerle medidas de coerción procesal para obligarlo a que vaya. La primera es la detención, que puede ser policial, mediante arresto ciudadano o resolución judicial por flagrancia delictiva. Estos arrestos no pueden durar más de 24 horas.

Otra medida es la suspensión preventiva de derechos como el impedimento de salida del país o de realizar determinadas labores. También será posible ordenar el impedimento de aproximarse a ciertos lugares. La última medida es la internación preventiva, cuando exista peligro de fuga y convicción de que el adolescente cometió una infracción sancionable con internación. La comparecencia y la internación domiciliaria también podrán evaluarse.

d) Desarrollo del proceso.

En general, se sigue la misma estructura del Código Procesal Penal de 2004: una primera etapa de investigación, una intermedia donde se debate la acusación o la suspensión del proceso por falta de pruebas y, finalmente, el juicio oral. También se regula un proceso de terminación anticipada: acuerdo donde el procesado asume su responsabilidad ante el fiscal.

e) Salidas alternativas del proceso.

También es posible evitar el proceso judicial mediante el recurso de remisión cuando el hecho no revista mayor gravedad y donde es posible aplicar un programa de

orientación restaurativo. Otra salida alternativa es el acuerdo reparatorio, que consiste en el reconocimiento del daño por parte del adolescente frente a la víctima y el compromiso a repararlo.

Por último, el mecanismo restaurativo, que consiste en una intervención especializada entre un conciliador autorizado por el fiscal o el juzgador para el establecimiento de un dialogo entre la víctima y el adolescente. El mecanismo restaurativo no excluye la medida socioeducativa aplicable al adolescente”.(pág. 01)

No podemos dejar de lado el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional el cual mediante STC Exp. N° 03247-2008-PHC/TC(2008), establece los lineamientos de la Doctrina de Protección Integral del Menor:

“4. 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.

5. 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 ciudadanos. 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”.

6. Que la concepción del niño y del adolescente como persona sujeto 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, 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. 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.

7. Que la doctrina de la situación irregular tenía como principales ejes:

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.

8. 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 una noción vaga del interés superior del niño".

9. 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".

10. Que, de esta forma, los elementos principales de una doctrina de protección integral viene 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.
- 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, 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”.

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” (pág. 01).

CAPITULO VI

RESULTADOS DOGMÁTICOS DE LA INVESTIGACIÓN

6.1. NECESIDAD DE UN CAMBIO DE SISTEMA PENAL JUVENIL: ACIERTO EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1348.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática ha establecido en su punto 14 de su Informe Técnico 01: Estadísticas de Seguridad Ciudadana del julio – diciembre 2016 lo siguiente(2016):

“En el trimestre julio-setiembre 2016, se registraron 2 mil 654 niñas, niños y adolescentes que se encontraban en circunstancias difíciles; es decir, en situaciones vulnerables como fuga de hogar (197), frecuentar bares (176), peligro de abandono (118), sin hogar (85), frecuentar casa de juegos (78), entre otros. Los departamentos de Huánuco y Lambayeque presentaron el mayor número de niñas, niños y adolescentes en circunstancias difíciles (888 y 712, respectivamente).

CUADRO Nº 48

Perú: Niñas, niños y adolescentes en circunstancias difíciles, según departamento.

Trimestre: Enero - Noviembre 2016

	TIPO DE CIRCUNSTANCIA														
Departamento	Total	Adictos	Proxenetismo	Bandas juveniles	Pirañas	Maltratos	Sin hogar	Peligro de abandono	Fuga de hogar	Extraviados	Violados	Ausentismo escolar	Frecuentar bares	Frecuentar casas de juegos	Otras
Total	2654	118	6	321	154	199	250	933	1651	565	199	733	958	812	10250
Amazonas	159	-	-	-	-	5	1	-	-	-	-	1	-	1	151
Ancash	189	7	-	18	2	10	9	4	55	13	-	5	14	3	49
Apurímac	40	-	-	1	14	10	-	1	1	-	-	2	4	1	6
Arequipa	802	-	-	-	-	1	138	411	3	-	2	1	-	30	216
Ayacucho	1554	-	-	8	22	9	2	43	379	60	1	382	87	446	115
Cajamarca	18	-	-	-	-	-	-	12	-	-	2	3	-	-	1
Prov. Const. Callao	364	4	-	31	16	6	3	49	8	-	-	34	-	2	211
Cusco	970	52	-	3	10	2	26	161	3	-	6	11	356	116	224
Huancavelica	19	-	2	-	2	-	-	-	1	-	1	-	-	-	13
Huánuco	4920	3	2	6	2	-	-	2	2	2	5	5	1	-	4890
Ica	278	12	-	86	17	1	2	9	108	11	14	3	2	1	22

Junín	339	15	-	38	12	12	7	22	69	11	37	4	5	1	106
La Libertad	427	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	425
Lambayeque	4291	-	-	-	1	2	1	52	310	288	13	110	383	15	3116
Lima	938	3	-	80	36	42	11	63	418	84	92	4	-	-	105
Loreto	30	-	-	-	-	-	-	16	1	4	-	4	-	-	5
Madre de Dios	82	3	-	2	1	-	-	-	9	1	-	1	4	-	61
Moquegua	138	-	-	2	-	60	4	32	22	-	1	-	2	1	14
Pasco	6	-	-	1	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	14
Piura	276	1	-	7	18	14	19	17	10	44	4	18	5	4	115
Puno	746	-	-	-	-	12	11	28	243	24	30	63	86	183	66
San Martín	317	14	-	32	-	12	15	2	6	-	-	6	1	-	229
Tacna	126	13	2	-	-	-	-	7	1	21	1	69	5	8	9
Tumbes	96	1	-	3	-	-	1	2	2	2	-	6	-	-	79
Ucayali	24	-	-	3	1	-	-	-	-	-	-	1	1	-	18

(-) No se han registrado casos.

Fuente: Ministerio del Interior - Oficina Estadística de la Policía Nacional del Perú y Dirección General de Gestión en Tecnologías de la Información y

Comunicaciones.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática. (pág. 140)

CUADRO Nº 49

Perú: Niñas, niños y adolescentes retenidas/os, por sexo y grupo de edad, según departamento

Enero - Noviembre 2016

Departamento	Total	HOMBRES				MUJER			
		TOTAL	Menor de 6 años	6-11	12-17	TOTAL	Menor de 6 años	6-11	12-17
Total	20281	14765	719	1384	12662	5516	521	1069	3926
Amazonas	155	155	-	-	155	-	-	-	-
Ancash	198	155	4	10	141	43	-	5	38
Apurímac	125	119	1	4	114	6	-	-	6
Arequipa	975	485	39	82	364	490	26	88	376
Ayacucho	1602	1189	4	29	1156	413	6	20	387
Cajamarca	61	42	-	9	33	19	4	9	6
Prov. Const. Callao	369	317	-	11	306	52	7	-	45
Cusco	1037	799	54	80	665	238	50	42	146
Huancavelica	57	57	1	1	55	-	-	-	-
Huánuco	5204	3961	4	4	3953	1243	4	4	1235
Ica	390	315	2	3	307	75	7	21	47

Junín	349	311	16	17	278	38	2	4	32
La Libertad	769	737	-	-	737	32	-	1	31
Lambayeque	4342	2467	549	812	1106	1875	333	745	797
Lima	2 101	1 626	13	57	1 556	475	22	56	397
Loreto	159	133	-	10	123	26	-	11	15
Madre de Dios	92	86	-	1	85	6	2	-	4
Moquegua	179	106	6	20	80	73	13	17	43
Pasco	10	9	-	-	9	1	-	-	1
Piura	585	443	22	133	288	142	28	37	77
Puno	818	639	2	79	558	179	16	5	158
San Martín	331	303	-	3	300	28	-	-	28
Tacna	128	103	2	10	91	25	1	1	23
Tumbes	104	99	-	1	98	5	-	1	4
Ucayali	141	109	-	5	104	32	-	2	30

(-) No se han registrado casos.

Fuente: Ministerio del Interior - Oficina Estadística de la Policía Nacional del Perú y Dirección General de Gestión en Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.(pág. 141)

En el país, entre enero y noviembre 2016 se han registrado 20 mil 281 niñas, niños y adolescentes retenidas/os; el 72,8% son hombres y en su mayoría tenían entre 12 y 17 años de edad (85,8%). La cantidad de niños retenidos menores de 12 años de edad representaron el 14,2%. Con relación a las mujeres (niñas y adolescentes) en circunstancias difíciles, el total alcanzó 5 mil 516, de ellas, el 71,2% tenía entre 12 y 17 años de edad. En este mismo período, los departamentos de Huánuco (5 204) y Lambayeque (4 342) registraron el mayor número de niñas, niños y adolescentes retenidos/ as.(Instituto Nacional de Estadística e Informática , 2016, pág. 141)

Como podemos apreciar de acuerdo a las estadísticas mostradas era necesario un cambio normativo, aunado a las recomendaciones de la Convención respecto a la normativa peruana. Desde una perspectiva normativa es acertado la promulgación de un Código de Responsabilidad del Adolescente en nuestro sistema especializado de protección al menor de cara al respeto al interés superior del adolescente.

6.2. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA PENAL JUVENIL TUTELAR Y EL ADOPTADO POR EL CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE – DECRETO LEGISLATIVO 1348: SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

Conforme a la legislación adoptada y descrita anteriormente, el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente acoge el sistema de Protección Integral de Menor de cara al respeto del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente.

Después de que la doctrina de la situación irregular comenzó a ser cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los menores de edad se dio la doctrina del “Protección Integral”, en cuyas bases nace la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989; la cual, se caracteriza por considerar al interés superior del niño como norma rectora de interpretación y criterio orientador de políticas públicas referidas a la categoría infancia y de la adolescencia.

GARCÍA HUAYAMA y ALVARADO REYES (2013, pág. 08) plantean las siguientes diferencias en torno a estos dos sistemas y que hemos aplicado y agregado en él las categorías inmersas en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente:

PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR Y LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTENIDA EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1348 – CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE				
	Doctrina de la Situación Irregular	Doctrina de la Protección Integral	Decreto Legislativo 1348	
En cuanto al reconocimiento de derechos	El menor no es considerado titular de derechos, sino objeto de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial.	La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección.	<p>Artículo I.- Responsabilidad penal especial</p> <p>1. El adolescente entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, es sujeto de derechos y obligaciones, responde por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial, considerándose para ello su edad y características personales.</p> <p>Artículo II.- Principio de interés</p>	

			<p>superior del adolescente</p> <p>1. Al adolescente se le debe brindar la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos durante el proceso de responsabilidad penal. El desarrollo y ejercicio de sus derechos deben ser considerados como principios rectores. Ningún derecho debe ser perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del adolescente.</p>
Intervención del Juez	El juez interviene cuando considera que hay “peligro material o moral”, concepto que no se define y permite disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada.	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada.	<p>Artículo VI.- Principio de desjudicialización o mínima intervención</p> <p>De acuerdo a las disposiciones del presente Código y en tanto se considere necesario, deben adoptarse medidas que eviten someter al adolescente a un proceso judicial o se ponga término al mismo sin necesidad de recurrir al juicio oral. Para ello debe respetarse los derechos del adolescente y considerar en lo pertinente el interés de la víctima.</p>
Sistema judicial	El sistema judicial trata los problemas asistenciales o jurídicos, sean civiles o penales, a través de la figura del Juez de menores.	El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de dieciocho años que entren en colisión con la ley penal	<p>Artículo V.- Principio de justicia especializada</p> <p>1. El proceso de responsabilidad penal del adolescente es un sistema distinto al de adultos por proteger en mayor medida los derechos y garantías de los adolescentes. La aplicación del presente Código está a cargo de funcionarios especializados en la materia, capacitados en Derechos Humanos, especialmente en la Convención de los Derechos del Niño, en los instrumentos internacionales ratificados por</p>

			<p>Perú, que constituyen la doctrina de la protección integral del adolescente y demás estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil, así como en Ciencias Penales.</p> <p>2. La especialización abarca tanto a los servidores civiles involucrados en el desarrollo del proceso, como aquellos encargados de la ejecución de toda medida socioeducativa dispuesta.</p>
Motivos que facultan la privación de la libertad del adolescente	Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos, aún por la situación socioeconómica en la que se encuentra, aduciendo “peligro material o moral”.	En casos excepcionales, por el menor tiempo posible y siempre que cometa grave infracción a la ley penal, se permite la privación de la libertad del menor de edad, bajo un régimen especial de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.	<p>Artículo VII.- Debido Proceso</p> <p>1. Todo adolescente tiene el derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistido por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un defensor público desde que es citado o detenido por la autoridad competente. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la Ley señala.</p> <p>2. Ningún adolescente puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer responsabilidad contra sí mismo o los miembros de su grupo familiar, compuesto por</p>

			<p>los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastrros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.</p> <p>3. El proceso de responsabilidad penal del adolescente garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal al agraviado o perjudicado por la infracción. Las autoridades de la Administración de Justicia, están obligadas a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.</p> <p>Artículo VI.- Principio de desjudicialización o mínima intervención</p> <p>De acuerdo a las disposiciones del presente Código y en tanto se considere necesario, deben adoptarse medidas que eviten someter al adolescente a un proceso judicial o se ponga término al mismo sin necesidad de recurrir al juicio oral. Para ello debe respetarse los derechos del adolescente y considerar en lo pertinente el interés de la víctima.</p>
--	--	--	--

6.3. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA PENAL JUVENIL Y EL SISTEMA PENAL PARA ADULTOS: DESACIERTO EN LA DACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 1348. RESPETO AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL ADOLESCENTE – MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.

Una de las principales características del Decreto Legislativo 1348 – Código de Responsabilidad Penal del Adolescente es el incremento de las “medidas socioeducativas privativas de la libertad” con las cuales se puede internar al adolescente infractor hasta por 10 años en caso de delitos como el sicariato o la violación de una menor de edad seguida de muerte. A nuestro entender y de cara a la formulación del problema de investigación ¿es esta la mejor vía para tratar a un adolescente en conflicto con la ley penal?

La respuesta a dicho cuestionamiento nos lleva a lo considerado por el jurista GUNTHER JAKOBS el cual dentro de sus estudios menciona el denominado “Derecho Penal del Enemigo”. Y de esto se deriva que existan en la sociedad dos tipos de tipos de delincuentes: el compuesto por aquellos que han cometido un error y el segundo por lo que pueden destruir el ordenamiento jurídico; en estos último el trato que dé el Estado es de no personas pues quedaría vulnerada la seguridad del resto, por lo que la manera más adecuada de protegerse es separarse de ellos por ser “enemigos”.

Otros doctrinarios también sustentan la existencia de un “derecho penal del enemigo”. Así. MUÑOZ CONDE (2005) considera: “Nadie niega, pues la existencia del derecho penal del enemigo, lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con el sistema del Estado de Derecho y el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales”(pág. 30). A su vez GARCÍA MARTIN (2005) en el mismo sentido señala: “No obstante parece reconocerse por todos la existencia real de un corpus legal de enemigos en el Derecho Penal y Procesal Penal de la actualidad”(pág. 3).

Pero como conceptuaríamos al derecho penal del enemigo. Para CANCIO MELIA(2005), el derecho penal del enemigo implica un cambio de paradigma en cuanto al punto de partida para la valoración jurídico penal, pues ya no es el hecho del autor lo que ha de servir de base para la valoración, sino ciertas características al modus vivendi del autor,

de este modo ha de valorarse la personalidad del autor, luego lo propio del derecho penal del enemigo es que este se erige un verdadero Derecho penal del Autor”.(pág. 22)

Es desde esta perspectiva que revisando el del Decreto Legislativo 1348 no encontramos de manera general, ninguna medida específica que sirva para la resocialización del adolescente infractor, ni tampoco ningún estudio previo sobre el extracto social y económico del cual en su gran mayoría provienen estos adolescentes, en virtud que sólo se opta por agravar las sanciones, considerando a nuestro entender al adolescente como un “enemigo” el cual debe ser separado de la sociedad para que no haga daño. No es dable ni razonable tener aplicar el “derecho penal del enemigo” a la situación de un adolescente infractor de la ley penal, pues eso claramente vulneraría el principio del interés superior del niño; es necesario la aplicación de una política integral que involucre a la sociedad en su conjunto a fin de entender a cabalidad la realidad de la problemática de nuestra juventud con la delincuencia, a partir de ello se podrán formular las acciones necesarias para combatir la delincuencia con eficacia.

El Decreto Legislativo 1348, sanciona hasta con diez años de internamiento en un Centro Juvenil los adolescentes de entre 16 y 18 años de edad que cometan sicariato. La pena mínima es de 8 años. Así lo establece el nuevo Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes creado por el Decreto Legislativo 1348 publicado en el diario El Peruano.

Por otro lado, con miras en el análisis del Decreto Legislativo, somos de la opinión a pesar de lo señalado en líneas anteriores que “Aun cuando los menores de edad se encuentran sometidos a una jurisdicción especializada debemos tener el valor de admitir que se trata de una responsabilidad penal, aunque atenuada respecto de los adultos, pero de la misma naturaleza. En tal sentido, coincidimos con ORNOSA FERNÁNDEZ cuando sostiene que la exigencia de un proceso diferenciado respecto a los adultos “no es obstáculo para que el proceso de infracción a la ley penal deba considerarse de carácter penal, por su propia naturaleza y aplicación de los principios, derechos y garantías previstos en el ordenamiento jurídico”.(GARCIA HUAYAMA & ALVARADO REYES, 2013, pág. 09)

Sin embargo, lo antes expuesto no quiere decir que sea adecuado tratar a los menores de edad de manera idéntica que a los adultos, pues el adolescente infractor es una

persona que se encuentra en desarrollo y que aún no ha tenido tiempo para interiorizar a plenitud las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que por lo tanto resulte irresponsable, sino que la reacción social frente a sus actos ilícitos no debe ser exclusivamente el castigo, sino que sobre todo se debe procurar: a) fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal, b) promover su real rehabilitación para cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad, c) favorecer la participación de la comunidad en el proceso de reinserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de las medidas socioeducativas. (GARCIA HUAYAMA & ALVARADO REYES, 2013, pág. 10)

Y es justamente el deslinde que debe darse en una ley sobre la aplicación del derecho penal del enemigo con la aplicación de la doctrina de protección integral del menor, que conforme a este espectro GARCÍA HUAYAMA y ALVARADO REYES (2013) mencionan el conjunto de características que debe ostentar una ley que se encuentre al amparo de la doctrina integral del menor y al principio del interés superior del niño (págs. 10-11):

- a) Abolición de la pena de muerte¹⁴, que recoge el artículo 4.5 de la Convención Americana al disponer “no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad ...”;
- b) Corta duración e improrrogabilidad de la prisión, con la consecuente prohibición del encarcelamiento de por vida o cadena perpetua para menores de edad en atención al artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño que señala: “a) Ningún niño será 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) (...) 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) Exclusión de la publicidad de juicio oral y confidencialidad respecto a la identidad del adolescente infractor para evitar su estigmatización;
- d) Intervención de los padres o responsables y
- e) Inclusión de estudios psico – sociales que orientan al juez a la hora de determinar la medida a imponer dentro del marco de la legalidad.

Hemos señalado que el Decreto Legislativo 1348 no ostenta ninguna medida específica que sirva para la resocialización del adolescente infractor, cuestión que debe ostentar de cara a la doctrina de protección integral y el principio del interés superior del niño. Veamos ahora lo relativo a las medidas socioeducativas.

Para HERRERA ZURITA(2010), las medidas socioeducativas se definen como “...acciones legales dispuestas por la autoridad judicial competente, cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal” (pág. 23). Por su parte para ORTIZ CABELLOS (2015) “...la medida socioeducativa es la consecuencia impuesta al adolescente infractor de la norma penal”.(pág. 05)

Las medidas socioeducativas reguladas en el Decreto Legislativo 1348 se dividen en no privativas de la libertad y en la internación en un centro juvenil. Si la infracción no requiere internación, se puede ordenar la amonestación, la libertad asistida y la prestación de servicios a la comunidad y están reguladas en la Sección VII del Título I del Decreto Legislativo en mención.

A diferencia del Código de los Niños y Adolescentes el Código de Responsabilidad del Adolescente – Decreto Legislativo 1348 si contiene los criterios para la determinación de la medida socioeducativa por parte del Juez. En el anterior Código sólo se encontraban dos disposiciones normativas, como son los artículos 215 y 230, los referidos a la sanción penal juvenil o medidas socioeducativas.

Es evidente que el panorama de este nuevo Código es mucho mejor al establecido en el Código de los Niños y Adolescentes. En virtud de que a partir del Artículo 153 del Decreto Legislativo 1348 se amplía el espectro de criterios para la determinación de la medida socioeducativa: “Son criterios para determinar la imposición de la medida socioeducativa y su duración al momento de dictarse la sentencia condenatoria: 1. La gravedad de la infracción; 2. La gravedad del daño causado;3. El grado de participación del adolescente en la infracción;4. La edad del adolescente al momento de cometer la infracción;5. La proporcionalidad e idoneidad de la medida socioeducativa atendiendo al interés superior del adolescente y el principio educativo;6. La capacidad del adolescente para cumplir la medida socioeducativa;7. La voluntad de reparar el daño mostrada por el adolescente;8.

La contención y contexto familiar del adolescente; y 9. Las condiciones personales y sociales del adolescente.

Para considerar estos criterios de las medidas socioeducativas establecidas en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente – Decreto Legislativo 1348, debemos considerar lo establecido por CHUNGA LA MONJA(1996) el cual considera: ““La Sentencia quepronunciará el Juez en el proceso penal seguido al adolescente infractor, tendráen cuenta "la existencia del daño causado", "la gravedad de los hechos", el "grado de responsabilidad del adolescente"; y "el informe social del Equipo Multidisciplinario y el Informe Social", invirtiendo la graduación que preconiza el Derecho de Menores. El menor es el eje no la rueda. La persona humana es el fin supremo, no el daño causado ni la gravedad de los hechos. Preciso es saber primero cuál es la causa que produjo el efecto”. Además señala: “En la mayoría de los casos, el "delito" es accidental en la vida del niño y adolescente y surge de estados de abandono, peligro o simplemente de ¡hambre!. Por ello es imprescindible que los fundamentos lo constituyan el exhaustivo asesoramiento técnico que informen desde un punto genético, dinámico, acerca del contorno (Servicio Social); historia y estado psicofísico (servicio médico-psicológico-psiquiátrico) y comportamiento pedagógico (servicio pedagógico). En consecuencia el informe del Equipo Multidisciplinario debe ser lo primero que debe tener en cuenta el Juez, con el debido asesoramiento si se van a ejecutar medidas socio-educativas”(pág. 245).

Debemos aclarar que el jurista antes mencionado, realiza dicho comentario en base al Código de los Niños Adolescentes y no en base al contenido del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente – Decreto Legislativo 1348; sin embargo consideramos que es aplicable dicho comentario. No hay duda que el decreto antes acotado posee criterios objetivos de aplicación de las medida socioeducativas y estos se junta el hecho, que el juez debe mirar hacia los principios de intervención mínima y educativo de la sanción penal juvenil.

Con relación al principio de intervención mínima los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial deben considerar que antes del inicio de un proceso judicial que conlleva la exposición del adolescente infractor al ambiente difícil de aquel y la

subsecuente imposición de una medida socioeducativa, debe descartar la procedencia de aplicación de cualquier otro mecanismo destinado a lograrla reeducación del infractor tras la comisión de la conducta reprochable, como la remisión(ORTIZ CABELLOS, 2015, pág. 12) prevista en los artículos 129 – 136 del Decreto N° 1348 - Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Por su parte el principio educativo de la sanción penal juvenil implica que el Órgano Jurisdiccional debe en todo momento considerar que la sanción penal juvenil reviste un carácter educativo, lo que constituye un rasgo diferenciador de la pena aplicable a los adultos. La UNICEF al respecto señala: “(...) lo que verdaderamente caracteriza al sistema penal juvenil es que la sanción penal debe tener preponderantemente una finalidad educativa y de inserción social, propiciando que el adolescente repare el daño causado, realice actividades comunitarias o se capacite profesionalmente y sólo frente a la comisión de delitos graves se aplique la pena privativa de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible”¹². Por nuestra parte, el carácter educativo significa el sentido que persigue la imposición de una pena juvenil, esto es, educar a través de su fijación dada la gravedad de la conducta cometida y las consecuencias que acarrea, a efectos de evitar que el menor infractor prosiga con aquellas conductas y enmiende su comportamiento frente a la sociedad.(ORTIZ CABELLOS, 2015, pág. 13)

CONCLUSIONES

- a) La importancia del interés superior del niño y del adolescente en el contenido normativo del Decreto Legislativo N° 1348 debe orientarse a ser concebido como un valor especial relacionado con los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y su dignidad, y es por este motivo que dicho principio posee fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación y aplicación de las mismas.
- b) La doctrina de protección integral del menor y adolescente encuentra su fundamento en los principios universales que gobiernan los derechos humanos –la dignidad, la equidad y la justicia social, siendo importante la participación solidaria del Estado de la comunidad y de la familia para el pleno ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes. Así, el Estado actúa en base de un conjunto de acciones, políticas, planes y programas para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos que les corresponden.
- c) El principio del interés superior del niño no debe concebirse sólo como atención a las necesidades del menor, sino como un derecho del mismo a ser tratado con el debido proceso otorgándole respuestas que favorezcan la responsabilización y que atiendan a su especial consideración de menor de edad.
- d) Conforme lo señala el Tribunal Constitucional, el principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal comprendiendo a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. A su vez, el supremo intérprete considera que este principio ostenta un carácter “garantista”, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos. Por su parte la Corte Interamericana, señala que es imprescindible fundamentar las sentencias cuando estén involucrados derechos

del niño o adolescente, de cara al respeto del principio del interés superior del niño. Por tanto, la Corte es firme en manifestar que no sirve pretender decidir por el interés del niño, pues si no se prueba la motivación esgrimida no se puede alcanzar el fin ulterior de protección y se deben esgrimir las implicancias de la medida sobre el bienestar y desarrollo del niño.

- e) Por último y con respecto a los sistemas latinoamericanos, a finales del S. XIX, se origina y desarrolla el “Derecho de Menores”, existiendo ordenamientos jurídicos que han reunido toda la materia en cuerpos jurídicos codificados, concebidos como códigos del menor y, en otros casos se ha logrado una legislación orgánica autosuficiente. En América Latina se concibe y aplica la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que abandona la ideología reconocida como modelo tutelar para llegar a la doctrina de protección integral del menor.
- f) A pesar de que el Decreto legislativo 1348 incluye la doctrina de protección integral del menor y por ende su contenido en el principio del interés superior del menor y adolescente, adolece de un contenido que se orienta al derecho penal del enemigo en el sentido de que el aumento de las sanciones llamadas “Medidas Socioeducativas Privativas de la Libertad” con las cuales se puede internar al adolescente infractor hasta por 10 años en caso de delitos como el sicariato o la violación de una menor de edad seguida de muerte. Y esto hace pensar que el Estado piense que con una sobrecriminalización de los tipos penales atenuaría el problema de delincuencia juvenil. El Decreto Legislativo 1348 entra en vigencia progresivamente por ende esta investigación será motivo de una ampliación en la calidad investigativa en la medida que se corrobore los resultados del contenido normativo de esta ley, considerando que la misma no contiene ninguna referencia o medida que se incline a la resocialización del adolescente infractor.

RECOMENDACIONES

Se recomienda lo siguiente con la finalidad de que el principio del interés superior del niño sea considerado de manera eficaz en el contenido normativo del D. Leg 1348, que se establezca y aplique en cada decisión una política integral de protección al menor que incluya no sólo al Estado si a la sociedad en su conjunto, y a su vez evitando normas que sobrecriminalicen los delitos y aumentan las sanciones pensando que con eso se solucionará el problema del menor infractor en la delincuencia juvenil. Si bien es cierto el Decreto Legislativo es un gran acierto en cuanto a la aplicación de protección integral del menor es necesario corroborar su aplicación y merituar si las sanciones son verdaderamente eficaces con relación al gran índice de delincuencia juvenil en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIAGA GAMARRA, J. (2013). *El interés superior del niño y del adolescente en la adopción internacional en el Perú*. Lima: Tesis - PUCP.
- ARCE GUZMAN , A. (2012 - N° 06). La propuesta de la doctrina de la protección integral del menor en conflicto con la ley penal. *Revista Polemos* , 9-14.
- ARMIJO, G. (1997). *Enfoque Procesal de la Ley Penal Juvenil*. San José: s/n.
- BARATTA, A. (2000). *Evolución del tratamiento del menor infractor - Informe Defensorial N° 51*. Lima: Defensoria del Pueblo.
- BARLETTA VILLARAN, M. C. (Año III-2012). La responsabilidad penal atenuada de los adolescentes en conflicto con la ley penal. *Revista Polemos* , 15-21.
- BELOFF, M. (2001). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. En E. GARCÍA MÉNDEZ, *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Caso J.V.C.B., EXP. N° 03247-2008-PHC/TC - Cuzco (Tribunal Constitucional 14 de Agosto de 2008).
- CASTILLO CÓRDOVA , L. (2010 - N° 14). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* , 89-118.
- CASTRO CID, B. (2004). *Manual de Teoría del derecho*. Madrid: Universitas.
- CHUNGA LAMONJA, F. (1996). *Código de los Niños y Adolescentes Ley N° 27337*. Lima: Grijley.
- CILLERO , M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En E.

GARCIA MENDEZ, & M. BELOFF, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Bogotá: Depalma .

- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Sistema de Derechos fundamentales* . Navarra: Thomson Civitas.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2002 - N° II). La valoración del interés del Menor . *Anuario de Justicia de Menores* , 56-57.
- GARAY MOLINA, A. (2011). *El modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Recuperado el 11 de Febrero de 2017, de http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-11_del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad_210208.pdf
- GARCIA CARPIO, S. (Mayo de 2016). *Urge derogar el Decreto Legislativo 1204, recomendó Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano*. Recuperado el 13 de Febrero de 2017, de <http://justiciajuvenilrestaurativa.org/peru/urge-derogar-el-decreto-legislativo-1204-recomendo-comite-de-los-derechos-del-nino-al-estado-peruano/>
- GARCIA HUAYAMA , J., & ALVARADO REYES, J. (01 de 01 de 2013). *La disminución de la edad de inimputabilidad penal: ¿solución efectiva frente a la delincuencia juvenil?* Recuperado el 10 de 03 de 2017, de Derecho y cambio Social : www.derechoycambiosocial.com
- GARCÍA MENDEZ, E. (1994). *Derechos de la infancia adolescencia en América Latina*. Quito: Edino.
- GARCIA MENDEZ, E. (1998). Infancia, ley y democracia: Una cuestión de justicia. En E. GARCIA , & M. BELOFF, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Bogotá: Depalma.
- GARCIA MENDEZ, E. (1997). Legislación Infanto - juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias. En *Materiales de lectura*

del Seminario Taller Internacional: "El principio del interés superior del niño en la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección a la Infancia. Lima: Unicef.

- GARCIA RAMIREZ , S. (1997). *La inimputabilidad en el derecho penal mexicano.* Mexico DF: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GRACIA MARTIN, L. (2005). *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. N° 07.* Recuperado el 22 de febrero de 2017, de Revista electrónica de ciencia penal y criminología: <http://criminet.ugr.es/recpc/>
- GROSSMAN, C. (1998). *Los Derechos del Niño en la familia.* Buenos Aires: Universidad.
- HERRERA ZURITA, L. (2010). *La ineficacia de las medidas socioeducativas aplicadas al adolescente infractor, ocasiona reincidencia en el cometimiento de delitos en la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua, en el primer semestre del año 2009.* Ambato: Repositorio de la Universidad Técnica de Ambato - Ecuador.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática , I. (2016). *Estadísticas de Seguridad Ciudadana.* Lima: INEI.
- MENDEZ COSTA , M. (2006). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2006). La convención frente al desamparo del menor. En *Desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España.* Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005). *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo.* Buenos Aires: Depalma.
- NAVAS RIAL, C. (2002 Año II). Los menores y el derecho penal en la republica de Argentina. *Anuario de justicia de menores* , 120-121.

- ONU. (2013). *La Justicia Penal en el Perú*. Lima: Naciones Unidas.
- ORTIZ CABELLOS, U. (2015). La necesidad de criterios objetivos para la determinación de las medidas socioeducativas del adolescente infractor. *Revista de Investigación Jurídica*. N° 09 , 1-21.
- PABON PARRA, P. (2007). *Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes* . Bogotá: Doctrina y Ley.
- RIVAS LAGO, E. (2015). *la evolución del interes superior del niño. Hacia una evolución y determinación objetiva*. Santiago: Universidad de Chile .
- RPP NOTICIAS. (13 de Enero de 2017). *RPP NOTICIAS WEB*. Recuperado el 22 de Febrero de 2017, de <http://rpp.pe/politica/gobierno/las-5-claves-del-nuevo-codigo-de-responsabilidad-penal-de-adolescentes-noticia-1023417>
- SARAMANGO, J. (2007). *Las pequeñas memorias* . Buenos Aires: Alfaguara.
- SOKOLICH ALVA, M. I. (2013). la aplicación del principio del interés superior del niño en el sistema judicial peruano. *Vox Juris* .
- SOTO, C., & FEDERICO, C. (2002). *Los menores de edad frente al derecho penal*. México: Cuadernos de Judicatura - Tribunal de Justicia de Zacatecas.