

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO.



“VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO E IGUALDAD AL APLICARSE SIMILARES MEDIDAS DE PROTECCIÓN TANTO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 12 A 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, COMO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR”.

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Br. Fátima Del Rosario Medina Neyra.

ASESOR:

Abog. Francisco Javier Mauricio Juárez.

Trujillo, julio del 2016.

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO.



“VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO E IGUALDAD AL APLICARSE SIMILARES MEDIDAS DE PROTECCIÓN TANTO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 12 A 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, COMO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR”.

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Br. Fátima Del Rosario Medina Neyra.

ASESOR:

Abog. Francisco Javier Mauricio Juárez.

Trujillo, julio del 2016.

DEDICATORIA.

***A Dios,** por su infinita bondad y bendiciones, por estar conmigo en cada momento, por darme vida, salud y sabiduría, y por haberme permitido culminar un peldaño más de mis metas.*

***A Bethoven y Marilú,** mis padres, por ser los mejores, por brindarme siempre su amor y comprensión, por dedicarme tiempo y esfuerzo, por apoyarme en todo momento, y por enseñarme el valor de la perseverancia.*

***A Adriana Margarita,** mi hermana, porque con su amor, ejemplo de superación y dedicación me ha instruido para seguir adelante en mi vida profesional.*

***A Adriana y Blanca,** mis abuelitas, por brindarme su amor incondicional, por consentirme, por comprenderme, y por darme sus sabios consejos.*

AGRADECIMIENTO.

***A Dios**, por haberme creado, por ser el motor de mi vida, por guiarme, por darme las fuerzas necesarias para no rendirme y por iluminarme en cada instante de mi vida.*

***Les agradezco con amor a mis padres, abuelitas y hermana**, por brindarme su cariño y apoyo incondicional, por creer y confiar en mí, y por tenerme presente en cada una de sus oraciones.*

***Al Abog. Javier Mauricio**, mi asesor, por sus apreciados y relevantes aportes, por sus comentarios, por sus críticas constructivas y sugerencias durante todo el desarrollo de la presente investigación, y por su constante y paciente seguimiento.*

*A mi **Alma Máter y su cuerpo docente** porque en su oportunidad puso a mi servicio las mejores herramientas académicas para afrontar mis retos profesionales en beneficio de la sociedad.*

PRESENTACIÓN.

Señores integrantes del jurado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas:

De mi especial consideración:

Fátima Del Rosario Medina Neyra, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, cumpliendo con los requisitos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de tesis por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada Antenor Orrego, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: **“VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO E IGUALDAD AL APLICARSE SIMILARES MEDIDAS DE PROTECCIÓN TANTO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 12 A 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, COMO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR”**.

Por ello, dejo a sus acertados criterios la correspondiente evaluación del presente trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Les agradezco de antemano la atención brindada y hago propicia la oportunidad para expresarles las muestras de mi consideración personal y deferente estima.

Trujillo, julio de 2016.

Atentamente,

Br. Fátima Del Rosario Medina Neyra

RESUMEN.

La presente tesis se denomina “VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO E IGUALDAD AL APLICARSE SIMILARES MEDIDAS DE PROTECCIÓN TANTO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 12 A 14 AÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, COMO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR”, considerando que, el objetivo general de esta investigación es, determinar si la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar vulnera los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.

Para cumplir con el citado objetivo, se realizó un análisis jurídico exhaustivo de la doctrina y legislación nacional e internacional. Asimismo, se ha entrevistado a una muestra de magistrados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, así como del Ministerio Público y docentes universitarios, especializados en derecho de Familia y en Derecho del Niño y el Adolescente. También, se analizó una muestra de expedientes sobre medidas de protección impuestas a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, al igual que, de las medidas de protección dictadas a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono.

A través de la presente investigación se pretende determinar que ante la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar se vulneran los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.

ABSTRACT.

The present thesis is called "VIOLATION OF THE PRINCIPLES OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND EQUALITY WHEN APPLYING SIMILAR MEASURES OF PROTECTION AS MANY TO THE CHILDREN AND ADOLESCENTS FROM 12 TO 14 YEARS IN CONFLICT WITH THE PENAL LAW, AS TO THE CHILDREN AND ADOLESCENTS IN SITUATION OF FAMILIAR VULNERABILITY", considering that, the general objective of this investigation is, to determine if the application of similar measures of protection as many to the children and adolescents from 12 to 14 years in conflict with the penal law, as to the children and adolescents in situation of familiar vulnerability are violates the juridical principles of the best interests of the child and equality.

To expire the mentioned objective, was made an extensive analysis for national and international doctrine and legislation. Likewise, have been interviewed a sample of judges of the High Court of Justice of La Libertad, as well as of Public Prosecutions and University lecturers specialized in Family Law and in Law of Children and Adolescents. Also, was analyzed a sample of processes on protection measures imposed on the children and adolescents from 12 to 14 years in conflict by the penal law, as, of the protection measures dictated in favour of the children and adolescents in condition of abandon.

Across the present investigation one tries to determine that before the application of similar measures of protection so much to the children and adolescents from 12 to 14 years in conflict with the penal law, as to the children and adolescents in situation of familiar vulnerability are violated the juridical principles of the best interests of the child and equality.

ÍNDICE.

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.	iv
PRESENTACIÓN.....	v
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii
ÍNDICE.....	viii
ÍNDICE DE CUADROS.....	xiii
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	xiv
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES.....	xv
CAPÍTULO I.....	16
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.1. Realidad Problemática.....	17
1.2. Formulación del problema.....	24
1.3. Hipótesis.....	24
1.4. Variables.....	24
1.4.1. Variable independiente.....	24
1.4.2. Variable dependiente.....	24
1.5. Objetivos.....	25
1.5.1. Objetivos Generales.....	25
1.5.2. Objetivos Específicos.....	25
1.6. Justificación.....	26
CAPÍTULO II.....	28
DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	28
SUB CAPÍTULO I.....	29
MARCO REFERENCIAL.....	29
1. Antecedentes.....	29
1.1. Internacionales.....	29
1.2. Nacionales.....	29
SUB CAPÍTULO II.....	29
MARCO NORMATIVO.....	29
1. Internacional.....	29
1.1. Convención Internacional de los Derechos del Niño.....	29
2. Nacional.....	35

2.1. Constitución Política del Perú.	35
2.2. Código de los Niños y Adolescentes.	36
SUB CAPÍTULO III.	39
MARCO TEÓRICO.	39
TÍTULO I.	39
Doctrinas de protección del niño y adolescente.	39
1. La doctrina de situación irregular.	39
2. La doctrina de protección integral.	46
TÍTULO II.	65
Niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.	65
1. Concepto jurídico de niños y de adolescentes.	65
2. Concepto de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.	65
3. Evolución del tratamiento de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal a través de las etapas de la historia.	67
3.1. Edad Antigua.	67
3.2. Edad Media.	69
3.3. Edad Moderna.	71
3.4. Edad Contemporánea.	71
4. Evolución del tratamiento de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en el Perú.	74
4.1. Código Penal de 1924.	75
4.2. Código de Menores de 1962.	77
4.3. Código de Menores de 1992.	78
4.4. Código del Niño y de los Adolescentes de 2000.	80
TÍTULO III.	82
Responsabilidad penal y exención de responsabilidad penal en la legislación nacional vigente.	82
SUB TÍTULO I.	82
Fenómeno social: incremento de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en nuestro país.	82
SUB TÍTULO II.	86
Responsabilidad penal especial y exención de responsabilidad penal en la legislación vigente.	86
1. Responsabilidad penal especial de los adolescentes en conflicto con la ley penal a partir de los 14 años hasta los 18 años.	86
2. Exención de responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal menores de 14 años.	87

TÍTULO IV.....	90
Medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal reguladas en nuestra legislación vigente.	90
1. Definición de medida de protección.....	90
2. Medidas de protección reguladas en el CNA. para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.	90
3. Medidas de protección reguladas en la legislación comparada para los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.....	94
TÍTULO V.....	106
Niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.	106
1. Concepto de abandono.....	106
2. Naturaleza del abandono.....	109
3. Diferencia entre la situación de abandono y la situación de riesgo.....	110
4. Normativa internacional de protección a los niños y adolescentes en estado de abandono.....	111
5. Normativa nacional de protección a los niños y adolescentes en estado de abandono.....	113
TÍTULO VI.....	116
Las medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.	116
1. Noción de medidas de protección.....	116
2. Casos en los que un Juez puede dictar medida de protección a favor del niño o adolescente en estado de abandono.	116
3. Medidas de protección reguladas en el CNA. para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.	127
4. Medidas de protección reguladas en la legislación comparada para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.	132
TÍTULO VII.....	143
Principio del interés superior del niño.	143
1. Antecedentes.....	143
2. El interés superior del niño en el contexto de la convención.	145
3. Concepto del interés superior del niño.....	148
4. Características y funciones.....	152
5. El interés superior del niño en la interpretación y aplicación del Tribunal Constitucional.	161
TÍTULO VIII.....	164
Principio de Igualdad.....	164
1. Antecedentes.....	164

2. Fórmula de la igualdad.	166
3. Concepto del principio de igualdad.	168
4. Dimensiones de la igualdad.	169
5. El principio de igualdad en la Convención sobre los Derechos del Niño.	171
6. El principio de igualdad en nuestra legislación vigente.	172
7. Discriminación positiva y discriminación negativa.	174
8. El test de igualdad.	177
CAPÍTULO III.	179
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.	179
3.1. Tipo de investigación.	180
3.2. Diseño de la investigación.	180
3.3. Métodos de investigación.	180
3.4. Material de la investigación.	184
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de información.	185
3.6. Población y muestra.	186
3.7. Procedimiento de recolección de la información.	187
3.8. Diseño de procesamiento de la información.	189
3.9. Diseño de presentación y análisis de datos.	190
CAPÍTULO IV.	192
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.	192
1. Técnica de recolección de datos.	193
1.1. Análisis de expedientes.	193
1.2. Entrevista.	202
CONCLUSIONES.	212
RECOMENDACIONES.	214
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	215
ANEXOS.	224
ANEXO N° 01.	225
ANEXO N° 02.	227
ANEXO N° 03.	232
ANEXO N° 04.	233
ANEXO N° 05.	238
ANEXO N° 06.	239
ANEXO N° 07.	240
ANEXO N° 08.	243

ANEXO N° 09.....	246
ANEXO N° 10.....	247

ÍNDICE DE CUADROS.

Cuadro 1: Sujetos procesales.	193
Cuadro 2: Sujetos procesales.	195
Cuadro 3: Sujetos procesales.	197
Cuadro 4: Sujetos procesales.	200
Cuadro 5: Matriz de consistencia.	225
Cuadro 6: Operacionalización de la variable independiente.	227
Cuadro 7: Operacionalización de la variable dependiente.	230
Cuadro 8: Comparación de las medidas de protección reguladas en el CNA. tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años infractores de la ley penal, como para los niños y adolescentes en estado de abandono.	238
Cuadro 9: Diferencias entre la doctrina de situación irregular y la doctrina de protección integral.	239
Cuadro 10: Comparación de las medidas establecidas para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, con las medidas reguladas para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar en la legislación comparada.	240

ÍNDICE DE GRÁFICOS.

Gráfico 1: Pregunta N° 01.	202
Gráfico 2: Pregunta N° 02.	204
Gráfico 3: Pregunta N° 03.	206
Gráfico 4: Pregunta N° 04.	208
Gráfico 5: Pregunta N° 05.	210
Gráfico 6: Pregunta N° 06.	211

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES.

Ilustración 1: Trujillo: caen niños de 11, 13 y 14 años por robar ‘cogoteando’	243
Ilustración 2: Tres escolares fueron intervenidas tras robar vestidos en centro comercial.....	243
Ilustración 3: Menores involucrados en robo y extorsión.....	244
Ilustración 4: Arequipa: adolescentes roban vestidos para ir a fiesta de 15 años. ..	244
Ilustración 5: Trujillo: Extorsionadores utilizaban a menor para recoger pagos de víctima.....	245
Ilustración 6: Piura: Graban a menores extorsionadores recogiendo dinero de cupo.	245
Ilustración 7: San Juan de Lurigancho: hallan a bebé abandonado en plena calle.	246
Ilustración 8: Niños abandonados en Hospital del Niño reciben amor de médicos.	246
Ilustración 9: Expediente N° 692-2013.....	247
Ilustración 10: Expediente N° 1932-2016.....	248
Ilustración 11: Expediente N° 111-2008.....	249
Ilustración 12: Expediente N° 2826-2013.....	250

CAPÍTULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. Realidad Problemática.

En los últimos cinco años se ha incrementado en nuestro país el índice de niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal¹, tan solo, desde el 1 de enero hasta la tercera semana de junio del pasado año 2015, las fiscalías de familia de Trujillo atendieron “231 casos de menores infractores a la ley penal”. (COMERCIO, 2015)

Ante esta situación, es inevitable, recordar que en el año 2012 se dio a conocer a través de los diferentes medios de comunicación la detención del adolescente Alexander Manuel Pérez Gutiérrez, alias 'Gringasho', de apenas 17 años de edad, quien ha sido catalogado como el “sicario más joven del Perú”, pero lo más alarmante aún, es que desde los 13 años él ya era sicario.²

No obstante, este no es el único caso estremecedor de adolescentes en conflicto con la ley penal de los últimos años, puesto que en junio del año pasado, salió a la luz el caso de 'Tonithor' quien con apenas 15 años ya es un sicario al servicio de 'Los Malditos de Bayóvar', una organización dedicada a la extorsión, tráfico de terrenos y venta de droga. Es más, él en una entrevista ha revelado que ha acabado con la vida de varias personas desde que fue reclutado a los 12 años.³

¹ Para mayor información sobre el incremento de la participación de menores en bandas delictivas pueden consultar: <http://elcomercio.pe/peru/la-libertad/participacion-menores-bandas-delictivas-crece-20-al-ano-noticia-1731385>, página web visitada el: 08/11/2015.

² Para mayor información sobre el “caso gringasho” pueden consultar: <http://peru.com/actualidad/mi-ciudad/gringasho-nino-que-se-hizo-sicario-antes-cumplir-mayoria-edad-video-noticia-114269>, página web visitada el: 08/11/2015.

³ Para mayor información sobre el testimonio de “Tonithor” pueden consultar: <http://larepublica.pe/impres/sociedad/5921-cifras-de-la-inseguridad-en-4-meses-se-han-registrado-1667-extorsiones>, página web visitada el: 08/11/2015.

Por ende, ante estos casos, nos cuestionamos, ¿qué medidas se aplican a un niño o adolescente en conflicto con la ley penal?, si de conformidad con lo prescrito en el inciso 2 del artículo 20 del Código Penal vigente “*Está exento de responsabilidad penal el menor de 18 años*”. (CÓDIGO PENAL, 2016)

Pues bien, la respuesta la encontramos en el artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes⁴, ya que en este dispositivo legal se ha establecido que el adolescente infractor mayor de catorce años, será pasible de medidas socioeducativas y el menor de catorce años será pasible de medidas de protección.

En otras palabras, aquellos niños y adolescentes que realicen una conducta ilícita antes de haber alcanzado los 14 años de edad, carecen completamente de responsabilidad penal, por consiguiente, no se encuentran sujetos al régimen jurídico especial y menos aún al sistema penal para adultos o común. Es por ello, que en el artículo 242 del CNA. se ha regulado que el niño que comete infracción a la ley penal se encuentra sujeto a medidas de protección, como son: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y, d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

⁴ En adelante para citar al Código de los Niños y Adolescentes también se utilizará su abreviatura CNA.

Es decir, cuando un niño o adolescente de 12 a 14 años cometa un acto ilícito contra bienes jurídicos protegidos como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad sexual, el patrimonio, entre otros, solo se encontrará sujeto a las medidas de protección indicadas en el párrafo anterior.

Sin embargo, también es importante señalar que los Jueces de Familia no pueden dictar los literales b) y c) del artículo precitado a los niños o adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, puesto que, todavía no se han implementado programas oficiales o comunitarios de defensa con atención educativa, de salud y social, y menos aún, se ha instaurado un registro de familias que se encuentren aptas y deseen acoger a los niños o adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.

Por lo tanto, los Jueces de Familia solo dictan las medidas de protección de cuidado en su propio hogar e internación en un establecimiento de protección especial, no obstante, es necesario indicar que en muchas ocasiones, es en su mismo hogar donde los niños o adolescentes de 12 a 14 años aprenden o son obligados a infringir la ley penal, por ello, se ha incrementado los dictámenes de internación en un establecimiento de protección especial, empero en nuestro país los únicos centros de protección especial que existen tienen como finalidad acoger a los niños o adolescentes en situación de desprotección familiar, por ende, algunos directores de los Centros de Atención Residencial⁵ se oponen a la admisión de niños o adolescentes en conflicto con la ley penal.

Por otro lado, es menester indicar que no solo en nuestro país se ha incrementado el índice de niños o adolescentes de 12 a 14 años en conflicto

⁵ Para efectos de citar a los Centros de Atención Residencial también se utilizará en adelante su abreviatura CAR.

con la ley penal, sino también, el índice de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, según un estudio realizado por Aldeas Infantiles SOS Perú en conjunto con la Universidad Cayetano Heredia, actualmente más de 17 mil niñas, niños y adolescentes peruanos han perdido el cuidado de sus padres y se encuentran en diversos centros de acogimiento públicos y privados. Pero se estima que hay muchos niños más en estado de abandono que no son visibilizados. (LA REPÚBLICA, 2014)

Ante una situación de abandono, obviamente, es el Estado el encargado de proveer al menor de una institución de amparo familiar supletorio, como es la tutela. Por ello, de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes a un niño o adolescente en estado de abandono se le puede aplicar las siguientes medidas de protección: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa; b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y, e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

No obstante, se debe precisar que los literales a) y b) del artículo precitado, no pueden dictarse en caso de declarar el estado de abandono del niño o adolescente, pues como señala Edith Irma Alvarado Palacios se refieren al cuidado en su propio hogar, lo cual supone que la patria potestad o la tutela, se

mantengan vigentes, lo cual contradice la consecuencia de la declaración de abandono, cuál es, la extinción de la patria potestad y/u otras formas de amparo supletorio que se hayan dictado con anterioridad para la protección del menor; tal como lo prevé el Art. 77° literal c) del mismo CNA. (ALVARADO PALACIOS, 2016)

Por ello, las medidas de protección que se pueden ordenar, como consecuencia de la declaración judicial de estado de abandono de un niño o adolescente son las reguladas en los incisos c), d) y e) del artículo precitado, empero la medida de protección más dictada por los Jueces de Familia es la de atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado (CARs), ya que son pocas las familias sustitutas que se inscriben en el Registro de los organismos privados o comunales dedicados a la niñez y adolescencia, a fin de desear incorporar en su seno familiar a un niño o adolescente declarado en estado de abandono. Con respecto a la medida de protección de adopción, si bien es cierto, que el índice de adopciones se está incrementando paulatinamente, aun, es necesario que el Estado mediante diversas campañas fomente las adopciones de los niños y adolescentes que se encuentran en situación de desprotección familiar.

Ante las medidas de protección poco efectivas que tenemos actualmente reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes, tal vez se podría concluir que necesitamos ampliar este catálogo de medidas a fin de proteger eficientemente los principios de interés superior del niño e igualdad, un claro ejemplo de ampliación de medidas de protección es Bolivia⁶, puesto que no

⁶ Artículo 169.

“La Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, mediante procedimiento común establecido en el presente Código, podrá imponer las siguientes medidas de protección:

solo ha establecido medidas de protección dirigidas al menor, sino también, dirigidas a la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, y hacia terceros. De igual manera, cabe precisar que en Colombia se ha previsto como una medida de restablecimiento de derechos para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal la asistencia obligatoria a un curso pedagógico⁷. Asimismo, debemos resaltar que en Uruguay se ha establecido como una

a) A la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor: 1. Advertencia y amonestación; 2. Inclusión obligatoria en programas gubernamentales o no gubernamentales de promoción de la familia; 3. Inclusión en programas gubernamentales o no gubernamentales de tratamiento a alcohólicos o toxicómanos; 4. Obligación de recibir tratamiento psicológico o psiquiátrico; 5. Obligación de asistir a cursos o programas de orientación; 6. Obligación de inscribir y controlar la asistencia y aprovechamiento escolar de la hija, hijo, pupila o pupilo; 7. Obligación de proporcionar a la niña, niño y adolescente el tratamiento especializado correspondiente; y 8. Separación de la madre o padre que maltrate a la niña, niño o adolescente, de su entorno.

b) A terceros: 1. Advertencia y amonestación; 2. Orden de cese inmediato de la situación que amenace o vulnere el derecho; 3. Orden de restitución de la niña, niño y adolescente al hogar del que hubiera sido alejada o alejado con violencia; 4. Prohibición o restricción temporal de la presencia de quien amenace o viole derechos de niñas, niños y adolescentes del hogar, lugares frecuentados, comunidad educativa o lugar de trabajo, para el caso de adolescentes; y 5. Prohibición o restricción del tránsito del denunciado por los lugares que transita la niña, niño o adolescente.

c) A niñas, niños y adolescentes: 1. Inclusión en uno o varios programas a los que se refiere este Código; 2. Orden de tratamiento médico psicológico o psiquiátrico, así como los destinados a la prevención o curación de la dependencia de alcohol u otras sustancias psicotrópicas o estupefacientes; 3. Orden de permanencia en la escuela; 4. Separación de la o el adolescente de la actividad laboral; 5. Integración a una familia sustituta; y 6. Inclusión a una entidad de acogimiento.

II. Se podrán aplicar otras medidas de protección, si la naturaleza de la situación amerita la preservación o restitución del o los derechos afectados, dentro de los límites de la competencia de la autoridad que la imponga.

III. El incumplimiento de las medidas de protección por parte de la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, o terceros, constituye infracción y será sancionado de acuerdo a lo establecido en este Código.

(CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE)

⁷ Artículo 53.

“Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este Código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.

3. Ubicación inmediata en medio familiar.

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. 5. La adopción.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Parágrafo 1º. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

Parágrafo 2º. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección sus derechos”.

(CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA)

medida no privativa de libertad la prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un periodo no mayor de 6 meses.⁸

Por consiguiente, podemos afirmar que tanto a los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, así como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar (desde los 0 años hasta los 18 años) se les aplican similares medidas de protección, es decir, se les ha regulado un trato “igualitario” a dos situaciones tan distintas.

Por todo lo anteriormente expuesto, nos preguntamos si se vulneran o no principios jurídicos al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

⁸ Artículo 80.

“Podrán aplicarse, entre otras, las siguientes medidas no privativas de libertad:

A) Advertencia, formulada por el Juez en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta.

B) Amonestación, formulada por el Juez en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción.

C) Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo a cargo del Instituto Nacional del Menor o de instituciones públicas o privadas, por un período máximo de un año.

D) Observancia de reglas de conducta, como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda de seis meses.

E) Prestación de servicios a la comunidad, hasta por un máximo de dos meses.

F) Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima.

G) Prohibición de conducir vehículos motorizados, hasta por dos años.

H) Libertad asistida.

I) Libertad vigilada”.

(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)

1.2. Formulación del problema.

¿Cuáles principios jurídicos se vulneran al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar?

1.3. Hipótesis.

Al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, se vulneran los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.

1.4. Variables.

1.4.1. Variable independiente.

Aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

1.4.2. Variable dependiente.

Vulneración de los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.

1.5. Objetivos.

1.5.1. Objetivos Generales.

- Determinar si se vulneran o no los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.
- Determinar si se vulneran o no principios jurídicos al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

1.5.2. Objetivos Específicos.

- Analizar las medidas de protección reguladas en el CNA. - Ley N° 27337 para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.
- Analizar las medidas de protección reguladas en el CNA. - Ley N° 27337 para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.
- Comparar las medidas de protección establecidas en el CNA. - Ley N° 27337 tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

- Comparar las medidas de protección prescritas en nuestra normatividad para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal con las medidas reguladas en la legislación comparada.
- Comparar las medidas de protección prescritas en nuestra normatividad para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar con las medidas reguladas en la legislación comparada.
- Determinar si es necesario regular nuevas medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.
- Determinar si es necesario regular nuevas medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

1.6. Justificación.

Es importante la elaboración de este trabajo de investigación porque en los últimos años se ha incrementado en nuestro país tanto el índice de niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como el índice de los niños y adolescentes en situación de desprotección de familiar, pero lo más alarmante aún, es que de acuerdo a lo regulado en los artículos 242 y 243 del Código de los Niños y Adolescentes se aplican similares medidas de protección en ambos casos, siendo claramente dos situaciones tan distintas.

Por ende, consideramos que la investigación que se propone es relevante desde dos puntos de vista: teórico y práctico.

Respecto a lo teórico, proponemos una investigación que profundice el estudio de los principios de interés superior del niño e igualdad, que forman parte del paradigma de la protección integral del niño, para lo cual analizaremos la doctrina y legislación nacional y extranjera, ello nos permitirá encontrar las similitudes o diferencias en los tratamientos que se han adoptado respecto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, y respecto a los niños y adolescentes (0 - 18 años) en situación de desprotección familiar.

Por el lado práctico y valiéndonos de la teoría desarrollada, determinaremos si se vulneran o no principios jurídicos al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

CAPÍTULO II. DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.

SUB CAPÍTULO I.
MARCO REFERENCIAL.

1. Antecedentes.

1.1. Internacionales.

No existen antecedentes.

1.2. Nacionales.

No existen antecedentes.

SUB CAPÍTULO II.
MARCO NORMATIVO.

1. Internacional.

1.1. Convención Internacional de los Derechos del Niño.⁹

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas

⁹ El texto de los artículos de la Convención han sido transcritos de UNICEF. Véase en: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf

responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano

apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 19.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20.

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser

necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 37.

Los Estados Partes velarán porque:

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

otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
 - a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
 - b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

- ii. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
- iii. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
- iv. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v. Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- vi. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vii. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:
 - a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
 - b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

2. Nacional.

2.1. Constitución Política del Perú.¹⁰

Artículo 2.

¹⁰ El texto de los artículos de la Constitución han sido transcritos del Sistema Peruano de Información Jurídica. Véase en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Artículo 4.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

2.2. Código de los Niños y Adolescentes.¹¹

Artículo IV Título Preliminar.¹²

Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este código y demás leyes.

La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de estos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades.

En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección y el adolescente mayor de catorce (14) años de medidas socio-educativas.

¹¹ El texto de los artículos del CNA. han sido transcritos del Sistema Peruano de Información Jurídica. Véase en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codninosyadolescentes.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

¹² Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 990, publicado el 22 julio 2007.

Artículo IX.

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Artículo 183.

Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.

Artículo 184.¹³

El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código.

El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código.

Artículo 242.

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

¹³ Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 990, publicado el 22 julio 2007.

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

Artículo 243.¹⁴

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:

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

¹⁴ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28330, publicada el 14-08-2004.

SUB CAPÍTULO III.

MARCO TEÓRICO.

TÍTULO I.

Doctrinas de protección del niño y adolescente.

1. La doctrina de situación irregular.

“Aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959”. (CHUNGA LAMONJA, 2002)

Se trata de una doctrina en la que la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes, y la transgresión de las normas penales se sobreponían, creando una confusa situación protectorio-punitiva, en realidad muy discriminante para el menor, al considerarlo objeto de compasión y de represión al mismo tiempo. En esta doctrina la protección social y la protección legal son de competencia de la jurisdicción de menores, de tal forma que la definición de la situación del menor era potestad de los jueces de menores facultados para definir tanto los programas de asistencia social como el tratamiento “reeducativo” del menor que comete una infracción a ley penal.¹⁵ (BARATTA, 1995)

¹⁵ Cita a PALOMBA Federico, *“Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores, Conferencia pronunciada en San Salvador, 20 de Agosto de 1992 (inérita)”*; SALINAS GIMÉNEZ Esther, *“La Justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita”*, en BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Un derecho Penal del Menor”*, Ob. Cit., 1992, págs. 11-53.

Para Emilio García Méndez¹⁶ “esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad”. (GARCÍA MÉNDEZ, 2004) .

Siguiendo las ideas de Mary Beloff¹⁷, en líneas generales, el sistema de la situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones: (BELOFF, 1999)

La primera es que refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización -o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos. Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, o en las igualmente vagas -no obstante ser más modernas- categorías de “menores en circunstancias especialmente difíciles” o “en situación de disfunción familiar”.

¹⁶ Abogado graduado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y PHD en Derecho por la Universidad de Saarland (Alemania). También, ha sido Asesor Regional de Derechos del Niño de la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (1993-1999).

¹⁷ Abogada egresada con honores de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Magister in Legibus (LL.M.) egresada de la escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (EE.UU.). Especialista en Derecho internacional de los derechos humanos, derechos del niño y derecho penal.

El segundo rasgo característico de la situación irregular es el argumento de la tutela.

Mediante este argumento fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud solo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado.¹⁸

Estas características de las leyes de la situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y solo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en “situación irregular”.

¹⁸ Cita a Cfr. Platt, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español de la segunda edición en inglés ampliada de Félix Blanco, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, México, Editorial Siglo XXI, 1982; Allen, Francis, *The Borderland of Criminal Justice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1964.

El tercer rasgo característico de estas leyes es la singular función atribuida al juez de menores, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más propias de las políticas sociales, por decirlo de alguna manera. En este sentido, es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular es de naturaleza tutelar o asistencial.

Si se hiciera una lista de los aspectos que caracterizan a una ley de la situación irregular habría que incluir necesariamente los siguientes indicadores: (BELOFF, 1999)

- Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino solo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores”.
- Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.
- En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular” y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

- A partir de esa concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes -como se señaló- no aplica. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia, un grupo de personas (los “menores”) son intervenidos por la justicia de menores, en tanto que otro grupo, probablemente, si hay intervención judicial, será intervenido por la justicia de familia.
- También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son “objetos de protección”.
- Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.
- Aparece también la idea de la incapacidad.
- Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante.
- En la misma lógica, se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez de menores debe ocuparse no solo de las cuestiones típicamente “judiciales” sino también de suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas. Por eso se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.
- Todo está centralizado.

- Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”.
- De este modo es que también se instala la categoría del “menor abandonado/delincuente” y se “inventa” la delincuencia juvenil. Se relaciona este punto con la “profecía autocumplida”: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le pegue esa etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales.
- Como consecuencia de todo lo explicado, se desconocen todas las garantías individuales reconocidas por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de Derecho a todas las personas (no solo a las personas adultas).
- Principalmente, la medida por excelencia que adoptan los juzgados - tanto para infractores de la ley penal, cuanto para víctimas o para los “protegidos”- es la privación de la libertad. Todas las medidas se adoptan por tiempo indeterminado.
- Se consideran a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo”.

De igual manera, cabe resaltar que en la doctrina de situación irregular domina el principio inquisitivo, pues el Estado asume la defensa tanto del interés del menor como de la sociedad, por lo tanto el juez tiene un doble carácter, ya que actúa como órgano acusador y órgano de decisión.

Notemos, entonces, que en esta doctrina “se concentran muchas y diversas funciones en una sola persona: juez/padre/defensor/acusador/decisor”. (BELOFF, 2004)

En resumen, la doctrina de la situación irregular se caracteriza básicamente porque se concibe al menor de edad como un sujeto pasivo de intervención jurídica estatal, es decir, como un objeto de tutela y no un sujeto de derecho. Asimismo, otra de las características centrales de esta doctrina es la no distinción entre menores de edad abandonados y delincuentes, lo cual conllevó a la formación del binomio de compasión-represión, puesto que, se judicializaba de manera idéntica tanto los problemas sociales como estado de abandono y los problemas jurídicos como las infracciones a la ley penal. También, se consideraba a los menores de edad totalmente inimputables, lo cual generó que se les trate como personas incapaces, igual como a los enfermos mentales. Además, cabe indicar que en esta doctrina predominó el principio inquisitivo, porque el Estado asumió la defensa tanto del interés del menor como el de la sociedad. Por último, debe señalarse que el proceso que se les seguía a los menores por la imputación de algún delito, no estaba dotado de todas las garantías que tenía el proceso de adultos.

2. La doctrina de protección integral.

Esta nueva concepción se constituye no solo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁹ sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y pueden evidentemente devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional. (BELOFF, 2004)

Estos instrumentos son:

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁰, y sus tres protocolos facultativos:
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.²¹
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de en la pornografía.²²

¹⁹ Para efectos de citar a la Convención Internacional de los Derechos del Niño en adelante también se utilizará los siguientes términos: "Convención" o "Convención Internacional", así como su abreviatura CDN.

²⁰ Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 20 de noviembre de 1989. Al 01/10/2015 la Convención ha sido ratificada por 196 países.

²¹ Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000.

²² Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones.²³

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing.²⁴
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.²⁵
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh.²⁶

Para Juan Carlos García Huayama²⁷ y Juana Elvira Alvarado Reyes²⁸ esta doctrina 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; el menor de edad es considerado sujeto pleno de derechos, por tanto, ante la comisión de un ilícito debe contar con todas las garantías del debido proceso y respeto estricto de sus derechos fundamentales, donde el juez puede privarlo de su libertad ambulatoria solo como última ratio y por el mínimo tiempo posible, únicamente cuando ha cometido infracciones graves y reiteradas a la ley penal. Del menor como objeto de compasión – represión, a la infancia – adolescencia como sujeto de derechos, es la expresión que mejor puede sintetizar sus transformaciones. (GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos & ALVARADO REYES, Juana Elvira, 2014)

²³ Resolución 66/138 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 19 de diciembre de 2011.

²⁴ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

²⁵ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

²⁶ Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

²⁷ Fiscal Provincial Titular Civil y Familia.

²⁸ Fiscal Adjunta Provincial Titular de la Fiscalía Provincial Mixta de Castilla Piura.

Los postulados más importantes de la Convención, y de la misma doctrina de la Protección Integral, son: (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2000)

- El cambio de visión del niño, de objeto de compasión y represión a un sujeto pleno de derechos.
- La consideración del principio del interés superior del niño, que sirve como garantía (vínculo normativo para asegurar los derechos subjetivos de los niños), norma de interpretación y/o resolución de conflictos; y como criterio orientador de las políticas públicas referidas a la infancia.
- La inclusión de los derechos de los niños dentro de los programas de derechos humanos.
- El reconocimiento al niño de derechos y garantías en los casos en los que se encuentre en conflicto con la ley, especialmente la ley penal. En este último caso, la necesidad de diferenciar el grado de responsabilidad según el grupo etareo al que pertenezca.
- El establecer un tratamiento distinto a los niños que se encuentran abandonados con los infractores de la ley penal, separando claramente la aplicación de una política social o política criminal respectivamente.
- Que ante la comisión de una infracción, deba establecerse una serie de medidas alternativas a la privación de la libertad, la cual debe ser una medida excepcional y aplicarse por el mínimo plazo posible.
- El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación.

Por otro lado, Emilio García Méndez, resalta como rasgos centrales de la doctrina de la protección integral los siguientes:

- 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 solo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica; y por ello no solo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además, se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- 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.
- 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.
- Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión de delitos o contravenciones debidamente comprobadas.
- Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del Derecho contenidos en la Convención.
- 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.²⁹ (GARAY MOLINA, 2016)

Esta doctrina encuentra su máxima expresión normativa en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) que fuera ratificada por nuestro país el 14 de agosto de 1990. La Convención ha servido de orientación para la mayoría de las nuevas legislaciones sobre la materia, además, llama la atención de las autoridades estatales, instituciones privadas y sociedad en general, para mejorar las condiciones de vida de la infancia y en especial de aquellos niños que se encuentran en situaciones difíciles. En este sentido es un instrumento que permite medir el estado actual del respeto de los derechos del niño y que ha originado que varios países de América Latina reformularan sus legislaciones, nuestro país fue uno de los primeros en modificar su legislación y promulgar un Código basado en los postulados de la Convención y en lo normado por otros instrumentos internacionales. (CAPUÑAY CHAVEZ, 2015)

En términos generales es posible afirmar que una ley se encuentra en un marco de protección integral de derechos de los niños cuando aparecen las características que se mencionan a continuación: (BELOFF, 1999)

- Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos

²⁹ Cita a GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *“Legislaciones Infante – Juveniles en América Latina. Modelos y Tendencias. En: Consejo de Coordinación Judicial – Unicef, Materiales de Lectura del Seminario Taller Internacional: “El Principio del Interés Superior del Niño en la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección de la Infancia”, diciembre 1997, Lima – Perú.*

efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.

- Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etcétera.
- Se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).
- Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.
- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.
- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.
- Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilita la intervención de la jurisdicción especializada.
- La protección es de los derechos del niño y/o adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o

adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes.

- Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.
- De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
- De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.
- Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
- El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.
- En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales

según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.

- Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado.
- Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave.

Como bien se puede apreciar, no se ha definido qué es la doctrina de protección integral, ya que, compartimos el pensamiento de Mary Beloff cuando afirma que la “protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”. (BELOFF, 2004)

En síntesis, la doctrina de la protección integral se caracteriza porque identifica al menor de edad como un sujeto de derecho, por ello se le reconoce derechos

y garantías en los casos en los que se encuentre en conflicto con la ley, sobre todo con la ley penal. En este contexto, es importante añadir que uno de los derechos fundamentales que se les insta a los niños y adolescentes es el de ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta; asimismo, podemos indicar que una de las garantías más resaltantes que se les ha instituido a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal a partir de esta doctrina es la prohibición de los arrestos ilegales o arbitrarios, puesto que se reconoce a nivel constitucional que ningún habitante de la república puede ser detenido si no es en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de la autoridad competente. De igual manera, cabe señalar que en esta doctrina se diferencia a los menores de edad que se encuentran en abandono de los infractores penales, por lo tanto se aplican de manera distinta las políticas sociales y las políticas criminales. También, debemos agregar que en esta doctrina es una prioridad establecer medidas alternativas a la privación de la libertad, además, se resalta que esta medida debe ser dictada por plazos mínimos y como última ratio. Por último, es necesario recalcar que por los fundamentos de esta doctrina se crearon juzgados especializados, procedimientos y procesos especiales para juzgar a los niños y adolescentes que infringen la ley penal.

a. Nuestra legislación vigente basada en la doctrina de protección integral.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y nuestro país fue uno de los primeros en dar un gran avance hacia la doctrina de la protección integral cuando ratificó esta Convención el 3 de agosto de 1990, mediante Resolución Legislativa N° 25278, y también con

la promulgación y vigencia del Código de los Niños y Adolescentes de 1993, el cual fue posteriormente derogado por la Ley N° 27337 publicada el 7 de agosto del 2000, ley que puso en vigencia el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

De igual manera, es importante señalar que este Código está inspirado en los principios y postulados más importantes recogidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los cuales se proceden a detallar:

1. El cambio de visión del niño de objeto de compasión y represión a un sujeto pleno de derechos.
2. Consideración del principio del Interés Superior del Niño, que sirve como garantía, norma de interpretación y/o resolución de conflictos y como criterio orientador de políticas públicas referidas a la infancia.
3. Inclusión de los derechos de los niños dentro de los programas de derechos humanos.
4. Reconocimiento de derechos y garantías en los casos de conflicto con la ley penal.
5. Tratamiento distinto a los -abandonados- de los infractores de la ley penal.
6. Establecimiento de medidas alternativas a la privación de libertad, la cual debe ser una medida excepcional y aplicarse por el plazo mínimo posible.
7. La igualdad ante la ley y la no discriminación. (CAPUÑAY CHAVEZ, 2015)

El Código de los Niños y Adolescentes, consta de Cuatro Libros y un Título Preliminar. En el Libro Primero se hace referencia a los Derechos y

Libertades, el Libro Segundo versa sobre el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, el Libro Tercero regula las Instituciones Familiares y el Libro Cuarto establece la Administración de Justicia especializada en el niño y el adolescente. Asimismo, cabe resaltar que en este Código se establece una clara diferencia entre niños y adolescentes, puesto que en el artículo I del Título Preliminar se ha prescrito que “*Se considera niño a todo ser humano desde la concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad (...)*”, lo cual es concordante con lo establecido por el artículo 1 de la Convención.

Además, es necesario resaltar que hasta antes de la modificación del artículo 189 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual fue modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 990³⁰ del 22/07/2007, todo niño (menor de 12 años) que trasgredía una norma penal estaba sujeto a medidas de protección, y el adolescente (desde 12 años hasta antes de cumplir los 18 años de edad) que trasgredía una norma penal estaba pasible a una medida socio-educativa. Sin embargo, después de la modificación antes indicada, el texto actual del artículo 189 del CNA. es el siguiente “*El adolescente infractor mayor de catorce años, será pasible de medidas socioeducativas previstas en el presente Código. El niño o adolescente infractor menor de catorce años será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código*”. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

El Código al recoger los postulados de la Convención deja de lado la concepción del menor infractor como sujeto inimputable, reconociéndole

³⁰ La exposición de motivos del D. Leg. N° 990 del 2007, puede verse en el anexo N° 04.

responsabilidad frente al Estado por las infracciones a la ley penal que le sean imputables, esta inserción del infractor en el ámbito penal, conllevó al reconocimiento de garantías, derivadas de esta responsabilidad penal especial los adolescentes son sujetos de derechos y por lo tanto de responsabilidades y en salvaguarda de la aplicación de un derecho penal mínimo, encontramos el internamiento como última medida, para hacer efectiva esta garantía, la Convención establece la obligación de los Estados partes de considerar en las sentencias medidas alternativas al internamiento, así el art. 40.4 de la Convención prescribe que los Estados deben incorporar otras medidas de tratamiento externo como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, debiendo considerar el juez como última medida el internamiento y por el menor tiempo posible. (CAPUÑAY CHAVEZ, 2015)

El Código en su Libro Cuarto sobre la “Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente” consagra las principales garantías sustantivas, procesales y de ejecución a favor de los adolescentes infractores. Dispone la creación de juzgados y fiscalías especializadas con magistrados especializados, asimismo el funcionamiento de un conjunto de órganos que deben de brindar apoyo al sistema de justicia especializado, así tenemos a la Policía, el defensor de oficio, el Servicio Médico legal, el equipo multidisciplinario que está integrado por asistentes sociales, psicólogos, educadores todos ellos especializados en la atención del niño y el adolescente. (CAPUÑAY CHAVEZ, 2015)

La visión socio-jurídica del adolescente como sujeto de derechos, se manifiesta en el Código con el otorgamiento legal de garantías sustantivas y procesales, esto es las generales que pertenecen a toda persona incurso en un proceso penal y las específicas que le son propias por encontrarse en formación su personalidad (reserva del proceso y del nombre del infractor, suspensión del proceso en cualquier etapa mediante la Remisión, que puede ser aplicada por el fiscal, el juez y la Sala Superior, también se considera el internamiento como última medida debiendo cumplirse en ambientes separados de los adultos). (CAPUÑAY CHAVEZ, 2015)

Por otro lado, es oportuno señalar que en el artículo VII del Título Preliminar del CNA. se ha establecido que la Convención de los Derechos del Niño es fuente de interpretación y aplicación, asimismo, resulta conveniente indicar que en el artículo VIII del Título Preliminar del prenotado Código se ha prescrito que *“Es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el presente Código y en la Convención sobre los Derechos del Niño”*. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

También, es importante resaltar que en el artículo IX del Título Preliminar del CNA. se reconoce y regula al principio del Interés Superior del Niño, como una garantía y como un criterio orientador de las políticas públicas referidas a la infancia.

b. Las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de protección integral.

La mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención³¹, lo cual

³¹ A continuación, señalaremos las principales leyes significativas en materia de infancia de los países de Latinoamérica posteriores a la Convención de los Derechos del Niño:

*** Argentina:**

Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, niñas y adolescentes, 2005.

*** Bolivia:**

Código del Niño, Niña y Adolescente (Ley 2026), 1999.

Código del Niño, Niña y Adolescente (Ley 548), 2014.

*** Brasil:**

Estatuto del Niño y el Adolescente (Ley 8069), 1990.

*** Colombia:**

Decreto N° 2737/89. Código del Menor, 1990.

Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098), 2006.

*** Costa Rica:**

Ley de justicia penal juvenil (Ley 7576), de 1996. Código de la Niñez y la adolescencia (Ley 7739), de 1997. Ley contra la Explotación Sexual Comercial de Personas Menores de Edad (Ley 7899), de 1999. Ley de Paternidad Responsable (Ley 8101), de 2001.

*** Chile:**

Ley N° 19.585, de 1998.

*** Ecuador:**

Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 2002-100), de 2002.

*** El Salvador:**

Código de Familia (Decreto Legislativo 677), de 1993. Ley del Menor Infractor (Decreto Legislativo 863), de 1994.

Decreto No. 395/04 de Reforma de la Ley del Menor Infractor, que pasa a llamarse Ley Penal Juvenil. Decreto No. 396/04 de Reforma de la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor.

*** Guatemala:**

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Decreto 27), de 2003.

*** Honduras:**

Código de la Niñez y Adolescencia (Decreto 73), de 1996.

*** México:**

Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Mayo 2000.

*** Nicaragua:**

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley No. 287), de 1998.

*** Paraguay:**

Ley de Adopciones (Ley 1136), de 1997. Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 1680), de 2001.

*** Panamá:**

Código de Familia (Ley 3), de 1994. Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (Ley 40), de 1999, con modificaciones en 2003.

*** Perú:**

Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley 26.102), de 1992. Ley 27337, de 2000 que deroga mediante una nueva versión el Código de los Niños y Adolescentes, de 1992.

*** República Dominicana:**

Código para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 14-94), de 1994. Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03), de 2003, que deroga la Ley 14-94.

*** Uruguay:**

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 17.823 de 2004.

*** Venezuela:**

Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, promulgada en octubre de 1998, con entrada en vigencia en abril de 2000.

significa cambios sustanciales, sobre todo en dos puntos muy neurálgicos, ya que según Mary Bellof se determinará a nuevos sujetos de derechos, nuevos sujetos de responsabilidad; y sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes.

Con respecto a los nuevos sujetos de derechos, nuevos sujetos de responsabilidad, es trascendental señalar que a partir de la Convención a todas las personas menores de dieciocho años se les reconoce derechos civiles y políticos, los cuales comprenden a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, es oportuno advertir que los niños y adolescentes como sujetos de derechos también están sujetos a ciertos deberes, es decir, un menor de edad si tiene algún nivel de responsabilidad específica.

Por lo tanto, Mary Beloff afirma que (...) el sistema creado a partir de la Convención es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Los adolescentes responsables por los delitos que cometen, de manera específica. (BELLOF, 2001)

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo, es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal

Para mayor información pueden revisar: La convención sobre los derechos del niño quince años después. Véase en: [http://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull\(2\).pdf](http://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull(2).pdf)

juvenil. 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 la ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones. (BELLOF, 2001)

Con respecto a los sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes, se debe precisar que la situación de un menor de dieciocho años que infringe la ley penal es diferente a la de un adulto que comete un delito, por su grado de madurez, por ende las responsabilidades que ambos tengan son distintas. Por lo tanto, se puede afirmar que si deben existir diferencias objetivas entre el sistema de justicia juvenil y el sistema penal de adultos.

Ante ello, es preciso evocar que en tres artículos³² de la Convención se han señalado las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil, los

³² Artículo 12:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Artículo 37:

“Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo

cuales son 12, 37 y 40, puesto que, regulan el derecho de opinión del niño, la prohibición de estar sujeto a torturas o tratos inhumanos, así como, el respeto a su dignidad y la presunción de su inocencia, respectivamente.

niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

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

Artículo 40:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

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

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

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

(CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

Para Emilio García Méndez los rasgos centrales de las nuevas legislaciones latinoamericanas basadas en la doctrina de la protección integral son los siguientes:

- a) Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no solo para aquéllos en circunstancias particularmente difíciles.
- b) Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no solo 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 quien 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 - debidamente comprobada- de delitos o contravenciones.
- 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 Internacional.

Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la internación o la ubicación institucional (solo para dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad. (GARCÍA MÉNDEZ, 2004)

TÍTULO II.

Niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

1. Concepto jurídico de niños y de adolescentes.

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo primero, se refiere a la definición de niño, que a sus efectos es «*todo ser humano menor de 18 años de edad*». Asimismo, cabe señalar que el término niño utilizado por la CDN. hace referencia tanto a la mujer como al varón menor de edad. “Indudablemente, que los asambleístas considerando extensivamente el término niño y siguiendo la denominación dada en la Declaración de Ginebra (26 de setiembre de 1924) y la Declaración de los Derechos del Niño de (20 de noviembre de 1959) dio dicha connotación al término niño”. (CHUNGA LAMONJA, 2007)

Nuestro Código de los Niños y Adolescentes en el artículo primero del Título Preliminar hace una mayor precisión y diferencia entre el niño y el adolescente, puesto que establece lo siguiente: “*se considera **niño** a todo ser humano **desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad**, y **adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad**”.* (el resaltado es nuestro).

2. Concepto de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

“En el espíritu y el texto de la Convención Internacional, el “menor” se transforma en niño o adolescente y la vaga categoría social de “delincuente” se transforma en la precisa categoría jurídica del infractor”. (GARCIA MENDEZ, 2015)

Según Emilio García Méndez es infractor solo quien ha violado dispositivos jurídicos previamente definidos como crimen, falta o contravención según las

leyes del país, se le haya atribuido o imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y con el respeto estricto de las garantías procesales y de fondo, se le haya finalmente declarado responsable”. (GARCIA MENDEZ, 2015)

En nuestro país, tanto los niños como los adolescentes son susceptibles de infringir la ley penal, puesto que, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 183 ha prescrito que *“se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o participe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal”*. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016) Señalándose en el artículo 184 que el adolescente infractor mayor de catorce años, será pasible de medidas socioeducativas y el menor de catorce años será pasible de medidas de protección.

En consecuencia, se puede afirmar que el CNA. otorga responsabilidad tanto a los niños como a los adolescentes que infringen la ley penal, estableciendo que el adolescente infractor mayor de 14 años, será pasible de medidas socioeducativas y el niño o adolescente infractor menor de 14 años, será pasible de medidas de protección.

Sin embargo, es oportuno indicar que nosotros compartimos la posición de algunos juristas cuando afirman que denominar a los niños y adolescentes que infringen la ley penal “adolescentes infractores” es peyorativo y los estigmatiza, además, estos términos forman parte de la doctrina de la situación irregular, más no, de la doctrina de protección integral, por ende para nosotros es apropiado denominarlos niños o adolescentes en conflicto con la ley penal, denominación que se utilizará a lo largo de la presente investigación.

3. Evolución del tratamiento de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal a través de las etapas de la historia.

“No conocemos país civilizado en que no se haya establecido normas legales de protección y de sanción al menor”. (CHUNGA LAMONJA, 2002)

Seguidamente, echaremos una mirada a la evolución de los tratamientos establecidos para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal a lo largo de las etapas de la historia.

3.1. Edad Antigua.

En la antigua Grecia, el gran filósofo Aristóteles³³ eximía al menor de todo tipo de responsabilidad penal, puesto que “sostenía que los niños eran completamente irresponsables”, sin embargo en el derecho positivo griego el homicidio accidental si era penado. (HALL GARCÍA, 2004). Platón³⁴, por su parte, “aunque eximía al niño de sanción distinta al coste del daño, mantenía idéntica excepción: los casos de homicidio”.³⁵ (HALL GARCÍA, 2004).

Por otro lado, retrocediendo el tiempo, advertimos que, 4,000 A.C en pueblos como Egipto y Sumeria, ya existían acciones de represión contra los menores, recordemos que en la Biblia, en la parte del Éxodo, se narra cómo los egipcios esclavizaron cruelmente a los Israelitas, y dispusieron que cuando naciera un niño varón lo mataran³⁶.

³³ Aristóteles concebía al niño como “un mero proyecto de hombre”, en el que dominaba su parte irracional. (GONZÁLEZ CONTRÓ, 2015)

³⁴ Platón consideraba al niño como un proyecto de adulto, al cual le faltaba desarrollar diversas cualidades a fin de llegar a ser un ciudadano completo. Por lo tanto, Platón señala que se debe atenuar las penas cuando las faltas hayan sido cometidas por los individuos de corta edad, ya que pueden ser regenerados por su corta edad.

³⁵ Cita a Vid., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Granada, 1998, pp.35.

³⁶ Recordemos el nacimiento de Moisés – Éxodo Capítulo 2 versículo 2.

En el Derecho Romano, en la época de Justiniano, se distinguen tres periodos de edad, los cuales se proceden a detallar a continuación:

a. Irresponsabilidad absoluta:

a.1. Infancia: hasta los 7 años de edad.

a.2. Infantie: hasta los 10 ½ en el varón y hasta los 9 ½ en la mujer.

b. Proximidad de la pubertad: Hasta los 12 años en la mujer y hasta los 14 años en el hombre, en esta etapa el pensamiento del menor de edad podría ser avivado por la malicia, y por ende el impúber podía ser castigado.

c. Pubertad: Primero duraba hasta los 18 años, sin embargo posteriormente fue extendida su duración hasta los 25 años, en esta etapa los menores eran castigados por los actos delictuosos que cometían, solo se establecieron como diferencias la naturaleza y la cantidad de la pena.

Asimismo, es menester indicar que la “ley de Talión”³⁷, la ley de las “XII Tablas”³⁸ y el principio “nullan crimen, nulla poena sine lege” (principio de legalidad) también se aplicaron a los menores de edad.

³⁷ Si se revisa el Código de Hammurabi, se puede observar que no existe ninguna diferencia entre los menores de edad y los adultos, lo cual nos permite concluir que cuando un menor de edad cometía un delito se le castigaba de la misma manera que a un adulto, un claro ejemplo de esta indiferencia se aprecia en el artículo 195 del precitado Código, puesto que, señala lo siguiente: “si un hijo golpeó a su padre se le cortaran las manos”.

³⁸ En las XII Tablas se distinguía entre impúberes y púberes. Los impúberes no eran sancionados con una pena sino con una medida menos drástica, denominada *castigatio* o *verberatio*, la cual tenía más el carácter de advertencia que de castigo.

3.2. Edad Media.

Esta edad comienza desde el año 476 d.c por la caída del Imperio Romano de Occidente hasta el siglo XV.

En el “Derecho Anglosajón, cuyo límite de irresponsabilidad penal abarcaba hasta los 10 años, pasada esa edad, podía imponerse al menor inclusive la pena capital”. (BRAVO GAMARRA, 2014) Por ello, “cabe comentar, que Blackstone cita dos sentencias de muerte impuestas a niños de más de 10 años: una por incendio de un pajar, que se ejecutó, y otra, que no se cumplió, y correspondía a un hurto de peniques”³⁹. (CRUZ Y CRUZ, 2007)

Los glosadores por su parte señalaban que los menores de edad que cometían delitos no debían ser sancionados hasta estos cumplieran su mayoría de edad.

Los pueblos en el Medioevo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años de menor de edad, a pesar de que las leyes no lo establecieran explícitamente, ya que en esa época los niños no cometían delitos graves como falsedad, violación, rapto o adulterio.

En el Derecho Canónico, se señalaba determinadas edades en relación a las consecuencias provenientes del delito. “El límite mínimo de edad para exigir responsabilidad se concretaba en los 7 años, hasta esa edad se era totalmente irresponsable, a partir de esta edad, la capacidad y subsiguiente responsabilidad será una cuestión apreciable en cada caso en concreto, y que, por lo demás, podía constituir una circunstancia

³⁹ Cita a HORACIO VIÑEA, Raúl, “*Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*”, Buenos Aires, 1983, pp.26.

atenuante. La plena responsabilidad parece hallarse en la pubertad, fijada, ahora, en 14 años para ambos sexos.⁴⁰ (ALEMÁN MONTERREAL, 2007)

Durante la Edad Media, en el Derecho Estatutario y en los derechos nacionales influyó bastante el derecho romano. A pesar de ello, la mayor parte de los países europeos aplicaban la máxima represión a los delitos cometidos por los menores.

Fue precisamente esta dureza con la que eran tratados los menores de edad, lo que llevó a algunos gobiernos a establecer ciertas medidas protectoras a su favor, como lo fue el caso del emperador Carlos V de Alemania y I de España, quien dispuso en una ordenanza que los niños que cometieran delitos serían juzgados de acuerdo con las prescripciones de la *Constitutio Criminalis Carolina*, respetando en todo caso la atenuación que la propia ley previa para ellos⁴¹. (HERRERA LIZCANO, 2016)

En el siglo X, ante el primer robo los padres debían garantizar la futura honestidad del autor y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa. Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores. (CHUNGA LAMONJA, 2002)

⁴⁰ Cita a METZ, "L'enfant dans le droit canonique medieval. Orientations di recherche", La femme et l'enfant dans le droit canonique medieval, London 1985, pp. 93 ss. Se ha apuntado que en las Clementinas se establecía un período de inimputabilidad plena para los menores de 7 años, cuyo motivo residía, fundamentalmente, en la ausencia de malicia; también, que Graciano señalaba que el menor de escasa edad, al igual que el enajenado, facultatem deliberandi non habuit, ya que ex mentis deliberatione non processerunt, por lo que no se le podía exigir responsabilidad por la comisión de actos delictivos, no obstante, no determinó un límite preciso de la edad a efectos de imputabilidad delictual; y que, en las Decretales de Gregorio IX en algunos casos se declaraba responsable al impúber, pudiéndosele aplicar penas atenuadas, mientras que en otros se consideraba irresponsable al menor de 14 años.

⁴¹ Cita a SÁNCHEZ OBREGÓN, Laura, "Menores infractores y derecho penal", Ed. Porrúa, México, 1995, p.7.

3.3. Edad Moderna.

A partir del siglo XVII surgen nuevas corrientes de reformas en materia de derecho penal, lo cual repercute en las principales legislaciones europeas, como España.

En el Derecho Español, las Partidas hicieron diferencias entre los delitos de lujuria y otros delitos; asimismo establecieron distinciones entre la edad y los delitos de lujuria.

Dentro de este contexto, es necesario recalcar que a lo largo del siglo XVII la persecución de los menores corrompidos se llevó a cabo con el mayor rigor en Alemania. Existen datos de que los tribunales del Principado de *Bamberg* impusieron la pena de muerte a numerosos menores por el crimen de hechicería, entre 1625 y 1630. (HERRERA LIZCANO, 2016)

Debemos agregar que, en el año de 1734, en Sevilla, se intentaba obtener la biografía completa del menor de edad a fin de poder resolver su caso.

3.4. Edad Contemporánea.

Empieza desde la Revolución Francesa en el año 1789, hecho histórico que inspiró el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se reconocen derechos y principios fundamentales, como por ejemplo el principio de proporcionalidad en el orden punitivo, el cual propugna que la pena proporcional a la culpabilidad sea la única pena útil.

Por otra parte, en el año de 1899 se comenzó a desarrollar el Modelo tutelar o asistencial, en Illionis (Estado Unidos), con la creación de los tribunales de menores.

(...) La ley de tribunales para menores de 1899 en Illinois -que fue favorablemente acogida por la judicatura y el foro- pronto fue considerada un prototipo para la legislación de los otros estados y en 1928 todos los estados, salvo dos, habían adoptado su sistema de tribunales para menores. (CABEZAS SALMERÓN, 2011)

En líneas generales este movimiento es la síntesis del modelo tutelar, el cual pronto sobrepasó sus fronteras y también proliferó en Europa. Así y a modo de ejemplo, en Francia el primer Tribunal de Menores se creó en 1912. En Italia, la Ley de Menores data de 1934. Por su parte la Ley que implantó en España el Tribunal de Menores, fue la Ley de Bases del 2 de agosto de 1918, legislación que se mantuvo vigente hasta el año 1991-1992 (declarada parcialmente inconstitucional en el 91 y derogada por nueva ley en el 92). (CABEZAS SALMERÓN, 2011)

Asimismo, a nivel Latinoamericano entre las décadas de los años 20's y 30's del siglo XX varios países establecieron sus propias legislaciones específicas sobre menores, entre los cuales podemos mencionar: Argentina en 1919, Brasil en 1927, Costa Rica en 1932, Uruguay en 1934, Ecuador en 1938 y Venezuela en 1939, las cuales estuvieron basadas en las directrices de la doctrina de la situación irregular.

De igual manera, es inevitable destacar que también se dieron otros antecedentes históricos a nivel internacional sobre la protección de los derechos del niño y de los adolescentes, entre las décadas de los años 30's a los 50's del siglo pasado, entre los cuales podemos indicar los siguientes:

- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones del 26 de diciembre de 1924.
- La Organización de las Naciones Unidas (ONU) se creó el 26 de junio de 1945.
- UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) se creó el 11 de diciembre de 1946.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos se aprobó el 10 de diciembre de 1948.
- La Declaración Universal de los Derechos del Niño se aprobó el 20 de noviembre de 1959.

Por otro lado, es oportuno precisar que en los años 80's y 90's entraron en vigencia otros instrumentos internacionales que versan sobre la protección del niño y del adolescente en conflicto con la ley penal, entre los cuales podemos mencionar a:

- a) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) (1985)
- b) La Convención Internacional de los Derechos del Niño. (1989)
- c) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) (1990)

Estos instrumentos internacionales han inspirado numerosas legislaciones latinoamericanas como el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, en 1990, le siguieron, por orden cronológico, en 1992, el Código del Menor de Perú; en 1993, el Código de la Familia de El Salvador, que dice inspirarse en la CDN., aunque no contempla al niño como sujeto de

derechos individuales sino como parte de la familia; en 1994, la Ley del Menor Infractor de El Salvador; en 1996, la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica; en 1996, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, y en 1997, la Ley de Adopciones de Paraguay. El proceso ha continuado estos años con el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (1998), la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela (1999), el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (1999), la Ley 40 de Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia de Panamá (1999), la Ley Federal para la Protección de los Derechos Niños, Niñas y Adolescentes de México (2000), el Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay (2001), la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de Guatemala (2003), el Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador (2003), el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana (2003) y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (2004). (UNICEF, 2016)

4. Evolución del tratamiento de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en el Perú.

En nuestro país se ha adoptado tanto la doctrina de la situación irregular como la doctrina de la protección integral, la primera de estas doctrinas se ha expresado en el Código Penal de 1924 y en el Código de Menores de 1962; sin embargo, nuestro país no ha sido ajeno al proceso de nacionalización de la Convención de los Derechos del Niño que adopta la doctrina de la protección integral, lo cual se puede apreciar en los textos del Código de Menores de 1992 y del Código de los Niños y Adolescentes del 2000.

4.1. Código Penal de 1924.

Este Código sustituyó al Código Penal de 1861, y se inspiró en la necesidad de adaptación de las nuevas formas sociales, la conveniencia de acoger las tendencias doctrinarias del momento y la ineficacia de las normas de todo el cuerpo legal por el transcurso del tiempo. Posteriormente fue derogado por el Decreto Legislativo N° 635 que puso en vigencia el Código Penal de 1991.

También, es oportuno agregar que los primeros artículos aplicables a menores de edad que infringían la ley penal los podemos encontrar en el Código Penal de 1924, pues en el Libro I del Título XVIII, mediante los artículos 137 al 147, se regularon las medidas de seguridad social o educativas que se podían imponer al menor que haya realizado un acto reprimido por la ley penal como delito para un adulto.

Asimismo, según Christian Hernández Alarcón en el Código Penal de 1924, existía una visión del niño desde la doctrina de la situación irregular. Se rechazaba el castigo. Se afirmaba la inimputabilidad, aplicando tratamiento correctivo a los adolescentes, “acentuando el concepto de medida tutelar educativa⁴², aplicable no solo después de la comisión de los hechos reprimidos como delitos, sino a modo de prevención (...) los niños no son susceptibles de castigo. El estado les debe simplemente una acción de tutela sea para prevenir su mala vida cuando se hallan en

⁴² Las medidas varían según se trate de un niño abandonado, en peligro moral o material, pervertido, etc., desde la permanencia con su propia familia o familia sustituta, internado en una Escuela Granja o una de Artes y Oficio, en nosocomios- en el caso de enfermos físicos y/o mentales- hasta cuando fuere necesario el internamiento en Reformatorios o Escuelas Correccionales. (CHUNGA LAMONJA, 2002)

abandono, sea para corregirlos cuando han caído en la delincuencia.⁴³
(HERNÁNDEZ ALARCÓN, 2016)

Por otro lado, en el Libro Cuarto del prenotado Código, en el Título V se establece la *jurisdicción de menores* y a través de 7 numerales, organiza en la capital de la República un Juzgado de Menores compuesto de un Juez especial, un médico y un secretario; dispone que mientras no se considere nombrar Juez especial de Menores en las provincias, desempeñará el cargo el Juez Civil, donde hubiera dos Jueces o más y donde hubiere un solo Juez, desempeñará las funciones inherentes al del Juez de Menores, el suplente que designe anualmente la Corte Superior del distrito. Menciona también a los Jueces de Paz como instructores en los distritos (art. 410). (CHUNGA LAMONJA, 2002)

De igual modo, es necesario recalcar que había una división en la forma de investigación por edades, menores de 13 años, y de 13 a 18 años. Una etapa de investigación a cargo del juez de menores indelegablemente si era mayor de 13 y con la posibilidad de ser delegada en el caso de ser menor de 13 años. Luego de la instrucción, el juez (tratándose de menores de 13) resolvía previa deliberación en presencia de sus padres, médico de menores y delegado del consejo o patronato. En el caso de ser mayor de 13 años, la resolución estaba a cargo de la Sala Superior.
(HERNÁNDEZ ALARCÓN, 2016)

⁴³ Cita: ver Exposición de Motivos del Código Penal 1924 en ESPINO PEREZ, Julio “*Código Penal*”, Editorial Cuzco, 1988, p 13;26.

4.2. Código de Menores de 1962.

El 2 de mayo de 1962, se promulga la ley 13968, conocida como el Código de Menores; este Código se inspiró en la Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas; Código de Declaración de Oportunidades para el Niño del Octavo Congreso Panamericano del Niño de 1942, y la Carta de los Derechos de Familia Peruana del Congreso de Protección a la Infancia de 1943. (AGUILAR LLANOS, 2016)

Es pertinente añadir que el precitado Código entró en vigencia el 1 de junio de 1962 y que fue la primera norma especial sobre menores, la cual se inspiró en la doctrina de la situación irregular, y estuvo vigente durante 30 años, ya que fue derogada mediante el Decreto Ley N° 26102, que aprobó el Código de Niños y Adolescentes el 28 de diciembre de 1992.

Este Código estaba dirigido principalmente para el menor en situación irregular, dentro de los cuales se consideraba a los abandonados, los que se encontraban en peligro moral o estado peligroso, deficientes sensoriales y mentales, lisiados físicos y con necesidad temporal, y todos ellos constituían un problema para la sociedad, la cual debía establecer los medios para solucionarlos, y el Código de Menores principalmente, optó por la institucionalización. (AGUILAR LLANOS, 2016)

Las sanciones que se imponían no se les llamaba penas sino medidas correctivas siendo el internamiento la medida privilegiada y eso permitía que pueda ser de duración indeterminada basada en el grado de

peligrosidad del menor y no requería demostrar su culpabilidad. (CAPUÑAY CHAVEZ, 2015)

El proceso penal tenía las siguientes características: Una investigación oral (Art. 106 CM), en un plazo de tres meses, prorrogable a seis meses (Art. 95 CM), donde la actuación de pruebas y la presencia de abogados no eran obligatorias, salvo en segunda instancia (Art. 96 CM), en caso de haberlos “debían ser defensores especializados en Derecho de Familia y menores que coopera con el juez ante de que entramparlo con argumentos de defensa”⁴⁴. El resultado era una decisión que podía reformarse (Art. 99 CM), siempre y cuando el adolescente no fuera peligroso, decisión sobre la cual no podía apelar sino a través de sus padres o abogado. (Art. 101 CM) (HERNÁNDEZ ALARCÓN, 2016)

4.3. Código de Menores de 1992.

Nuestro país ratificó la Convención de los Derechos del Niño mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, por lo tanto era imprescindible adecuar nuestro derecho interno con las disposiciones contenidas en esta normativa internacional, por ello, mediante Decreto Ley N° 26102 del 24 de diciembre de 1992, se promulgó el Código de los Niños y Adolescentes, quedando derogado el Código de Menores de 1962. Y entró en vigencia el 28 de junio de 1993.

De la misma forma, cabe resaltar que este Código implica un cambio de paradigma puesto que se inspira en la doctrina de protección integral, por ende se aprecian cambios resaltantes con relación al Código de Menores

⁴⁴ Cita a CHUNGA LLAMOJA, Fermín, “Exposición de Motivos del Código de Menores, p. 79 citado en Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000, p. 26.

de 1962, ya que el niño y el adolescente ya no son un mero objeto de derechos sino un sujeto de derechos, por lo tanto tienen sus propios derechos, no porque alguien se los haya concedido sino porque les son inherentes como seres humanos.

Para Patricia Orbegoso dentro de las innovaciones que este Código tuvo con relación al Código de Menores, se pueden destacar las siguientes:

- El reconocimiento de la persona desde su concepción.
- La incorporación del Principio del Interés Superior del Niño.
- La creación de Juzgados, Salas y Fiscalías especializadas.
- La instauración del proceso único para los conflictos vinculados a los niños, niñas y adolescentes.
- La creación del ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.
- La creación de las Defensorías Municipales del Niño y Adolescente.
- La creación de la Oficina de Adopciones.
- El reconocimiento de garantías procesales para el adolescente infractor, entre otras. (ORBEGOSO, 2016)

Sin embargo, después de unos años de la entrada en vigencia de este Código se advirtieron algunas falencias, por lo tanto era necesario realizar algunas modificaciones, y por ello se adoptó la decisión de derogarlo. Así, entró en vigencia una nueva versión del Código de los Niños y Adolescentes, el cual fue promulgado por la Ley N° 27337 el 21 de julio del 2000.

4.4. Código del Niño y de los Adolescentes de 2000.

Mediante la Ley N° 27337 del 21 de julio del 2000 se promulgó el vigente Código de los Niños y Adolescentes, éste también se encuentra inspirado en las bases de la doctrina de la protección integral, pues mantiene las orientaciones establecidas por la Convención de los Derechos del Niño, como es sabido hasta el momento ha sufrido varias modificaciones.

Asimismo, es conveniente indicar que este Código establece una clara división entre niños y adolescentes. Son *niños* desde la concepción hasta los 12 años de edad y son *adolescentes* los de 12 años hasta antes de cumplir los 18 años.

De conformidad con lo regulado en el artículo 183 del precitado cuerpo normativo si un adolescente entre los 12 a 14 años comete una infracción a la ley penal estará sujeto a medidas de protección, y si el adolescente que oscila entre los 14 a 18 infringe la ley penal años será pasible a medidas socioeducativas.

Este Código reconoce en su artículo IX del Título Preliminar el Principio del Interés Superior del Niño y en su Libro IV consagra las principales garantías sustantivas, procesales y de ejecución a favor de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Del mismo modo, establece el funcionamiento de órganos auxiliares de justicia como el equipo multidisciplinario (artículos 149° y 150°); la policía especializada (artículos 151° y 155°); la policía de apoyo a la justicia (artículos 156° y 157°); el servicio médico legal del niño y del adolescente (artículo 158°) y el registro de adolescente infractor (artículo 159°).

En este Código se instituye un proceso judicial inspirado en una justicia especializada que tiene en cuenta el conflicto jurídico como un problema humano. (Art. X Título Preliminar), lo cual se armoniza con el hecho de que el niño o adolescente tenga el derecho a expresar su opinión libremente en el proceso porque es un asunto que le afecta directamente y además tienen el derecho a que se tome en cuenta sus opiniones (art. 9 CNA.). Asimismo, es necesario reconocer el respeto de sus derechos individuales (Arts. 185 - 188 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.), por ende en el caso de vacío se debe recurrir a la aplicación supletoria de las normas sustantivas y adjetivas penales de acuerdo a lo prescrito en el art. VII Título Preliminar.

TÍTULO III.

Responsabilidad penal y exención de responsabilidad penal en la legislación nacional vigente.

SUB TÍTULO I.

Fenómeno social: incremento de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en nuestro país.

De acuerdo al barómetro de las Américas 2014 “el Perú tiene la tasa más alta de delincuencia en Latinoamérica”⁴⁵. (COMERCIO, 2015)

“Cada vez los delincuentes son más avezados y matan sin escrúpulos. Es así que el 82% de peruanos se siente inseguro no solo en la calle sino también en espacios públicos como restaurantes, bancos y vehículos, revela un estudio del Instituto Integración”. (RPP, 2015)

Sin embargo, no solo se ha incrementado el índice de delincuencia en nuestro país, sino también el índice de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, lo cual es más alarmante aun, pues “según estadísticas de la Policía Nacional del Perú, durante el año 2013 se han recibido 4 122 denuncias contra menores de edad – estadísticas a nivel nacional; en el año 2014 estas denuncias se han visto incrementadas a 4 375 casos, de los cuales 2 208 casos correspondieron a denuncias por infracciones que tenían que ver con los delitos de hurto y robo; seguido de 355 denuncias por delitos contra la vida el cuerpo y la salud –es decir homicidio, lesiones, etc.– y 283 denuncias por infracciones relacionados con los delitos de tráfico ilícito de drogas. Lo que quiere decir, que las tres principales

⁴⁵ De acuerdo a este trabajo del Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP) el 30,6% de ciudadanos en el Perú dice que fue víctima de la delincuencia en el 2014. Es la tasa más alta de América Latina. (COMERCIO, 2015)

infracciones contra ley penal en las que están inmersos las/los adolescentes en el Perú son los delitos contra el patrimonio, contra la vida el cuerpo y la salud y el tráfico ilícito de drogas”. (PÁGINA3, 2015)

Por ello, se ha llegado a concluir que “en los últimos cinco años se ha incrementado en más del 70% el índice de infracciones a la ley a cargo de menores de 18 años de edad”. (RPP, 2015)

Es decir, casi a diario en todo el territorio nacional, niños o adolescentes entre los 12 a 18 años infringen la ley penal. No obstante, queremos centrarnos específicamente en el incremento de las infracciones a la ley penal cometidas por los niños y adolescentes que fluctúan entre 12 a 14 años, puesto que, durante el año pasado y los inicios del presente año, estos niños y adolescentes han hecho noticia a nivel nacional.

Por ejemplo, como no recordar, que en el mes de setiembre del año pasado, fueron detenidos en Ventanilla cuatro adolescentes⁴⁶, conocidos como “Los pulpines de mi Perú”, cuyas edades aún oscilan entre los 12 a 14 años, quienes además confesaron que conocen el manejo de armas de guerra, saben de marcaje y hasta por un pago extra pueden dar muerte a una persona.

También, es preciso resaltar, que en el mes de octubre del año pasado, en Arequipa, fueron intervenidas por el personal de Serenazgo y la policía nacional tres adolescentes, quienes tenían entre 12 a 14 años, tras robar vestidos en un centro comercial⁴⁷.

⁴⁶ Para ampliar esta noticia, pueden consultar:

<http://www.radioexitosa.pe/actualidad/expl67850-sicarios-adolescentes-manejan-armas-desde-los-12-anos-en-ventanilla>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

⁴⁷ Para ampliar esta noticia, pueden consultar:

<http://rpp.pe/peru/arequipa/tres-escolares-fueron-intervenidas-tras-robar-vestidos-en-centro-comercial-noticia-906959>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

No obstante, es menester señalar que no solo los adolescentes han hecho noticia sino también niños, un claro ejemplo de ello, se dio en diciembre del año pasado, en Huánuco, ya que dos niños de 7 y 9 años, con otro adolescente de 13 años⁴⁸ fueron sorprendidos por la Policía Nacional robando artefactos en una vivienda.

De igual manera, es inevitable destacar que estos adolescentes no solo se han visto envueltos en casos de robos sino también de extorsiones, pues en el mes de marzo del año en curso, en Cajamarca, la Policía Nacional logró intervenir a dos adolescentes de 12 años y 14 años, por ser los responsables de un caso de robo y extorsión.⁴⁹

Empero, no solo los adolescentes de 12 a 14 años son los autores de infracciones penales, puesto que también algunos adultos los han convertido en medios para la comisión de sus delitos, lo cual se puede evidenciar, cuando estos adolescentes recogen el dinero de las extorsiones.⁵⁰

Ahora bien, si tendríamos que elegir, cuál de estas noticias fue la más impactante, sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, sin duda elegiríamos “el crudo testimonio de un sicario adolescente de 15 años”⁵¹, pues este adolescente en su testimonio detalla que los adolescentes infringen la ley penal porque las penas son

⁴⁸ Para ampliar esta noticia, pueden consultar:

<http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/huanuco-sorprenden-ninos-7-9-y-13-anos-robando-vivienda-n211267>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

⁴⁹ Para ampliar esta noticia, pueden consultar:

<http://elmercurio.pe/policiales/menores-involucradas-en-robo-y-extorsion/>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

⁵⁰ Para mayor información sobre adolescentes de 12 a 14 años que recogen dinero de las extorsiones pueden consultar:

<http://diariocorreo.pe/edicion/la-libertad/sorprenden-a-menor-cuando-recogia-cupo-que-le-exigian-a-profesora-612106/>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

<http://peru.com/actualidad/nacionales/piura-graban-menores-extorsionadores-recogiendodinero-cupo-noticia-386814>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

⁵¹ Para ampliar esta noticia, pueden consultar:

<http://elcomercio.pe/lima/policiales/sicarios-sjl-menores-12-anos-integran-bandas-asesinos-noticia-1813577>, página web visitada el 16/03/2016. Ver anexo N° 08.

muy laxas, además, son captados desde los 12 años, pues les dan droga, dinero y armas. Es más, él señala que sus captores se han dado cuenta que la pena para los de 13 y 14 años es muy corta y por lo tanto salen rápido.

Ante esta situación, debemos indicar que de acuerdo a lo regulado por el artículo 184 del CNA. los niños y adolescentes en conflicto con la ley de penal de 12 a 14 años solo se encuentran sujetos a medidas de protección, pues son totalmente inimputables.

SUB TÍTULO II.

Responsabilidad penal especial y exención de responsabilidad penal en la legislación vigente.

1. Responsabilidad penal especial de los adolescentes en conflicto con la ley penal a partir de los 14 años hasta los 18 años.

De conformidad con lo regulado en el artículo 20 del Código Penal vigente *“Está exento de responsabilidad penal: 2. El menor de 18 años”* (CÓDIGO PENAL, 2016), por esta razón los adolescentes en conflicto con la ley penal de 14 a 18 años no se encuentran sujetos al régimen penal de adultos.

Conviene, sin embargo, advertir que, de acuerdo a lo regulado en la parte ab initio del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes *“El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código. (...)”* (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

Por lo tanto, los menores comprendidos en esta franja de edad son los destinatarios del sistema penal juvenil, en consecuencia, son excluidos de la intervención penal para adultos pero al mismo tiempo se les exige responsabilidad penal a través de las medidas específicas previstas para responder frente a un hecho delictivo. (GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos & ALVARADO REYES, Juana Elvira, 2014)

En otras palabras, si bien estos adolescentes no pueden ser procesados como adultos de acuerdo a lo regulado por el artículo 20 del Código Penal vigente, sí existe la posibilidad de someterlos a un proceso específico por infracción a la ley penal y de acreditarse su responsabilidad el Juez podrá aplicarle al

adolescente infractor alguna de las medidas socioeducativas prescritas en el artículo 217 del CNA., las cuales son las siguientes: a) Amonestación; b) Prestación de servicios a la comunidad; c) Libertad asistida; d) Libertad restringida; y e) Internación en establecimiento para tratamiento, lo cual determina que sí existe un régimen de justicia penal juvenil en nuestro país, lo cual demuestra que no se encuentran totalmente exentos de responsabilidad penal. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

Asimismo, es necesario recalcar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el Exp. N. 03386-2009-PHC/TC⁵² que “(...)un sistema de responsabilidad penal juvenil es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre y cuando dicho sistema tenga una naturaleza garantista y sus disposiciones guarden conformidad con la doctrina de protección integral reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política”.

2. Exención de responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal menores de 14 años.

Aquellos adolescentes que realicen una conducta ilícita antes de haber alcanzado los 14 años de edad, carecen completamente de responsabilidad penal, por tanto, no están sujetos al régimen jurídico especial (justicia penal juvenil) y menos al sistema para adultos o común. (GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos & ALVARADO REYES, Juana Elvira, 2014)

Cabe resaltar, entonces, que los niños y adolescentes menores de 14 años están completamente exentos de responsabilidad penal (inimputabilidad

⁵² Fundamento 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 03386-2009-PHC/TC. Pueden acceder al texto completo en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03386-2009-HC.html>.

absoluta), por ello, no se les puede imponer ninguna de las medidas socioeducativas, empero si el Juez encuentra a este niño o adolescente responsable de una infracción penal puede aplicarle alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, como son: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

En otros términos, solo a los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años se les puede imponer alguna de las medidas socioeducativas establecidas en el CNA., pues a los niños (menores de 12 años) y adolescentes (mayores de 12 y menores de 14 años) únicamente se les puede imponer medidas de protección.

Lo señalado en el párrafo anterior es concordante con lo regulado en el artículo 40 numeral 3 literal a) de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵³ y por lo establecido en la regla 4 de las Reglas de Beijing⁵⁴, puesto que obligan

⁵³ Artículo 40:

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

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;(…)”

(CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

⁵⁴ Regla 4:

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

(REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES)

a los Estados Partes a establecer una edad mínima de responsabilidad penal, ya que es necesario determinar desde cuándo puede considerarse al niño o adolescente, en virtud de su discernimiento, madurez y comprensión individual, responsable de un comportamiento antijurídico. Aunque, estos instrumentos internacionales no hayan señalado expresamente una edad mínima de responsabilidad penal, a nivel internacional se ha instituido como una edad aceptable los 12 años. De modo que, de acuerdo a lo regulado en el artículo 184 del CNA. la edad mínima de responsabilidad penal en nuestro país es 14 años.

TÍTULO IV.

Medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal reguladas en nuestra legislación vigente.

1. Definición de medida de protección.

Son aquellas medidas tutelares que adopta el Estado a fin de proteger y salvaguardar a aquellas personas en especial estado de vulnerabilidad. Éstas les son aplicadas a niñas, niños (menores de doce años) y adolescentes comprendidos entre los doce hasta cumplir los 14 años de edad que cometieron una infracción a la ley penal. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2013)

2. Medidas de protección reguladas en el CNA. para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes *“Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial”*. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

A continuación, explicaremos cada una de estas medidas de protección:

a. El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa.

Esta medida de protección es dictada por los Jueces de Familia⁵⁵, después de cumplirse con el proceso de naturaleza tutelar establecido y luego de determinarse que el niño o adolescente de 12 a 14 años es responsable de una infracción a la ley penal⁵⁶, de igual manera es menester señalar que los Jueces para dictar esta medida de protección consideran la gravedad de la infracción a la ley penal, asimismo analizan el medio familiar en el cual se desenvuelve el niño o adolescente día a día, a fin de priorizar el fortalecimiento del vínculo familiar o comunal, de acuerdo a lo regulado en el artículo 252 del CNA. También, otros de los elementos coadyuvantes para dictar esta medida son los exámenes psicológicos realizados a estos niños y adolescentes, así como los informes emitidos por el departamento de psicología y las recomendaciones realizadas por el fiscal.

Del mismo modo, es necesario recalcar que en la actualidad esta medida de protección es dictada con mucha frecuencia por los Jueces de Familia, puesto que se prioriza no separar a los niños o adolescentes en conflicto con la ley penal de su hogar, ya que se considera necesario el apoyo de su familia en su proceso de corrección y enmienda.

⁵⁵ De acuerdo a lo regulado en el artículo 137 del CNA. “Corresponde al Juez de Familia: c. Disponer de las medidas socio-educativas y de protección en favor del niño o adolescente, según sea el caso”. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

⁵⁶ Por ejemplo, en la resolución N° 01 del Expediente N° 692-2013-0-1601-JR-FT-03 se dictó medida de protección a favor del adolescente con iniciales F.C.R.R. (de 11 años y once meses a la fecha de la comisión de la infracción a la ley penal) el cuidado en su propio hogar bajo el control y responsabilidad de sus padres, quienes ejercerán mayor control sobre su hijo, por la infracción a la ley penal (comisión del delito de violación contra la libertad sexual en la modalidad de actos contrarios al pudor, en agravio de la niña con iniciales Y.G.R. de cinco años de edad.

b. Participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social.

Se estableció esta medida de protección en el CNA. con la finalidad de que los niños o adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal participen en diferentes programas de educación, salud y sociales a cargo de los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales y demás entidades públicas o privadas que trabajan en apoyo del niño y adolescente, haciéndolos útiles tanto en su entorno familiar como social. Sin embargo, no existe a la fecha ningún programa oficial que desarrollen estas instituciones, por lo tanto, es imposible que los Jueces de Familia dicten esta medida de protección.

c. Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.

La colocación familiar es considerada como un sistema asistencial creado para reemplazar las mejores condiciones del hogar que carece el menor, por ende siguiendo este concepto, los niños o adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal podrían ser acogidos por una persona, familia o institución, las cuales se harían responsables de estos menores pudiendo ejercer las facultades del tutor establecidas en el Código Civil⁵⁷. También, es importante indicar, que de acuerdo a lo regulado en el artículo 104 del CNA. esta medida puede ser remunerada o gratuita.

No obstante, debemos añadir que actualmente no es factible que los Jueces de Familia dicten esta medida de protección, puesto que no existen

⁵⁷ En adelante para citar al Código Civil también se utilizará su abreviatura C.C.

familias que deseen incorporar en su hogar a un niño o adolescentes entre 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.

d. Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Cuando la infracción a la ley penal cometida por el niño o adolescente de 12 a 14 años es “grave”⁵⁸ o cuando su entorno familiar no garantiza la supervisión y control de estos menores, los Jueces de Familia optan por dictar esta medida de protección, ya que es necesario que el niño o adolescente se aleje de su hogar a fin de poder corregirlo y enmendarlo, bajo la correcta supervisión de un tercero.

Por otra parte, es prudente indicar, que en los últimos años se ha incrementado los dictámenes de esta medida de protección, puesto que en muchas ocasiones es en la familia o en el vecindario donde estos niños o adolescentes de 12 a 14 años aprenden a infringir la ley penal, lo cual evidencia la falta de supervisión de sus padres.

Sin embargo, es menester señalar, que en la actualidad no existen establecimientos de protección especial para los niños o adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, por ende, cuando se dicta esta medida de protección estos menores son ingresados a los CAR's, los cuales son establecimientos creados para la protección única y exclusiva de los niños o adolescentes en situación de desprotección familiar.

Por lo tanto, ante esta realidad, los directores de los CAR's en varias ocasiones se rehúsan a admitir a estos niños y adolescentes, pues creen

⁵⁸ Lo hemos puesto entre comillas, ya que la gravedad de la infracción penal la determina el Juez de Familia de manera subjetiva, al no existir una clasificación de las infracciones a la ley penal en el CNA.

que es un riesgo reunirlos con los niños y adolescente en situación de desprotección familiar.

3. Medidas de protección reguladas en la legislación comparada para los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.

a. Bolivia.

Se rige por el Código Niña, Niño y Adolescente - Ley N 548 de 17 de julio de 2014, de acuerdo a lo regulado en el artículo 269⁵⁹ las personas menores de 14 años se encuentran exentas de responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil, la cual se demanda a sus responsables legales en la vía civil correspondiente.

No obstante, cuando el adolescente menor de 14 años fuera aprehendido o arrestado estará sujeto a las medidas de protección reguladas en el artículo 169⁶⁰ del citado cuerpo normativo, asimismo, es importante resaltar que en

⁵⁹ **Artículo 269.**

“La persona adolescente menor de catorce (14) años de edad está exenta de responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil, la cual será demandada a sus responsables legales en la jurisdicción civil.

Cuando una persona adolescente menor de catorce (14) años fuera aprehendida o arrestada, será remitida a la Instancia Técnica Departamental de Política Social, para la verificación del respeto de sus derechos y garantías y la inclusión en los programas de protección que correspondan, sin perjuicio de medidas de protección dictadas por la autoridad competente. (el resaltado es nuestro)

I. Las niñas y los niños en ningún caso podrán ser privados de libertad, procesados o sometidos a medidas socio-educativas.

No será procesado ni declarado penal o civilmente responsable, la o el adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años con discapacidad intelectual, psíquica o mental, que no pueda comprender la antijuricidad de su acción”.

⁶⁰ **Artículo 169.**

“La Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, mediante procedimiento común establecido en el presente Código, podrá imponer las siguientes **medidas de protección**:

a) A la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor:

1. Advertencia y amonestación;
2. Inclusión obligatoria en programas gubernamentales o no gubernamentales de promoción de la familia;
3. Inclusión en programas gubernamentales o no gubernamentales de tratamiento a alcohólicos o toxicómanos;
4. Obligación de recibir tratamiento psicológico o psiquiátrico;
5. Obligación de asistir a cursos o programas de orientación;
6. Obligación de inscribir y controlar la asistencia y aprovechamiento escolar de la hija, hijo, pupila o pupilo;
7. Obligación de proporcionar a la niña, niño y adolescente el tratamiento especializado correspondiente; y
8. Separación de la madre o padre que maltrate a la niña, niño o adolescente, de su entorno.

b) A terceros:

1. Advertencia y amonestación;

este artículo no solo se ha establecido medidas de protección dirigidas al adolescente menor de 14 años, sino también, se ha previsto medidas de protección a favor de la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor y terceros, las cuales se proceden a detallar:

a) A la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor:

1. Advertencia y amonestación;
2. Inclusión obligatoria en programas gubernamentales o no gubernamentales de promoción de la familia;
3. Inclusión en programas gubernamentales o no gubernamentales de tratamiento a alcohólicos o toxicómanos;
4. Obligación de recibir tratamiento psicológico o psiquiátrico;
5. Obligación de asistir a cursos o programas de orientación;
6. Obligación de inscribir y controlar la asistencia y aprovechamiento escolar de la hija, hijo, pupila o pupilo;
7. Obligación de proporcionar a la niña, niño y adolescente el tratamiento especializado correspondiente; y

-
2. Orden de cese inmediato de la situación que amenace o vulnere el derecho;
 3. Orden de restitución de la niña, niño y adolescente al hogar del que hubiera sido alejada o alejado con violencia;
 4. Prohibición o restricción temporal de la presencia de quien amenace o viole derechos de niñas, niños y adolescentes del hogar, lugares frecuentados, comunidad educativa o lugar de trabajo, para el caso de adolescentes; y
 5. Prohibición o restricción del tránsito del denunciado por los lugares que transita la niña, niño o adolescente.

c) A niñas, niños y adolescentes:

1. Inclusión en uno o varios programas a los que se refiere este Código; 2. Orden de tratamiento médico psicológico o psiquiátrico, así como los destinados a la prevención o curación de la dependencia de alcohol u otras sustancias psicotrópicas o estupefacientes;
3. Orden de permanencia en la escuela;
4. Separación de la o el adolescente de la actividad laboral;
5. Integración a una familia sustituta; y
6. Inclusión a una entidad de acogimiento.

II. Se podrán aplicar otras medidas de protección, si la naturaleza de la situación amerita la preservación o restitución del o los derechos afectados, dentro de los límites de la competencia de la autoridad que la imponga.

III. El incumplimiento de las medidas de protección por parte de la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, o terceros, constituye infracción y será sancionado de acuerdo a lo establecido en este Código". **(el resaltado es nuestro)**

(CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE)

8. Separación de la madre o padre que maltrate a la niña, niño o adolescente, de su entorno.

b) A terceros:

1. Advertencia y amonestación;
2. Orden de cese inmediato de la situación que amenace o vulnere el derecho;
3. Orden de restitución de la niña, niño y adolescente al hogar del que hubiera sido alejada o alejado con violencia;
4. Prohibición o restricción temporal de la presencia de quien amenace o viole derechos de niñas, niños y adolescentes del hogar, lugares frecuentados, comunidad educativa o lugar de trabajo, para el caso de adolescentes; y
5. Prohibición o restricción del tránsito del denunciado por los lugares que transita la niña, niño o adolescente.

c) A niñas, niños y adolescentes:

1. Inclusión en uno o varios programas a los que se refiere este Código;
2. Orden de tratamiento médico psicológico o psiquiátrico, así como los destinados a la prevención o curación de la dependencia de alcohol u otras sustancias psicotrópicas o estupefacientes;
3. Orden de permanencia en la escuela;
4. Separación de la o el adolescente de la actividad laboral;
5. Integración a una familia sustituta; y
6. Inclusión a una entidad de acogimiento.

Por lo tanto, es imprescindible advertir que en nuestra legislación a diferencia de Bolivia solo se ha previsto medidas de protección a favor del niño y adolescente de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, mas no, a favor de su madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor y terceros.

Por ello puede decirse, que tal vez, es necesario ampliar nuestro catálogo de medidas de protección no solo a favor del niño o adolescente entre 12 a 14 años, como estableciendo el ordenamiento de tratamiento psiquiátrico y destinados a la prevención o curación de la dependencia de alcohol u otras sustancias psicotrópicas o estupefacientes; sino también, regulando nuevas medidas de protección a favor de su madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor y terceros, pues muchas veces los padres de estos menores no les dan la importancia debida a las medidas de protección dictadas por el Juez, por ejemplo no los llevan a las terapias psicológicas, ni mucho menos, ejercen un mayor control sobre sus hijos.

b. Colombia.

Se rige por el Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley N° 1098 de 2006, según lo establecido en el artículo 142⁶¹ las personas menores de 14 años

⁶¹ Artículo 142.

“Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2º del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible.

Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad”.

se encuentran exentos de responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus padres o representantes legales.

Por otro lado, de acuerdo a lo regulado en el artículo 143⁶² del cuerpo normativo antes indicado, cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito solo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos.

Tales medidas de verificación de la garantía de derechos se encuentran reguladas en el artículo 53⁶³ del precitado marco legal, las cuales son:

⁶² Artículo 143.

“Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito solo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa. Si un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años es sorprendido en flagrancia por una autoridad de policía, esta lo pondrá inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia a disposición de las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos. Si es un particular quien lo sorprende, deberá ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad policial para que esta proceda en la misma forma.

Parágrafo 1º. Cuando del resultado de una investigación o juicio surjan serias evidencias de la concurrencia de un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años en la comisión de un delito, se remitirá copia de lo pertinente a las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos.

Parágrafo 2º. El ICBF establecerá los lineamientos técnicos para los programas especiales de protección y restablecimiento de derechos, destinados a la atención de los niños, niñas o adolescentes menores de catorce (14) años que han cometido delitos”. (el resaltado es nuestro)

⁶³ Artículo 53.

“Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este Código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Parágrafo 1º. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

Parágrafo 2º. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección sus derechos”. (el resaltado es nuestro)
(CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA)

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Comparando ambas legislaciones, podemos advertir que en ambos países solo se ha previsto medidas de protección o medidas de verificación de derechos a favor de los niños o adolescentes entre 12 a 14 años o personas menores de 14 años, pero conviene precisar que en Colombia a diferencia de nuestro país se ha regulado la medida de asistencia obligatoria a un curso pedagógico.

c. Ecuador.

Se rige por el Código de la Niñez y Adolescencia Ley N° 100-2002, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 4⁶⁴ del precitado cuerpo legal “niño o

⁶⁴ Artículo 4.

niña” es la persona que no ha cumplido los 12 años de edad y “adolescente” es la persona desde los 12 hasta los 18 años de edad.

De igual manera, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 306⁶⁵ del cuerpo normativo antes citado los adolescentes (12 a 18 años) que cometan infracciones tipificadas en la ley penal se encuentran sujetos a medidas socio-educativas.

Por ende, es importante resaltar que a diferencia de nuestro país en Ecuador a los adolescentes entre 12 a 14 años se les aplica medidas socioeducativas y no medidas de protección. Asimismo, debemos destacar que estas medidas han sido divididas entre medidas no privativas de la libertad y medidas privativas de la libertad.

Las medidas socio-educativas no privativas de la libertad se encuentran reguladas en el artículo 378⁶⁶ del Código Orgánico Integral Penal, entre las cuales tenemos las siguientes:

“Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

⁶⁵ Artículo 306.

“Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal estarán sujetos a medidas socio - educativas por su responsabilidad de acuerdo con las preceptos del presente Código”.

(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

⁶⁶ Artículo 378.

“Las medidas socioeducativas no privativas de libertad que se pueden imponer son:

1. Amonestación: es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador, al adolescente; y, a sus padres o representantes legales o responsables de su cuidado para que se comprenda la ilicitud de las acciones.
2. Imposición de reglas de conducta: es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social.
3. Orientación y apoyo psico socio familiar: es la obligación del adolescente y sus padres, representantes legales o responsables de su cuidado, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social.
4. Servicio a la comunidad: son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan.
5. Libertad asistida: es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, obligándose el adolescente a cumplir

1. Amonestación: es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador, al adolescente; y, a sus padres o representantes legales o responsables de su cuidado para que se comprenda la ilicitud de las acciones.
2. Imposición de reglas de conducta: es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social.
3. Orientación y apoyo psico socio familiar: es la obligación del adolescente y sus padres, representantes legales o responsables de su cuidado, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social.
4. Servicio a la comunidad: son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan.
5. Libertad asistida: es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación,

programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes".
(CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL)

obligándose el adolescente a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes.

De igual manera, cabe señalar que las medidas socioeducativas privativas de libertad se encuentran reguladas en el artículo 379⁶⁷ del precitado Código, las cuales son:

1. Internamiento domiciliario: es la restricción parcial de la libertad por la cual el adolescente no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios, de salud y de trabajo.
2. Internamiento de fin de semana: es la restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente estará obligado a concurrir los fines de semana al Centro de adolescentes infractores, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo.
3. Internamiento con régimen semiabierto: es la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo.

⁶⁷ Artículo 379.

“Las medidas socioeducativas privativas de libertad son:

1. Internamiento domiciliario: es la restricción parcial de la libertad por la cual el adolescente no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios, de salud y de trabajo.
 2. Internamiento de fin de semana: es la restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente estará obligado a concurrir los fines de semana al Centro de adolescentes infractores, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo.
 3. Internamiento con régimen semiabierto: es la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo.
 4. Internamiento Institucional: es la privación total de la libertad del adolescente, que ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin menoscabo de la aplicación de los programas establecidos para su tratamiento”.
- (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL)

4. Internamiento Institucional: es la privación total de la libertad del adolescente, que ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin menoscabo de la aplicación de los programas establecidos para su tratamiento.

d. Uruguay.

Se rige por el Código de la Niñez y la Adolescencia - Ley N 17.823, según lo regulado en el artículo 74⁶⁸ solo los adolescentes mayores de 13 y menores de 18 años que comenten una infracción a la ley penal pueden ser sometidos a un proceso especial.

De acuerdo a lo normado en el artículo 80⁶⁹ pueden aplicarse a estos adolescentes las siguientes medidas no privativas de la libertad:

⁶⁸ Artículo 74.

“En todos los casos en que al adolescente se le impute el haber incurrido en actos que se presumen comportan infracción a la ley penal, deberá asegurarse el cumplimiento estricto de las garantías del debido proceso, especialmente las siguientes:

B) Principio de responsabilidad.- Solo puede ser sometido a proceso especial, regulado por este Código, el adolescente mayor de trece y menor de dieciocho años de edad, imputado de infracción a la ley penal. La responsabilidad del adolescente tendrá lugar a partir de la sentencia definitiva que le atribuya la comisión del hecho constitutivo de infracción a la ley penal. Si se encuentran involucrados niños menores de trece años de edad, se procederá de acuerdo a lo preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes de este Código”.

⁶⁹ Artículo 80.

“Podrán aplicarse, entre otras, las siguientes medidas no privativas de libertad:

A) Advertencia, formulada por el Juez en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta.

B) Amonestación, formulada por el Juez en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción.

C) Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo a cargo del Instituto Nacional del Menor o de instituciones públicas o privadas, por un período máximo de un año.

D) Observancia de reglas de conducta, como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda de seis meses.

E) Prestación de servicios a la comunidad, hasta por un máximo de dos meses.

F) Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima.

G) Prohibición de conducir vehículos motorizados, hasta por dos años.

H) Libertad asistida.

I) Libertad vigilada”.

(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)

- A. Advertencia, formulada por el Juez en presencia del defensor y de los padres o responsables, sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta.
- B. Amonestación, formulada por el Juez en presencia del defensor, de los padres o responsables, intimándolo a no reiterar la infracción.
- C. Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa socioeducativo a cargo del Instituto Nacional del Menor o de instituciones públicas o privadas, por un período máximo de un año.
- D. Observancia de reglas de conducta, como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos, por un período que no exceda de seis meses.
- E. Prestación de servicios a la comunidad, hasta por un máximo de dos meses.
- F. Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima.
- G. Prohibición de conducir vehículos motorizados, hasta por dos años.
- H. Libertad asistida.
- I. Libertad vigilada.

Asimismo, es oportuno indicar que no solo el adolescente de 13 a 18 años es pasible a las medidas no privativas de la libertad antes indicadas, sino también, se le puede imponer medidas privativas de la libertad, según lo regulado en el artículo 88⁷⁰ del ya citado texto legal, las cuales se detallan a continuación:

⁷⁰ Artículo 88.

“Las medidas privativas de libertad son:

A) Internación en establecimientos, separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a adultos.

B) Internación en iguales establecimientos con posibilidades de gozar de semilibertad”.

A. Internación en establecimientos, separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a adultos.

B. Internación en iguales establecimientos con posibilidades de gozar de semilibertad.

De lo anteriormente señalado, se puede concluir que en Uruguay se ha establecido que los adolescentes (13 a 18 años) en conflicto con la ley penal pueden ser pasibles de medidas no privativas de la libertad y de medidas privativas de la libertad. En cambio, en nuestro país todas las medidas de protección a las que se encuentran sujetos los adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal son no privativas de la libertad. Del mismo modo, debemos resaltar que en nuestro país se distingue a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal menores de catorce y a los mayores de catorce años, en cambio en Uruguay no existe tal distinción, pues el mismo tratamiento se les da a los adolescentes en conflicto con la ley penal que oscilan entre los 13 a 18 años. Además, es prudente advertir que en Uruguay a diferencia de nuestro país se ha clasificado las infracciones penales en graves y gravísimas, de acuerdo a lo regulado en el artículo 72⁷¹ del prenotado Código, lo cual tal vez podríamos implementarlo en nuestra legislación.

(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)

⁷¹ Artículo 72.

“Las infracciones a la ley penal se clasifican en graves y gravísimas. Son infracciones gravísimas a la ley penal:

- 1) Homicidio intencional con agravantes especiales (artículos 311 y 312 del Código Penal).
- 2) Lesiones gravísimas (artículo 318 del Código Penal).
- 3) Violación (artículo 272 del Código Penal).
- 4) Rapiña (artículo 344 del Código Penal).
- 5) Privación de libertad agravada (artículo 282 del Código Penal).
- 6) Secuestro (artículo 346 del Código Penal).
- 7) Extorsión (artículo 345 del Código Penal).
- 8) Tráfico de estupefacientes (artículos 31 y 32 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 3º de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998).

TÍTULO V.

Niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

1. Concepto de abandono.

El diccionario de la Real Academia Española define "abandono" en primera acepción como "m. Acción y efecto de abandonar o abandonarse". (RAE, 2014)

Por lo tanto, es menester recurrir al significado del término "abandonar", el cual se refiere a "tr. Dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo". (RAE, 2014)

Elinor Bisig⁷², (...) señala que el concepto de abandono, tiene dos espacios, el abandono material, que lo define como el *"descuido del menor en la alimentación, higiene, vestuario y medicamentación por incumplimiento de los deberes asistenciales correspondientes a los padres, tutores o guardadores"* y el abandono moral, definido como *"las carencias en la educación, vigilancia o corrección del menor, suficientes para convertirlo en un ser inadaptado para la convivencia social por incumplimiento de los deberes correspondientes a los padres o a quien esté confiada su guarda"*.⁷³ (ALVARADO PALACIOS, 2016)

Tal definición fácilmente nos recuerda a la doctrina de situación irregular, ya que se afirma antes de tiempo, que el niño o el adolescente como consecuencia

9) Cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría.
10) La tentativa de las infracciones señaladas en los numerales 1), 3), 4) y 6) y la complicidad en las mismas infracciones. En los casos de violación no se tomará en cuenta la presunción del ejercicio de violencia (artículo 272 del Código Penal). Las restantes son infracciones graves a la ley penal".

Artículo modificado por la Ley Nº 19.055 del 23/01/2013.

(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)

⁷² Licenciada en Sociología, Magister en Demografía, Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas CONICET, Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIJS de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba UNC.

⁷³ Cita a BISIG, Elinor, *"Abandono de Menores – Condicionamientos Sociales"* CONICET-CIJS, Argentina, 1989.

de este abandono, y al encontrarse en una situación de riesgo puede infringir la ley penal.

Quintero Velásquez (...) define “abandono de menores” como siendo la *“situación que ocurre cuando los padres, por diversas circunstancias, no están en capacidad de cumplir sus funciones, limitando las condiciones necesarias para el desarrollo general de los niños y niñas, por lo que éstos están expuestos a situaciones de grave peligro para su integridad”*.⁷⁴ (SCHREINER, 2009)

Asimismo, es importante indicar que en nuestra legislación no se ha definido el término abandono, por ende en el Informe Defensorial N° 150 se planteó una noción de abandono, la cual lo define de la siguiente manera:

“el descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de las personas responsables de su cuidado (madre, padre, tutores, etc.), que tiene como presupuesto indispensable la consiguiente carencia de soporte familiar, sumada a la existencia de situaciones que afectan gravemente, en cada caso concreto, al desarrollo integral de un niño, niña o adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales” (INFORME DEFENSORIAL N° 150, 2010)

En pocos términos, el abandono infantil o adolescente es la desatención consciente de los padres para con sus hijos, sin la intención de volver a brindarle al niño o adolescente afecto, seguridad y bienestar, por lo tanto se da

⁷⁴ Cita a QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela María, *“Diccionario especializado en familia y género”*, Buenos Aires, Lumen, 2007.

una situación de vulneración de derechos, lo cual conlleva a una total desprotección del niño y adolescente.

Por otro lado, también se puede afirmar que el abandono infantil es una falta inexcusable de asistencia a un niño de corta edad, por parte de sus padres o de las personas que ejercen su tutela, este abandono se puede clasificar en abandono material o abandono moral.

Respecto al abandono material se refiere a la inasistencia alimenticia del niño, lo cual incluye vestido, vivienda, salud y recreación.

Por su parte, el abandono moral consiste en falta de formación integral del niño, lo cual incluye a la educación, cultura, valores y principios; así como la falta de supervisión y corrección de su conducta.

Del mismo modo, es oportuno indicar, que nosotros coincidimos en pensar al igual que otros juristas, respecto a que no es conveniente emplear la denominación de “niño o adolescente abandonado o en estado de abandono”, por ser un término despectivo, además promueve la discriminación y/o la estigmatización del niño o adolescente. Por ende, hemos utilizado el término desprotección familiar⁷⁵ en el desarrollo de la presente investigación, ya que la desprotección es el problema general que se da como consecuencia del incumplimiento de las responsabilidades que tienen los padres para con sus hijos.

⁷⁵ La desprotección familiar se da cuando los niños y adolescentes tienen necesidades básicas sin cubrir, a causa de las circunstancias familiares y/o comportamientos de sus padres o representantes legales. O también, a causa de los problemas socioeconómicos que presentan sus padres o representantes legales.

2. Naturaleza del abandono.

La naturaleza del abandono desde la óptica de la doctrina de la protección integral se entiende como una vulneración de derechos de los niños y adolescentes.

Sin embargo, recordemos que en la doctrina de situación irregular se concebía al niño y adolescente como un objeto de derecho, por lo tanto la situación de abandono era una situación irregular, existiendo el binomio compasión – represión, pues se pensaba que las personas menores de edad que se encontraban en una situación peligrosa deberían ser controladas a tiempo por el bien de toda la sociedad. Es por ello, que los niños, niñas y adolescentes se convierten en objetos de control social mientras que sus padres eran frecuentemente sancionados con la pérdida de la patria potestad, por no haber cumplido con los deberes y responsabilidades que les correspondía.

Ahora bien, como ya se ha señalado anteriormente la situación de abandono en la doctrina de protección integral se entiende como la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, porque estos son considerados como sujetos de derechos, por lo tanto son titulares de los mismos derechos de los adultos.

De igual manera, debemos resaltar que la irregularidad ha sido trasladada de los niños y adolescentes hacia los sujetos responsables de respetar, garantizar y proteger los derechos niños y adolescentes, por ende, ante la vulneración de algún derecho se exige su restitución.

En efecto, tal como expresa Mary Beloff, *“si se es titular de derechos, si la protección es concebida como derecho, entonces deben existir remedios*

legales en casos de violaciones a los derechos, no así cuando la protección es concebida como ayuda social o caridad, donde las nociones de exigibilidad y responsabilidad desaparecen".⁷⁶ (INFORME DEFENSORIAL N° 153, 2011)

3. Diferencia entre la situación de abandono y la situación de riesgo.

El diccionario de la Real Academia Española define "riesgo" en primera acepción como "m. Contingencia o proximidad de un daño". (RAE, 2014) Por lo tanto, se puede afirmar que "el riesgo hace referencia a una situación que precede al abandono". (INFORME DEFENSORIAL N° 153, 2011)

Entonces, al ser diferente la situación de riesgo de la situación de abandono, sus modos de intervención son totalmente distintos. Puesto que, ante la primera de éstas se debe diseñar y ejecutar políticas públicas y acciones de prevención, y respecto a la segunda es necesario establecer medidas de protección, puesto que el daño ya se ha causado.

Evelia Castro Avilés y William Fernández Espinoza han señalado que el abandono debe ser considerado como una vulneración de derechos por parte de las personas que ejercen la responsabilidad parental o la tutela y la situación de riesgo como aquella zona gris previa al conflicto con la ley penal. (CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima Rosalina & FERNÁNDEZ ESPINOZA, William Homer, 2016)

Gabriela Schreiner, por su parte ha indicado que una de las principales diferencias entre riesgo y abandono es que "si por un lado todo abandono genera situaciones de riesgo, no toda situación de riesgo se transformará en

⁷⁶ Cita a Beloff, Mary, "*Protección integral de derechos del niño Vs. Derechos en situación irregular*". En Poder Judicial de Paraguay, Corte Suprema de Justicia. http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Proteccion_Integral_Vs_Situacion_Irregular.pdf. Consulta el 14 de septiembre del 2010.

abandono. La diferencia estará en la capacidad de respuesta de los factores de protección para cada situación por parte del individuo, de la familia, de la sociedad y del Estado”. (SCHREINER, 2009)

4. Normativa internacional de protección a los niños y adolescentes en estado de abandono.

Los Estados tienen la obligación de proteger a los niños y adolescentes en estado de abandono de acuerdo a los siguientes instrumentos internacionales:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta obligación específica se encuentra regulada en los siguientes dispositivos legales:

- Artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.⁷⁷
- Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷⁸

⁷⁷ Artículo 6.

“El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia”. (DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

⁷⁸ Artículo 10.

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

(...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”. (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES)

- Artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁷⁹
- Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).⁸⁰
- Artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.⁸¹
- Artículos 3.2, 3.3, 9, 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁸²

⁷⁹ Artículo 24.

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (...)” (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS)

⁸⁰ Artículo 19.

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. (CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS)

⁸¹ Artículo 16.

“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”. (PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR")

⁸² Artículo 3.

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

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Artículo 9.

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la

Asimismo, es preciso señalar que los citados instrumentos internacionales forman parte de nuestro derecho interno, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 55⁸³ de la Constitución Política.

5. Normativa nacional de protección a los niños y adolescentes en estado de abandono.

La obligación del Estado peruano de proteger a los niños y adolescentes en estado de abandono se encuentra regulada en el artículo 4 de la Constitución Política de 1993, el cual señala que *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”*, de igual manera cabe señalar que este dispositivo legal tiene concordancia con lo establecido en el artículo 44 del citado cuerpo legal, el cual establece que uno de los deberes primordiales del Estado es *“garantizar la*

persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

Artículo 19.

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Artículo 20.

“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

(CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

⁸³ Artículo 55:

“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

(CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ)

plena vigencia de los derechos humanos”, lo cual se aplica a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, esta obligación del Estado también se encuentra reconocida en el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual precisa que *“el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica”*, de la misma forma en el artículo 25 del prenotado Código se ha reconocido que uno de los roles del Estado es ser el *“principal garante del ejercicio de sus derechos y libertades, a través de políticas, medidas y acciones permanentes y sostenidas”*.

Ahora bien, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 33 del precitado Código *“La política de atención al niño y al adolescente estará orientada a desarrollar: c) Programas de protección que aseguren la atención oportuna cuando enfrentan situaciones de riesgo;”* en este contexto, es preciso destacar que en los artículos 36, 38 y 40 del citado cuerpo legal se han regulado programas a favor de los niños y adolescentes discapacitados, víctimas de la violencia armada o desplazados y a favor de los niños y adolescentes trabajan y viven en la calle, respectivamente. También, debemos evocar que en el artículo 243 del ya mencionado Código se ha previsto medidas de protección a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono.

Asimismo, es necesario recalcar que en los Capítulos IX y X del Título II del Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes se han regulado diversas normas respecto al procedimiento tutelar de medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono, así como para la declaración judicial de abandono.

Además, es prudente señalar que en el artículo 245 del CNA.⁸⁴ se ha establecido el procedimiento de investigación tutelar, y éste a su vez ha sido desarrollado específicamente en el Decreto Supremo N 011-2005-MIMDES⁸⁵.

⁸⁴ Artículo 245:

“El MIMDES, al tomar conocimiento, mediante informe policial o denuncia de parte, que un niño o adolescente se encuentra en algunas de las causales de abandono, abrirá investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia y dispondrá en forma provisional las medidas de protección pertinentes”. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

⁸⁵ MIMDES, es abreviatura del ex Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

TÍTULO VI.

Las medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

1. Noción de medidas de protección.

En el Informe Defensorial N 150 se definió a las medidas de protección como las diversas acciones estatales llevadas a cabo mediante órganos especializados, orientadas a compensar carencias materiales y/o afectivas que afecten a los niños, niñas y/o adolescentes y que han sido generadas por una situación de grave desestructuración o conflicto familiar o por la inexistencia de una familia nuclear o extensa. (INFORME DEFENSORIAL N° 153, 2011)

El objetivo fundamental de estas medidas es revertir la situación de desprotección que atraviesa un niño, niña y/o adolescente, por medio de la restitución de sus derechos fundamentales, en cumplimiento del principio del Interés Superior del Niño. (INFORME DEFENSORIAL N° 153, 2011)

2. Casos en los que un Juez puede dictar medida de protección a favor del niño o adolescente en estado de abandono.

De acuerdo a lo regulado en el artículo 248 del CNA. *“El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando: a) Sea expósito; b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación; c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de*

asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo; e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo; f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia. h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y i) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono". (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

Ahora veamos, cada una de estas causales:

a. Sea expósito.

La definición jurídica del término expósito que proporciona el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual es "recién nacido que es abandonado en un lugar público, por lo cual se desconocen sus padres y el nombre del mismo". (CABANELLAS, 1996)

Asimismo, cabe señalar que esta definición es concordante con lo regulado en el artículo 23 del Código Civil, el cual regula el nombre de recién nacido de padres desconocidos.

En otras palabras, cuando un recién nacido, niño o infante es abandonado por sus padres en plena vía pública⁸⁶, o en la puerta de un convento o iglesia, o en un orfanato, o en vehículos de transporte público⁸⁷, o cuando es dejado o regalado a cualquier familiar cercano o lejano de sus padres o a terceros desconocidos o en instituciones públicas o privadas, estamos frente a un caso de expósito.

La investigación judicial o administrativa deberá determinar si algún familiar puede hacerse cargo o no del cuidado del expósito, de la misma forma, se encargará de lograr identificar al menor y de darle un nombre, teniendo en cuenta los nombres de sus padres biológicos, cuando éstos hayan sido plenamente identificados, o en el caso que sus padres sean desconocidos se procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 23 del C.C., por último se establecerá una medida de protección adecuada.

Según las normas vigentes, este menor deberá ser declarado por esta causal en estado de abandono y luego será promovido en adopción. Por lo tanto, solo se le puede imponer medidas de protección temporales, “tales como el internamiento para su atención integral en instituciones públicas o privadas, la colocación familiar sin expectativas de adopción y garantizar que dicho menor pueda ser promovido en adopción, en la forma establecida en el Reglamento respectivo”. (ALVARADO PALACIOS, 2016)

⁸⁶ Un claro ejemplo de ello ocurrió en San Juan de Lurigancho cuando hallaron bebé abandonado en plena calle. Véase en: <http://elcomercio.pe/lima/sucesos/san-juan-lurigancho-hallan-bebe-abandona-plena-calle-noticia-1884864>. Ver anexo N° 09.

⁸⁷ Por ejemplo, en Huacho hallaron un recién nacido abandonado en mototaxi. Véase en: <http://www.huachoenlinea.com/2015/07/hallan-recien-nacido-abandonado-en-mototaxi/>.

- b. Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación.**

De conformidad con lo regulado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú “(...) *Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. (...)*”. De igual manera, según lo regulado en el artículo 423 inciso 1 del Código Civil “*Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: 1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos*”.

Asimismo, en el artículo 74 del CNA. se ha establecido los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, los cuales al ser incumplidos producen la suspensión de la patria potestad, según lo prescrito en el artículo 75 del CNA., y en tal caso es deber del Estado proveer al menor de una institución supletoria a la patria potestad, mediante la cual se proteja, asista y represente al niño o adolescente, por ello se ha regulado la tutela.

En pocas palabras, mediante la tutela al menor que no esté bajo la patria potestad de sus padres, porque éstos se encuentran ausentes o por haber incumplido sus deberes de patria potestad, se le nombrará a un tutor que se encargará de cuidar de su persona, de sus bienes y de representarlo legalmente, además es importante señalar, que el tutor puede ser una persona natural o una institución pública o privada.

De igual manera, cabe indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 511 del C.C. la tutela de un niño o adolescente que se encuentra en situación de desprotección familiar, abandono, riesgo o sus padres han perdido la patria potestad le corresponde obligatoriamente del pariente más próximo al más remoto. Al respecto, debemos añadir que los parientes interesados en la tutela del menor la pueden solicitar al Juez de Familia o al Juez Mixto. En este sentido, es menester precisar que siempre se busca que prevalezca el vínculo familiar o comunitario, puesto que, primero se trata de ubicar a los parientes a fin de que éstos sean los tutores, es decir, como último recurso se debe aplicar al niño o adolescente una medida de protección que no fortalezca sus vínculos familiares o comunitarios. De igual manera, cabe resaltar que en toda decisión que se adopte también debe considerarse lo que más le conviene al niño o adolescente, así como a sus intereses.

c. Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.

De conformidad con lo regulado en el inciso e) del artículo 75 del CNA. la patria potestad se suspende por maltratar a los hijos física o psicológicamente.

Notemos, entonces que, de acuerdo a lo establecido en los incisos d) y e) del artículo 77 del precito cuerpo legal la patria potestad se extingue por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos, y por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75, los cuales hacen referencia a darles órdenes o ejemplos que los corrompan, por dedicarlos

a la vagancia o mendicidad o por maltratarlos física o psicológicamente, respectivamente.

Como bien sabemos, la patria potestad impone a los padres deberes de cuidado y de protección para con sus hijos, por ello, si estos deberes se incumplen el legislador suspende la patria potestad.

Por ende, los maltratos ocasionados por los padres o por terceros deben estar debidamente acreditados, a fin de poder iniciar la investigación tutelar correspondiente, además, con estas pruebas se podrá dar inicio a un proceso por violencia familiar.

Dentro de este contexto, es preciso indicar que para Benjamín Aguilar Llanos si el padre o madre, no sólo no cuida y protege al hijo sino que delinque contra él causándole daño físico o psicológico, o sin aparente daño ha cometido delito, y esta conducta dolosa y delictiva perjudica al hijo, entonces resulta justificado que dicho padre o madre pierda definitivamente la patria potestad (...). (AGUILAR LLANOS, 2013)

- d. Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo.**

En muchas ocasiones los padres que se encuentran en extrema pobreza, por motivos de trabajo, por enfermedades o imposibilidad de atender y cuidar directamente a sus hijos, optan por entregarlos a establecimientos de tutela públicos o privados, pero éstos se comprometen a visitarlos frecuentemente a sus hijos, pues, aunque no están obligados a cumplir

con sus obligaciones materiales si deben cumplir con sus deberes afectivos, porque esta entrega no puede conllevar al olvido y desprotección de sus hijos para siempre, ya que las instituciones tutelares sean públicas o privadas brindan un apoyo momentáneo o temporal. En el caso que estos padres se olviden de sus hijos por un periodo mayor de seis meses, incurren en la presente causal de abandono, por ello también les se castiga con la extinción de la patria potestad.

Para estos casos se debe revisar lo prescrito en la Ley N° 29179⁸⁸, la cual ha regulado todo lo relacionado con los Centros de Atención Residencial de los niños y adolescentes.

e. Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo.

En muchas ocasiones los recién nacidos, niños o adolescentes son abandonados por sus propios padres en hospitales o clínicas porque padecen de malformaciones congénitas o físicas, o se encuentran en estado vegetal o parapléjicos⁸⁹.

Por ello, es necesario recalcar que en estos casos de abandono los padres de estos menores no proporcionan sus verdaderos datos de identidad en los hospitales o clínicas, otros se van y no regresan nunca más por no pagar los derechos respectivos, no les compran los medicamentos ni les hacen los exámenes médicos pertinentes, y

⁸⁸ Véase el texto completo de la ley en: http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/ley29174_dna.pdf

⁸⁹ Lamentablemente, varios niños han sido abandonados en el hospital del niño. Véase en:

<http://ojo.pe/historias/ninos-abandonados-en-hospital-del-nino-reciben-amor-de-medicos-208274/> . Anexo N° 09.

finalmente nunca van a recogerlos a pesar que se encuentran de alta, todos estos comportamientos evidencian claramente la voluntad de desatenderse de sus obligaciones como padres.

Efectivamente, esta es otra de las causales para declarar el estado de abandono y extinguir la patria potestad.

f. Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción.

Existen diversos motivos por los cuales los padres deciden dar en adopción a sus hijos, entre los más frecuentes tenemos los siguientes: la madre es adolescente y/o soltera, el niño es producto de una violación sexual, los padres tienen bastante carga familiar, los hijos no son planificados o deseados, o viven en extrema pobreza. Si se diera alguna de estas circunstancias, en nuestro país existen oficinas de adopciones a nivel nacional⁹⁰, las cuales pueden establecer convenios con otras instituciones privadas a fin de acoger a estos niños o adolescentes para que sean promovidos en adopción.

A pesar de ser la patria potestad un derecho – deber los padres pueden renunciar a su deber y derecho, como es sabido, estos padres no están sujetos a ninguna sanción civil, administrativa o penal.

⁹⁰ Cabe señalar que existen 11 Unidades de Adopciones en nuestro país, las cuales se encuentran en: Lima, Arequipa, Ayacucho, Cuzco, Huánuco, Junín, Lambayeque, La Libertad, Loreto, Piura y Puno.

Véase en:

http://www.mimp.gob.pe/portalmimp2014/index.php?option=com_content&view=article&id=335&Itemid=346

- g. Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.**

De conformidad con lo regulado en el artículo 4 del CNA. *“El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.*

Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación”. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

Sin embargo, en los últimos años ha aumentado considerablemente en nuestro país el índice de trabajo infantil, siendo las peores formas la servidumbre, la trata de niños y adolescentes, explotación sexual comercial, tráfico de drogas y conflictos armados.

Entre las actividades que más realizan los niños trabajadores podemos mencionar la ayuda en la chacra o pastoreo de animales, ayuda en el negocio de su casa o de un familiar, y prestar servicios como lavar carros y lustrar calzado. En cuanto, a las labores que más realizan los niños en la calle tenemos la venta de golosinas, venta de frutas y los lustrabotas.⁹¹

⁹¹ Para mayor información sobre trabajo infantil pueden visitar la siguiente página web:
<http://peru21.pe/actualidad/trabajo-infantil-peru-dia-nino-defensoria-pueblo-inei-2195850>

Hay que advertir que, este índice se ha incrementado porque en muchas ocasiones estos trabajos infantiles generan más ingresos que los trabajos de sus padres, ello ha conllevado a que se invierta la figura, puesto que los padres se quedan en la casa realizando las tareas domésticas o muchas veces perdiendo el tiempo, mientras que el niño o adolescente está trabajando en las calles para sustentar a toda su familia y/o satisfacer los vicios (alcohol, drogas, tabaco u otros) de sus padres o apoderados. Es más, en muchas ocasiones estos niños sufren de violencia física o psicológica por no llevar una gran cantidad de dinero o la cantidad esperada por sus padres a su casa.

Por ende, el Estado ante este problema de gran envergadura y que va acrecentándose ha promulgado la Ley N° 28190⁹², la cual regula la protección a los menores de edad de la mendicidad, y con ésta se ha modificado también el artículo 40 del CNA. y el artículo 128 del Código Penal.

Por lo tanto, al demostrarse tal situación de explotación se debe iniciar ante el Juez de Familia el proceso tutelar correspondiente, a fin de que dicte una medida de protección a favor del niño o adolescente.

- h. Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad.**

⁹² Véase el texto completo de esta ley en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BA2E8C56206D9C0E0525786500711261/\\$FILE/28190.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BA2E8C56206D9C0E0525786500711261/$FILE/28190.pdf)

Por la extrema pobreza que existe en nuestro país el Estado ha permitido de conformidad con lo regulado en el artículo 63⁹³ del CNA. que los adolescentes realicen un trabajo doméstico o que desempeñen un trabajo familiar no remunerado, siempre y cuando, se cumplan las condiciones establecidas en el precitado artículo.

Empero, lamentablemente, en la práctica no existen instituciones públicas que verifiquen si los empleadores consienten que los niños y adolescentes descansen doce horas continuas, y si les permiten asistir a una escuela regular, esta inactividad del Estado ha conllevado que los empleadores no respeten estas condiciones, les den un pago irrisorio por su trabajo y que los exploten o maltraten física y psicológicamente. Por supuesto que hay excepciones, puesto que, existen algunos empleadores que si cumplen con las condiciones prescritas en el artículo 63 del CNA., porque les dan un pago justo y les brindan un trato digno.

Sin embargo, no solo se emplea a los niños y adolescentes en trabajos domésticos, sino también, en actividades de alto riesgo o peligrosas⁹⁴ como construcción, minería, soldadura, asfalto, demolición y extracciones de minerales. Cuando se comprueben estas situaciones de exposición al peligro se procederá a iniciar el proceso tutelar de

⁹³ Artículo 63.

“Los adolescentes que trabajan en el servicio doméstico o que desempeñan trabajo familiar no remunerado tienen derecho a un descanso de doce horas diarias continuas. Los empleadores, patronos, padres o parientes están en la obligación de proporcionarles todas las facilidades para garantizar su asistencia regular a la escuela.

Compete al Juez especializado conocer el cumplimiento de las disposiciones referidas al trabajo de adolescentes que se realiza en domicilios”.

(CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

⁹⁴ Para mayor información sobre actividades de alto riesgo o peligrosas pueden visitar:
http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_181971/lang-es/index.htm

declaración de abandono a fin de que el Juez de Familia dicte la medida de protección pertinente.

i. Se encuentre en total desamparo.

Esta es una causal abierta y permite la discrecionalidad del Juez de Familia y de las demás instituciones públicas o privadas que tienen como finalidad proteger a los niños y adolescentes en estado de abandono.

También, se entiende que se refiere a circunstancias distintas a las indicadas en los incisos anteriores. Por ello, se podría afirmar que un niño se encuentra en total desamparo después de una guerra o desastres naturales como terremotos, tsunamis, entre otros.

3. Medidas de protección reguladas en el CNA. para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 242 del CNA. *“El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa; b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y, e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado”.* (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

A continuación, analizaremos cada una de las medidas de protección previstas para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa.**

Esta medida de protección no puede dictarla el Juez de Familia en caso de declarar el estado de abandono de un niño o adolescente, pues el cuidado en su propio hogar mantiene vigente la patria potestad o la tutela, y ello contradice lo regulado en el inciso c) del artículo 77 del CNA., ya que la patria potestad se extingue o pierde por la declaración judicial de abandono.

- b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social.**

Esta medida de protección tampoco puede ser dictada por los Jueces de Familia en caso de declarar a un niño o adolescente en estado de abandono, por dos motivos, el primero es que también contradice lo regulado en el inciso c) del artículo 77 del CNA. ya que los padres o tutores no pierden la patria potestad del niño o adolescente. Y el segundo motivo es que en nuestro país aún no se ha implementado ningún programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social.

c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.

Matilde Luna⁹⁵ define a la colocación familiar como la práctica que lleva a un sujeto niño, adolescente o adulto a convivir como miembro transitorio o definitivo de otra familia que no es aquella en la cual nació. El grupo acogedor recibe a este nuevo miembro y se hace responsable de su cuidado, sin mediar vinculación filiatoria. Esto quiere decir que, al ingresar a la familia que lo acoge, no adquiere el carácter legal de hijo. (INABIF & BUCKNER PERÚ, 2013)

En otras palabras, la colocación familiar es una medida de protección que puede ser dispuesta por una autoridad administrativa o por el Juez de Familia, y tiene como finalidad facilitar la atención integral de los niños, niñas y adolescentes declarados en estado de abandono en un medio familiar idóneo, mediante la selección capacitación y supervisión de familias acogedoras, además puede realizarse de manera gratuita o remunerada.

Por lo tanto, la familia sustituta que integre en su hogar un niño o adolescente declarado en abandono debe cumplir con todos los deberes que establece la patria potestad, sea de manera gratuita o remunerada, además, debe estar inscrita en el registro de los organismos privados y comunales dedicados a la niñez y la adolescencia que tiene el Ministerio

⁹⁵ Matilde Luna es psicóloga, Magíster en Minoridad y Familia, docente universitaria y autora de numerosas publicaciones. Por su amplia trayectoria de trabajo directo con familias y niños, y una extensa experiencia en investigación, docencia, y capacitación, sus saberes se centran en la temática de niñez, adolescencia y familia en situación de vulneración de derechos. (INABIF & BUCKNER PERÚ, 2013)

de la Mujer y Poblaciones Vulnerables⁹⁶ según lo regulado en el inciso e) del artículo 29 del CNA.

Dentro de este marco ha de considerarse que la familia sustituta puede ser una persona natural o jurídica, pública o privada o comunal, que ha sido previamente evaluada y autorizada por el MIMP, las cuales desean recibir y acoger a los niños o adolescentes declarados en abandono en forma temporal o hasta que éstos cumplan sus dieciocho años.

d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.

La atención integral de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono se realiza en los establecimientos denominados CAR, los cuales se encuentran debidamente regulados por la Ley N° 29174.

El Centro de Atención Residencial es el espacio físico administrado por una institución pública, privada, mixta o comunal donde viven niñas, niños y adolescentes en situación de abandono o riesgo, brindándoseles la protección y atención integral que requieren, de acuerdo con su particular situación, en un ambiente de buen trato y seguridad, con el objetivo principal de propiciar su reinserción familiar y social, o bien, promover su adopción. (MIMDES, 2011)

De acuerdo a lo establecido en el artículo 510 del Código Civil estos establecimientos ejercen la tutela estatal de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono, por ende son los responsables del

⁹⁶ En enero del 2012 mediante Decreto Legislativo se le cambió de nombre al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) por Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerable. Asimismo en adelante también se utilizará su abreviatura (MIMP) para citarlo.

cuidado, protección y del bienestar de estos menores hasta que cumplan los 18 años de edad. Asimismo, cabe indicar que estos establecimientos se encuentran debidamente supervisados por el MIMP.

e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

Para Rolando Peralta Andía la adopción es “una institución propia del Derecho de Familia, que consiste en un acto jurídico por el cual, se establece de manera irrevocable una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza, adquiriendo luego el adoptado la calidad de hijo del adoptante y dejando de pertenecer a su familia consanguínea. Para los adoptantes, este instituto es el cause de aspiraciones y deseos paternos o maternos y, para los adoptados, un instrumento que trata de sustituir la carencia de una familia”. (PERALTA ANDIA, 2008)

Por otro lado, en el artículo 377 del Código Civil se define a la adopción como el acto jurídico por el cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 26981, Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, las oficinas del ahora MIMP son las encargadas de realizar el procedimiento de adopción. Los requisitos y el trámite respectivo se encuentran prescritos en los artículos 378 y 379 del Código Civil, respectivamente.

Asimismo, cabe indicar que pueden adoptar las/os peruanas/os, extranjeros/as residentes en Perú o personas que residen en países con los cuales el Perú haya suscrito un Tratado o convenio bilateral o multilateral y aquellos que se encuentren aprobados por la autoridad central de Perú.

Además, debemos agregar que estas personas pueden ser solteras, casadas o convivientes, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 30311 del 18 de marzo de 2015.

4. Medidas de protección reguladas en la legislación comparada para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

a. Bolivia.

De conformidad con lo regulado en el artículo del 47⁹⁷ del Código Niña, Niño y Adolescente-Ley N° 548 una de las causales para la extinción de la autoridad materna o paterna es el abandono de la hija o hijo debidamente comprobado.

También, en el artículo 50⁹⁸ del precitado Código se ha indicado que en la sentencia que se disponga la extinción de patria potestad se designará a la

⁹⁷ Artículo 47.

“La extinción de la autoridad se aplica por las siguientes causales:

- a) Muerte del último progenitor;
- b) Acción u omisión negligente que ponga en riesgo la seguridad, bienestar, integridad o vida de sus hijas o hijos, debidamente comprobada por autoridad competente;
- c) Renuncia de la autoridad por consentimiento justificado para fines de adopción;
- d) Interdicción permanente, declarada judicialmente;
- e) Sentencia condenatoria ejecutoriada con una pena privativa de libertad entre siete (7) a treinta (30) años por la comisión de delitos contra niñas, niños, adolescentes, de infanticidio o de feminicidio;
- f) Incumplimiento reiterado de medidas impuestas a padres, madres o ambos, establecidas para la suspensión de la autoridad;
- g) Conducta delictiva reincidente; y
- h) Abandono de la hija o hijo debidamente comprobado”.

⁹⁸ Artículo 50.

persona que asumirá la guarda o tutoría legal, por ende, aunque no se enumere en un artículo específicamente cuáles son las medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar se entiende que son las figuras jurídicas que reguladas en las secciones II, III, IV, V, VI del Capítulo II, las cuales son: familia sustituta⁹⁹, acogimiento circunstancial¹⁰⁰, la guarda¹⁰¹, la tutela¹⁰² y la adopción¹⁰³, respectivamente.

Entonces, se puede advertir, que tanto en nuestro país como en Bolivia se ha establecido a la familia sustituta, al acogimiento familiar y a la adopción como medidas de protección para un niño o adolescente en situación de desprotección familiar, puesto que en el artículo 242 del CNA. también se ha regulado estas instituciones jurídicas.

“En la sentencia que disponga la suspensión o extinción de la autoridad de la madre y/o padre, la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, designará a la persona que asumirá la guarda o tutoría legal, cargo que deberá recaer prioritariamente en un miembro de la familia ampliada, escuchando previamente a la niña, niño o adolescente”.

⁹⁹ Artículo 51.

“Es la que por decisión judicial, con carácter temporal o permanente, acoge en su seno a una niña, niño o adolescente, obligándose a cumplir los mismos deberes de madre o padre”.

¹⁰⁰ Artículo 53.

“El acogimiento circunstancial es una medida excepcional y provisional, efectuada en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño y adolescente, cuando no exista otro medio para la protección inmediata de sus derechos y garantías vulnerados o amenazados”.

¹⁰¹ Artículo 57.

“I. La guarda es una institución jurídica que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a la niña, niño o adolescente con carácter provisional. Es otorgada mediante Resolución Judicial a la madre o al padre, en casos de divorcio o separación de las uniones conyugales libres, o a terceras personas, sin afectar la autoridad materna o paterna.

II. La guarda confiere a la guardadora o guardador el deber de precautelar los intereses de la niña, niño o adolescente frente a terceras personas, inclusive a la madre, al padre o ambos; así como también a tramitar la asistencia familiar”.

¹⁰² Artículo 66.

“La tutela es un instituto jurídico que por mandato legal, es otorgada por la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, a una persona mayor de edad. Tiene la finalidad de garantizar a niñas, niños o adolescentes sus derechos, prestarles atención integral, representarlos en los actos civiles y administrar sus bienes”.

¹⁰³ Artículo 80.

“I. La adopción, es una institución jurídica, mediante la cual la niña, niño o adolescente, en situación de adoptabilidad, adquiere la calidad de hija o hijo de la o el adoptante, en forma estable, permanente y definitiva. Podrá ser nacional o internacional.

II. Esta institución se establece en función del interés superior de la adoptada o adoptado”.

(CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE)

De igual manera, es necesario señalar, que de la comparación de ambas legislaciones se aprecia que en Bolivia a diferencia de nuestro país no se les ha establecido un trato igualitario tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, pues esta legislación se ha inspirado en la doctrina de la protección integral, ya que diferencia a estos niños y adolescentes.

b. Colombia.

En el artículo 20¹⁰⁴ del Código de la Infancia y la Adolescencia-Ley N° 1098 de 2006 se ha regulado los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁰⁴ Artículo 20.

“Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.
2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.
3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.
4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.
5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.
6. Las guerras y los conflictos armados internos.
7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.
8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.
9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas.
10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.
11. El desplazamiento forzado.
12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.
13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la O.I.T.
14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.
15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.
16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
17. Las minas antipersonales.
18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.
19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos”.

Asimismo, en el artículo 52¹⁰⁵ del prenotado Código se ha establecido que la autoridad competente debe encargarse de verificar el cumplimiento y respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se encuentran consagrados en el Título I del Libro I del citado Código.

Por lo tanto, ante cualquier vulneración de los derechos de los niños y adolescentes se podrá adoptar cualquiera de las medidas de restablecimientos de derechos que se encuentran prescritas en el artículo 53¹⁰⁶ del ya mencionado Código, entre las cuales podemos señalar las siguientes:

¹⁰⁵ Artículo 52.

“Verificación de la garantía de derechos. En todos los casos, la autoridad competente deberá, de manera inmediata, verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en el Título I del Libro I del presente Código. Se deberá verificar:

1. El Estado de salud física y psicológica
2. Estado de nutrición y vacunación
3. La inscripción en el registro civil de nacimiento
4. La ubicación de la familia de origen
5. El estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos
6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social
7. La vinculación al sistema educativo.

Parágrafo 1º. De las anteriores actuaciones se dejará constancia expresa, que servirá de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de los derechos.

Parágrafo 2º. Si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo ante la autoridad penal”.

¹⁰⁶ Artículo 53.

“Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este Código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. 5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Parágrafo 1º. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

Parágrafo 2º. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección sus derechos”.

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

De la lectura de las citadas medidas de verificación de derechos, se puede advertir que; no solo se ha previsto medidas a favor de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, sino también, dirigidas a los padres, un claro ejemplo de esto, es la medida de amonestación¹⁰⁷; además, cabe señalar que también se ha previsto sanciones ante el incumplimiento, pues, si esta medida es desobedecida se puede imponer una sanción a los padres de acuerdo a lo establecido en el artículo 55¹⁰⁸ del

¹⁰⁷ Artículo 54.

“Amonestación. La medida de amonestación consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone. Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto”.

¹⁰⁸ Artículo 55.

mencionado Código. En cambio, en nuestro país solo se ha regulado medidas de protección a favor de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, más no, a favor de sus padres, y menos aún, se ha previsto sanciones ante el incumpliendo de las medidas de protección.

Por otro lado, cabe indicar que en Colombia, al igual que en nuestro país se ha previsto las mismas medidas de verificación de derechos o medidas de protección, respectivamente, tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar; lo cual no lo compartimos, pues se ha regulado un trato igualitario a dos situaciones tan distintas, ello demuestra que en ambas legislaciones aún no se ha superado una de las principales características de la doctrina de situación irregular.

c. Ecuador.

Según lo establecido en el artículo 215¹⁰⁹ del Código de la Niñez y la Adolescencia las medidas de protección son aplicables a los niños o adolescentes que han sufrido una vulneración de sus derechos o existe un grave riesgo que esto ocurra; en este sentido, cabe resaltar que no existen causales expresas, sin embargo, sus medidas de protección son muy

“Incumplimiento de la medida. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal vigente de multa. Esta sanción será impuesta por el Defensor de Familia”.

(CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA)

¹⁰⁹ Artículo 215.

“Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios. Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios o empleados o cualquier particular, incluidos los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescentes, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos”.

específicas, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 217¹¹⁰ del ya mencionado Código.

Además, de la lectura de tales medidas de protección se aprecia que ante los casos de niños o adolescentes en situación de desprotección familiar, el Juez puede dictar las mismas medidas de protección que nuestro legislador ha previsto como el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción.

Igualmente, se advierte que en la legislación de Ecuador a diferencia de la nuestra se ha establecido un trato distinto para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, así como, para los niños y adolescentes de 13 a 14 años en conflicto con ley penal, pues las medidas de protección son diferentes a las medidas socio-educativas que se les aplica, respectivamente; lo cual demuestra que en ese país se ha superado el antiguo paradigma de la situación irregular, y que la doctrina de protección integral se ha convertido en el eje central de su legislación.

¹¹⁰Artículo 217.

“Las medidas de protección son administrativas y judiciales. Además de las contempladas en el Título IV del Libro Primero y en otros cuerpos legales, son medidas administrativas de protección:

1. Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;
2. La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;
3. La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;
4. La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;
5. El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,
6. La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción”.

(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)

d. Uruguay.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 117¹¹¹ del Código de la Niñez y la Adolescencia-Ley N° 178.23 las medidas de protección se aplicarán a los niños o adolescentes que se le hayan vulnerado sus derechos o cuando éstos sean amenazados.

Empero, es importante resaltar que no se ha indicado explícitamente ante que situaciones se dictará estas medidas de protección, no obstante, se ha establecido taxativamente las medidas de protección a favor de los padres o responsables y a favor de los niños, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 119; 120 y 132-1¹¹² del precitado Código, respectivamente.

¹¹¹ Artículo 117.

“Siempre que los derechos reconocidos a los niños y adolescentes en este Código sean amenazados o vulnerados, se aplicarán las medidas que dispone este título. De igual forma se aplicarán a los niños que vulneren derechos de terceros”.

¹¹² Artículo 119.

“Medidas para los padres o responsables. El Juez podrá imponer, en protección de los derechos de los niños o adolescentes, para los padres o responsables, las siguientes medidas:

- A) Llamada de atención para corregir o evitar la amenaza o violación de los derechos de los hijos a su cuidado, y exigir el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en la protección de los derechos afectados. B) Orientación, apoyo y seguimiento temporario socio-familiar prestado por programas públicos o privados reconocidos.
- C) Obligación de inscribir al niño o adolescente en un centro de enseñanza o programas educativos o de capacitación y observar su asistencia o aprendizaje.
- D) Derivación a un programa público o privado de protección a la familia”.

Artículo 120.

“El Juez dispondrá las siguientes medidas:

- A) Que el Instituto Nacional del Menor otorgue protección a sus derechos a través del sistema de atención integral diurno. Al mismo servicio podrá recurrirse respecto a los institutos privados especializados, que así lo acepten.
- B) Solicitud de tratamiento ambulatorio médico, psicológico o psiquiátrico a instituciones públicas o privadas. El Instituto Nacional del Menor podrá solicitar o aplicar directamente estas medidas, cuando su intervención haya sido requerida por el niño, padres o responsables o terceros interesados”.

Artículo 132-1.

“El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) tomará las medidas de asistencia material que el estado del niño, niña o adolescente requiera y comunicará la situación al Juez dentro de las veinticuatro horas siguientes de haber tomado conocimiento de la situación, quien dentro de las veinticuatro horas siguientes de recibir dicha comunicación dispondrá las medidas cautelares que correspondan (artículos 311 a 316 del Código General del Proceso). Las mismas consistirán en integrar al niño, niña o adolescente siguiendo un orden preferencial que no podrá dejar de observarse salvo motivos fundados en el interés superior del niño. En todos los casos deberá siempre ser oído el niño, niña o adolescente en el marco de la autonomía progresiva de la voluntad. Dicho orden preferencial será el siguiente:

- A) Un integrante de su familia biológica o extensa con quienes el niño, niña o adolescente haya efectivamente desarrollado vínculos significativos. La guarda material del niño, niña o adolescente en el marco de las medidas provisionales no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2. B) Inserción provisional en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes por el INAU, de acuerdo con lo previsto por el literal D) del inciso segundo del artículo 158 de este Código. Se prevendrá a la familia seleccionada de la posibilidad de que en definitiva el niño,

Entre las medidas de protección a favor de los padres o responsables podemos mencionar las siguientes:

- A) Llamada de atención para corregir o evitar la amenaza o violación de los derechos de los hijos a su cuidado, y exigir el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en la protección de los derechos afectados.
- B) Orientación, apoyo y seguimiento temporario socio-familiar prestado por programas públicos o privados reconocidos.
- C) Obligación de inscribir al niño o adolescente en un centro de enseñanza o programas educativos o de capacitación y observar su asistencia o aprendizaje.
- D) Derivación a un programa público o privado de protección a la familia.

Asimismo, cabe precisar que las medidas de protección que se pueden dictar a favor de los niños, son las que a continuación de indican:

- A) Que el Instituto Nacional del Menor otorgue protección a sus derechos a través del sistema de atención integral diurno. Al mismo servicio podrá recurrirse respecto a los institutos privados especializados, que así lo acepten.

niña o adolescente no resulte pasible de ser adoptado, en cuyo caso dicha familia mantendrá su ordinal en el Registro Único de Aspirantes. La guarda material del niño, niña o adolescente no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2. C) Inserción provisional en una familia de acogida de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de este Código. La guarda material del niño, niña o adolescente por la familia de acogida no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2. D) El último recurso y por el menor tiempo posible será la internación provisional. Procederá únicamente cuando el interés superior del niño, niña o adolescente lo requiera, por tratarse de circunstancias de hecho excepcionales. Simultáneamente con las medidas provisionales, el Juez requerirá la urgente realización de un informe psicológico y social acerca de las posibilidades y conveniencia de mantener al niño, niña o adolescente en su familia de origen. De considerarse posible y beneficioso el mantenimiento o la reinserción en el medio familiar de origen, ordenará las medidas de apoyo que se requieran para preservar el vínculo. En caso de comprobarse que la familia de origen está en condiciones de recibirlo, la reinserción se ordenará de inmediato”.(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)

B) Solicitud de tratamiento ambulatorio médico, psicológico o psiquiátrico a instituciones públicas o privadas. El Instituto Nacional del Menor podrá solicitar o aplicar directamente estas medidas, cuando su intervención haya sido requerida por el niño, padres o responsables o terceros interesados.

También, debe añadirse que ante el maltrato y abuso del niño o adolescente se puede pueden establecer las siguientes medidas de asistencia material, según lo regulado en el artículo 132-1 del prenotado Código:

A) Un integrante de su familia biológica o extensa con quienes el niño, niña o adolescente haya efectivamente desarrollado vínculos significativos. La guarda material del niño, niña o adolescente en el marco de las medidas provisionales no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.

B) Inserción provisional en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes por el INAU, de acuerdo con lo previsto por el literal D) del inciso segundo del artículo 158 de este Código. Se prevendrá a la familia seleccionada de la posibilidad de que en definitiva el niño, niña o adolescente no resulte pasible de ser adoptado, en cuyo caso dicha familia mantendrá su ordinal en el Registro Único de Aspirantes. La guarda material del niño, niña o adolescente no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.

C) Inserción provisional en una familia de acogida de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de este Código. La guarda material del niño, niña o adolescente por la familia de acogida no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2.

D) El último recurso y por el menor tiempo posible será la internación provisional. Procederá únicamente cuando el interés superior del niño, niña o adolescente lo requiera, por tratarse de circunstancias de hecho excepcionales.

Por lo tanto, realizada la comparación entre ambas legislaciones podemos afirmar que en nuestro CNA. se ha indicado expresamente cuáles son las situaciones ante las que se puede declarar a un niño o adolescente en estado de abandono, además, se ha regulado taxativamente las medidas de protección que se podría dictar el Juez al niño o adolescente. Empero, en Uruguay es diferente, puesto que, se ha omitido indicar en el Código de la Niñez y la Adolescencia las causales por las cuales se puede declarar a un niño o adolescente en situación de desprotección familiar, no obstante, debe resaltarse que en esta legislación no solo se ha previsto medidas de protección a favor de los niños o adolescentes, sino también, a favor de sus padres o responsables.

Habría que decir también que en esta legislación a diferencia de la nuestra se ha previsto un trato distinto tanto a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, lo cual demuestra que se ha superado el binomio de compasión-represión que era una de las características primordiales de la doctrina de situación irregular para dar pase a la doctrina de protección integral.

TÍTULO VII.

Principio del interés superior del niño.

1. Antecedentes.

“(…) Antes del siglo XIX los ordenamientos jurídicos regulaban la situación de la infancia solo a partir de las atribuciones de los padres sobre sus hijos”. (PLÁCIDO V., 2015) Es a partir del siglo XIX que se comienza a construir el concepto del interés superior del niño en los ordenamientos nacionales, si bien, en un primer momento solo se enfocó este principio en los aspectos relativos a la familia, posteriormente se fue reconociendo de manera progresiva los intereses o necesidades de la infancia.

En el siglo XX, se va instituyendo el concepto del interés superior del niño, llegando a tener un carácter fundamental, no obstante, por la doctrina tutelar y paternalista de la época, se aplicaba este concepto de manera restringida solo al derecho de familia.

Es con la promulgación de los distintos instrumentos internacionales con los que va madurando este concepto, por ende, es válido afirmar que la noción del principio del interés superior del niño ha evolucionado junto con los instrumentos internacionales de los derechos del niño. A partir de la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció que se debería darle al niño lo mejor, para ello se utilizó la siguiente frase: “(…) la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma (...)”.¹¹³

¹¹³ Véase el texto completo de la Declaración de Ginebra de 1924 en : <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>

Posteriormente, en el inciso 2 del artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se destacó que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.¹¹⁴

Cabe resaltar, que en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se establece por primera vez el concepto del principio del interés superior del niño, ya que en el principio 2 se señaló que “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”.¹¹⁵

Asimismo, es importante indicar que también se incorporó el concepto de este principio en el artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 con la finalidad de reglamentar la crianza y educación que los padres les brindan a sus hijos, para lo cual se utilizó los siguientes términos: “Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.¹¹⁶

¹¹⁴ Véase el texto completo de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 en:

<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/DECLARACION-UNIVERSAL-DE-DERECHOS-HUMANOS.pdf>

¹¹⁵ Véase el texto completo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en:

<https://www.oas.org/dil/esp/Declaracion%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

¹¹⁶ Véase el texto completo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 en:

http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf

Del mismo modo, es preciso señalar que en el artículo 9 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986, también se hace referencia al concepto del interés superior del niño, por ello se establece que “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”.¹¹⁷

Sin embargo, todavía existía preocupación por el bienestar de los niños, por ende era necesario regular el principio del interés superior del niño en un instrumento jurídico obligatorio de carácter internacional, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, por ello en su artículo 3.1 se establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.¹¹⁸

2. El interés superior del niño en el contexto de la convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el tratado internacional sobre derechos humanos que más ratificaciones ha recibido, puesto que a la fecha suman 196 países los que la han ratificado, de igual manera, se le reconoce como el instrumento jurídico internacional más completo de protección y

¹¹⁷ Véase el texto completo de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de 1986 en:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1287>

¹¹⁸ Véase el texto completo de la Convención de los Derechos del Niño en:

https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf

promoción de los derechos del niño, ya que regula derechos: económicos, sociales, culturales y políticos.

Conviene precisar que, la Convención recoge 54 artículos y éstos se insuflan en cuatro principios fundamentales: “la no discriminación, el interés superior de la infancia, el derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo y el respeto por el punto de vista de la infancia”. (CÁRDENAS MIRANDA, 2011)

También, es prudente advertir que, la Convención al tener carácter vinculante es de obligatorio cumplimiento para todos los Estados ratificantes, por ende, la protección y promoción de los derechos del niño es una obligación que sus gobiernos deben cumplir.

Con relación al principio del interés superior del niño en el artículo 3.1 de este tratado internacional se ha establecido lo siguiente:

“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”.

Del análisis del texto del artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se puede concluir que el “interés superior del niño” es un criterio general de aplicación sistemáticamente como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar en el respeto y promoción de los derechos de la infancia. Sin embargo, esta expresión también ha sido recogida en varios otros artículos de la Convención como referencia para tenerla en cuenta en situaciones concretas. (PLÁCIDO V., 2015)

Por ello, en pro del principio del interés superior del niño, la Convención garantiza y promueve el derecho del niño y adolescente a vivir con sus padres, a participar y a expresar su opinión, a ejercer la libertad de conciencia, a participar activamente en la comunidad a través de la libertad de expresión y de asociación, a recibir protección y asistencia del Estado cuando el niño se encuentra privado de su medio familiar, a ser adoptado, a no ser sometido a torturas, a no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente, a ser inocente mientras no se compruebe su culpabilidad, a no ser declarado culpable por acciones u omisiones no previstas en la ley.

Estos derechos permiten que los niños participen constantemente en la sociedad, a través de la educación, dentro de su familia y en la escuela, con la finalidad de prepararlos como ciudadanos activos y responsables.

Si bien, la noción del principio del interés superior del niño antes de la Convención era reconocido en algunas Convenciones y Declaraciones, solo se hacía referencia a éste de una manera vaga e imprecisa, además, estaba sujeto a la discrecionalidad de las autoridades que lo interpretaban y aplicaban.

Sin embargo, “a partir de la Convención, se abandona cualquier sentido paternalista y se entiende el interés superior del niño como una concepción de derechos humanos, como facultades que permiten oponerse a los abusos de poder (...)”. (CÁRDENAS MIRANDA, 2011)

Por ende, Elva Cárdenas Miranda sostiene que la Convención eleva el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, que además va más allá del ordenamiento jurídico, dado que incide en las políticas públicas y orienta el

desarrollo de una cultura más amplia y respetuosa de los derechos de todas las personas. (CÁRDENAS MIRANDA, 2011)

Por otro lado, es oportuno indicar que Miguel Cillero Bruñol¹¹⁹ en una entrevista ha manifestado que la interpretación del principio del interés superior del niño ha cambiado a partir de la Convención, para lo cual utilizó los siguientes términos:

Lo que hace la Convención es convertir el interés superior del niño -con un contenido más específico- en la satisfacción y disfrute de sus derechos. Esta noción fundamentalmente impide que cualquier forma de protección hacia los niños se realice, “se justifique”, a costa del cumplimiento de sus derechos. Este es un cambio fundamental, que al trasladarlo al ámbito familiar, al de políticas públicas, al ámbito de la justicia, pueden apreciarse transformaciones importantes en el entendimiento de dicho concepto, cobrando esta noción una gran relevancia. (CILLERO BRUÑOL, 2011)

3. Concepto del interés superior del niño.

El interés superior del niño se puede definir gramaticalmente de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, en virtud de los tres conceptos que abarca, de la siguiente manera:

Interés: *6. m. pl.* Conveniencia o beneficio en el orden moral o material. (RAE, 2016)

¹¹⁹ El Dr. Cillero es Licenciado en Derecho por la Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Director del Programa Justicia de Infancia de la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios. Director Académico del Curso XIV de Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño. (CILLERO BRUÑOL, 2011)

Superior: 1. *adj.* Dicho de una cosa: Que está más alta y en lugar preeminente respecto de otra. (RAE, 2016)

Niño: 1. *adj.* Que está en la niñez. *U. t. c. s.* 2. *adj.* Que tiene pocos años. *U. t. c. s.* 3. *adj.* Que tiene poca experiencia. *U. t. c. s.* (RAE, 2016)

Al analizar el sentido gramatical que tiene la expresión referida, constatamos su intención de proteger al menor de edad, esto es, que frente a situaciones adversas en que las que éste se vea involucrado, cualquiera sea su naturaleza, se deben tomar en primer lugar todas las medidas necesarias y pertinentes, basadas en su bienestar. Es primordial otorgarle el conjunto de elementos necesarios para su buen vivir, lo cual incluye toda clase de beneficios, cuidados y asistencia para que posteriormente pueda asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. De ahí que la Convención impone al Estado el deber de asegurarle al niño una adecuada protección y cuidado, cuando el padre, la madre o la persona responsable de él ante la ley, no tengan capacidad para hacerlo. (BAEZA CONCHA, 2001)

Para Miguel Cillero Bruñol “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”. (CILLERO BRUÑOL, 2016)

Por otra parte, Gatica y Chaimovic han señalado que el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados

prioritarios en relación a los derechos del niño/niña.¹²⁰ (AGUILAR CAVALLO, 2007)

(...) Zermatten propone que el principio significa que “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.¹²¹ (AGUILAR CAVALLO, 2007)

Gloria Baeza Concha sostiene que el interés superior es, (...), un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica, para así lograr su máxima eficacia y seguridad. En consecuencia, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, en todas las medidas que adopten en relación con los menores, deberán considerar en forma primordial este principio. (BAEZA CONCHA, 2001)

Otros autores (...) definen el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse,

¹²⁰ Cita a GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo, 2002.

¹²¹ Cita a ZERMATTEN, Jean: “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p.15. http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf [visitado el 20 de octubre].

en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley.¹²²
(RAVETLLAT BALLESTÉ, 2012)

Por otro lado, aunque, muchos juristas creen 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 en razón de un étéreo interés superior de tipo extra-jurídico. (CILLERO BRUÑOL, 2016)

Nosotros compartimos el pensamiento del jurista Miguel Cillero Bruñol cuando afirma que, si es posible desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica. (CILLERO BRUÑOL, 2016)

Para nosotros, el interés superior del niño es un principio rector - guía establecido por la Convención, mediante el cual se establece que los gobiernos y la sociedad deben realizar su máximo esfuerzo para crear las condiciones más favorables a fin de que los niños puedan vivir y desarrollar sus potencialidades, así como disfrutar plenamente de todos los derechos reconocidos en la Convención.

También, cabe añadir que, por este principio los Estados tienen la obligación de asignar todos los recursos posibles para garantizar el desarrollo y

¹²² Cita a Joyal, R. (1991). La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant. Revue Internationale de Droit Penal, nº. 3-4.

crecimiento de los niños, independientemente de las coyunturas políticas, económicas y sociales que existan.

De la misma manera, es ineludible evocar que todas las medidas que adopten los Estados, específicamente las de protección, deben estar inspiradas en el principio del interés superior del niño, a fin de cuidarlos, protegerlos, educarlos y corregirlos de la mejor manera posible y en su beneficio.

Asimismo, debemos agregar que este principio también debe ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial, por ende para que sea válida una justificación no solo basta con la enunciación de este principio, sino, es necesaria la motivación de las resoluciones judiciales.

4. Características y funciones.

a. Características:

La noción del interés superior del niño reviste varias características:
(ZERMATTEN, 2003)

1. Contrariamente a la mayoría de los artículos de la Convención, el art. 3 cf. 1 no constituye un derecho subjetivo como tal; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conformemente a ese principio de interpretación.
2. Esta disposición impone sin embargo una obligación a los Estados: la de tomar en cuenta el interés superior del Estado desde que una decisión oficial debe ser tomada.

3. Este artículo 3 cf. 1 no puede ser estudiado separadamente. Pertenece a un todo (la Convención de los Derechos del Niño) y funda un nuevo estatuto: el niño sujeto de derecho. Esta dependencia confiere a este concepto una dimensión particular, en particular si se le enlaza al principio de no-discriminación (art. 2 CDE¹²³) y a la obligación de tomar en cuenta la palabra del niño (art. 12 CDE).
4. El concepto del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación. La jurisprudencia va también, partiendo del estudio de casos, a aportar soluciones aplicables a otras situaciones o al conjunto de grupos de niños. Se debe confiar en quién debe decidir¹²⁴.
(...)
5. El criterio del interés superior del niño relativo al tiempo y al espacio: al tiempo ya que él es dependiente de conocimientos científicos sobre la infancia y sobre la preeminencia de una teoría dada en un momento determinado; relativo al espacio, ya que este criterio debería tomar en cuenta las normas válidas en un país dado o en una región dada.¹²⁵
6. La noción de largo plazo¹²⁶ debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo visado en la aplicación del interés superior del niño no es la situación hic y nuc, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro. Por definición, el niño evoluciona; en consecuencia, su

¹²³ En el texto citado se utiliza la abreviatura CDE para señalar a la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹²⁴ Cita a Van BUEREN G. The international Law on the rights of the child, Martins Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, p.46.

¹²⁵ Cita a FULCHIRON Hugues, De l'intérêt de l'enfant aux Droits de l'Enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p.36.

¹²⁶ Cita a RUMO-JUNGO A., Das Kind und die Scheidung seiner Eltern: ausgewählte Fragen, in le Bien de l'Enfant, op.cité.p.156.

interés debería separarse de la ley del “todo enseguida”, para privilegiar una visión de futuro. En el momento en el que se escuche al niño sobre sus aspiraciones en el marco del artículo 12 CDE, hay que estar atento a este aspecto de exploración.

7. La noción del criterio del niño es evolutiva, ya que efectivamente los avances del conocimiento continúan (...). La doctrina y la jurisprudencia deberían por lo tanto ayudar a desarrollar mucho esta noción.
8. El criterio del interés del niño es subjetivo en un doble nivel. “Se trata en primer lugar de una subjetividad colectiva, la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, que tiene una imagen de interés del niño: educación del niño en tal o tal religión por ejemplo o la denegación de todo “el exceso” de la práctica religiosa, ...Se podría tomar como ejemplo la asistencia educativa y los “modos” que ha podido conocer (que se trate del mismo tipo de medidas que tomar o de la denegación de toda pena de prisión, casi “evidente” ayer pero que comienza hoy a ser contestada...en el nombre del interés del niño”).¹²⁷

9. Subjetividad personal.

El interés del niño está también marcado por una subjetividad personal que se manifiesta en un triple nivel.

- Subjetividad en primer lugar de los padres: ¿qué padre no pretende actuar en el interés del niño aunque parezca empujado por consideraciones sobre todo egoístas? (los jueces de divorcio lo saben muy bien).

¹²⁷ Cita a FULCHIRON Hugues, De l'intérêt de l'enfant aux Droits de l'Enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p.36.

- Subjetividad del niño igualmente: el problema surgió en particular cuando se tomó en cuenta el parecer o los deseos del niño, ya que si el interés del niño no se reduce a la concepción que tienen los padres, no corresponde tampoco necesariamente a la imagen que el niño tiene de sí mismo.
- Subjetividad en fin del juez, o de la autoridad administrativa investida del poder de toma de decisión, ahora bien cada uno sabe aquí como esta subjetividad es fuerte (o en todo caso el riesgo de subjetividad), aunque la decisión pretenda asentarse sobre un análisis “científico de la situación”.¹²⁸

Estas características del interés del niño muestran a la vez la flexibilidad y la riqueza de este criterio y sus debilidades. No estando definido de manera precisa, siendo relativo al tiempo y al espacio y conteniendo una buena dosis de subjetividad, este concepto podría vaciar el sentido de los derechos del niño, hasta revelarse contraproducente, es decir privilegiar el interés del Estado o de la familia en detrimento del niño. Esto es cierto y las críticas han sido (y continúan siendo) numerosas contra la imprecisión del criterio y la ligereza del concepto. (ZERMATTEN, 2003)

Digamos, en su defensa, que presenta la ventaja de ser amplio y flexible y de poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las diferentes culturas, socioeconómicas, de sistemas jurídicos diferentes. Puede ser

¹²⁸ Cita a FULCHIRON Hugues, De l'intérêt de l'enfant aux Droits de l'Enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p.36.

admitido en todos los sitios y sirve a todos. Es "la criada" de la Convención¹²⁹. (ZERMATTEN, 2003)

b. Funciones:

El interés superior del niño tal como se encuentra definido en la Convención se puede afirmar que tiene dos funciones clásicas, las cuales son controlar y buscar una solución (criterio de control y criterio de solución).

- Criterio de control: el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control. (ZERMATTEN, 2003)
- Criterio de solución: en el sentido en el que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es "en el interés del niño". Es "la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica"¹³⁰. (ZERMATTEN, 2003)

b.1. El interés superior del niño como principio jurídico garantista:

El interés superior del niño según el criterio de control es un principio jurídico garantista, puesto que sirve para velar y garantizar el ejercicio y la efectividad de todos los derechos subjetivos de los niños. Por ende, se puede afirmar que los principios jurídicos garantistas "se imponen a

¹²⁹ Cita a ZERMATTEN J. The best interest of the Child in working report Children's rights and Burma, IDE, 2002.

¹³⁰ Cita a PICHONNAZ P., Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées), in Le Bien de l'enfant, Verlag Ruediger, Zürich/Chur, 2003, p. 163.

las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades". (CILLERO BRUÑOL, 2016)

Es más, si analizamos el texto del primer párrafo del artículo 3 de la CDN.¹³¹ se puede apreciar que la formulación de este principio es un límite a la discrecionalidad de las autoridades.

Por ende, es factible afirmar que este principio obliga tanto a las instituciones públicas como privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos a considerar al principio del interés superior del niño como un eje rector de sus atribuciones o funciones, pues es necesario que antes de adoptar cualquier medida a favor de los niños primero se protejan y fomenten sus derechos.

Asimismo, cabe resaltar que para Alex Plácido el principio del interés superior del niño se constituye en un mandato dirigido al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un "interés superior" al contraponerse con otros

¹³¹ Artículo 3:

" 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".
(CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

derechos individuales y ciertos intereses colectivos. (PLÁCIDO V., 2015)

Sin embargo, es menester indicar que en la misma Convención sobre los Derechos del Niño se ha regulado que algunos derechos de los niños pueden ceder frente a determinados derechos individuales de terceros e intereses colectivos. Por lo tanto, no es posible afirmar que todos los derechos de los niños prevalecen sobre el resto de los intereses colectivos y sobre algunos derechos individuales.

Por ende, es deber del Estado redimensionar todas las políticas públicas a fin de velar y fomentar la correcta relación entre los niños y adultos.

b.2. El interés superior del niño como pauta interpretativa:

Uno de los más grandes aportes de este principio es su carácter hermenéutico, puesto que permite interpretar sistemáticamente todas las disposiciones establecidas en la Convención, lo cual resalta el carácter integral de los derechos del niño, y asegura el respeto y la debida protección de éstos.

Asimismo, cabe señalar que “(...) el principio del interés superior del niño permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto (...)”. (CILLERO BRUÑOL, 2016)

En conclusión, el interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia

Convención entiende como superiores. Debe destacarse que solo así se evitará que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención. De este modo, cualquier limitación a un derecho del niño esgrimiendo el interés superior del niño deberá fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención. (PLÁCIDO V., 2015)

b.3. El interés superior del niño como prioridad de las políticas públicas para la infancia:

En reiteradas ocasiones se ha enfatizado que el principio del interés superior del niño, debidamente regulado en el primer párrafo del artículo tercero de la Convención, se debe proyectar en las políticas públicas, así como en la práctica judicial y administrativa.

En muchas ocasiones es probable que los derechos de los niños entren en conflicto con el interés social o de la comunidad, empero para ello deben ponderarse los derechos de los niños de un modo prioritario.

Se realiza una interpretación correcta de este principio cuando los derechos de los niños priman ante los intereses de terceros que no tienen el rango de derechos.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. (CILLERO BRUÑOL, 2016)

b.4. El interés superior del niño y su aplicación integral, máxima operatividad y mínima restricción de derechos del niño:

La aplicación correcta del principio del interés superior del niño en sede judicial implica un análisis completo de los derechos vulnerados y los que se puedan vulnerar por la resolución dictada por la autoridad pertinente. En todo momento se debe adoptar aquella medida que certifique la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de éstos, para lo cual se debe considerar no solo el número de derechos sino la importancia que tienen.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no solo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso. (CILLERO BRUÑOL, 2016)

5. El interés superior del niño en la interpretación y aplicación del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 01665-2014-PHC/TC¹³², de fecha 25 de agosto de 2015, fundamento 16; ha señalado que:

“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 pública o privada, 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 lo 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”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N.° 02132-2008-PA/TC¹³³ de fecha 09 de mayo de 2011, fundamento 5, ha indicado:

“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

¹³² Véase el texto completo de la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 01665-2014-PHC/TC en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf>

¹³³ Véase el texto completo de la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.° 02132-2008-PA/TC en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N. 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N. 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

Esta revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite precisar los criterios acerca de cómo puede abordarse la determinación del "interés superior del niño" *in concreto*: (PLÁCIDO V., 2015)

- a. El "interés superior del niño" exigiría proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal...).
- b. En la concreción de ese interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principio e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente prever.
- c. Es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su interés, por ello la alternativa que se elija debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Dentro de este contexto, es importante señalar que para Alex Plácido el principio del interés superior del niño: es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de

lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles. (PLÁCIDO V., 2015)

De igual manera, es preciso indicar que el concepto del interés superior del niño antes esbozado tiene, como criterio general; aplicar sistemáticamente este principio, puesto que la Convención es holística.

Debe quedar bastante claro que, el citado concepto también sugiere que se aplique el criterio de objetividad cuando se va a determinar el principio del interés superior del niño en un caso en concreto, lo cual implica tomar conocimiento y analizar la opinión del niño, tratar de conocer su entorno familiar y social, evaluar la relación que tiene con estas personas, analizar las condiciones económicas, culturales y sociales que lo rodean, considerar el nivel educativo, la salud e integridad física que tiene el niño, entre otros.

Por lo tanto, es preciso agregar que Alex Plácido ha señalado que quien ha de aplicar dicho concepto, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, debe realizar un juicio de valor de la situación real desde la perspectiva del niño, a fin de encontrar una solución razonable y justa eligiendo, entre varias opciones, aquella que más conviene a un niño concreto. (PLÁCIDO V., 2015)

TÍTULO VIII.

Principio de Igualdad.

1. Antecedentes.

En la Época Antigua una de las instituciones que ha sancionado negativamente al principio de igualdad es la esclavitud, “que concibió a los seres humanos como objetos de contratación”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001) Debemos añadir que en esta época también existían “las diferencias romanas entre patricios y plebeyos, romanos y extranjeros no fueron situaciones jurídicas extrañas”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

En la Edad Media los siervos se encontraban supeditados al señor feudal, esta situación se fundaba en postulados moralistas como la purificación, puesto que se concebía al “régimen servil como una ocasión para ejercer las virtudes de la paciencia y la obediencia”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

Hay que señalar también que en esta época surge el movimiento de la cristiandad y por ello “la igualdad se presenta en la obligación del Estado de realizar el bien común y de encaminarse al Reino de Dios, a lo que no deben resistirse los soberanos terrenales”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

En la Edad Media “la igualdad se presenta, (...) como la necesidad de que exista un Estado que obligue a los hombres a respetarse y a vivir en paz. Los individuos se subordinan a un gobierno formado sobre la base del contrato social”.¹³⁴ (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

En la Edad Moderna, los filósofos como Grocio, Campanella y Descartes manifestaron que “la igualdad es el reconocimiento de una misma razón

¹³⁴ Cita a Giorgio del Vecchio, “*Filosofía del Derecho*”, Bosch- Barcelona, IX Edición, 199, pág. 34 y ss.

humana, la determinación de relaciones iguales entre los Estados y el establecimiento de prácticas que eviten la guerra y asienten la paz”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

También, cabe indicar que la modernidad se caracteriza “por la igualdad en el derecho a la libertad, planteamiento que se recoge en las doctrinas de Locke y de Rousseau”.¹³⁵ (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

“La Modernidad tiene un grave sobresalto en la Europa continental, con la Revolución Francesa, que elevó la igualdad a la categoría de derecho individual”¹³⁶. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001) Este cambio se debe al hecho de que, en las sociedades basadas en clases o jerarquías, la igualdad se resguarda en la pluralidad de ordenamientos y posiciones jurídicas, los cuales condicionan la aplicación de las leyes según la posición que ocupa cada persona en la sociedad.

De igual modo, es importante recalcar que el principio de igualdad fue incorporado en los instrumentos jurídicos internacionales de la época, pues en la Declaración de Virginia de 1776¹³⁷ se señala “que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes”. Asimismo, debe señalarse que otro de los instrumentos de la época que considera este principio es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹³⁸, la cual consagra que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...)”.

¹³⁵ Cita a Helio Juan Zarini, *Derecho Constitucional*, Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1° edición, 1992, pág. 428 y ss.

¹³⁶ Cita a Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 5° edición, 1968, pág. 259 y ss.

¹³⁷ Véase el texto completo de la Declaración de Virginia de 1776 en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/21.pdf>

¹³⁸ Véase el texto completo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

En la Época Contemporánea “la igualdad experimenta transformaciones que superan las formalidades y se adentran en el campo material”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001) Las modificaciones comenzaron en materia tributaria, en virtud del principio de progresividad de los tributos, el cual dispone que los tributos deben gravar de la misma manera a quienes tienen la misma capacidad de pago. También en esta época se admite la igualdad material, por ende, se supera el criterio de igualdad ante la ley. Además, se admite la dación de leyes singulares, lo cual demuestra una ruptura parcial de los principios de universalidad y generalidad de la ley, asimismo, varía la duración de la ley.

En esta época “la igualdad limita a los poderes públicos y reacciona ante las arbitrariedades bajo la política de principios negativos y limitadores”. (SORIANO RODRÍGUEZ, 2001)

2. Fórmula de la igualdad.

El estudio sobre la igualdad comienza con Platón y Aristóteles; este último, con notable éxito a lo largo de la historia señaló: “parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.¹³⁹ (PÉREZ PORTILLA, 2005)

Aristóteles dijo básicamente dos cosas sobre la igualdad que han dominado el pensamiento occidental:

1. La igualdad significa: las cosas que son iguales deben tratarse igual y las cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción a su desigualdad.

¹³⁹ Cita a Aristóteles, *Política*, libro II y *Ética a Nicómaco*, libro V, citado por Gosepath, Stepfan, op, cit, nota 1.

2. Igualdad y justicia son sinónimos: ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual. (PÉREZ PORTILLA, 2005)

Entonces, cabe señalar que es imprescindible saber cómo determinar que dos personas son iguales a fin de que sean tratadas de la misma forma. Para ello, es fundamental precisar lo que significa que dos personas sean iguales. Puesto que la frase “las personas que son iguales”, tiene varias interpretaciones, por ejemplo; puede describir que las personas para que sean iguales deben ser iguales en todos los aspectos, sin embargo, es imposible que existan dos o más personas que sean iguales en todos sus aspectos, ya que únicamente los símbolos inmateriales como los números y las figuras geométricas son iguales en todos los aspectos.

Por otro lado, también se puede entender que con esta frase se hace referencia a las personas que son iguales en algún aspecto significativo en particular, y esta interpretación es la más factible pues se comienza a determinar normativamente que cuando dos personas o más personas tienen uno o varios aspectos significativos iguales deben ser tratados normativamente de la misma manera. “Sin embargo, las categorías de objetos jurídicamente iguales no existen naturalmente, la igualdad jurídica se establece únicamente cuando se definen las categorías”. (PÉREZ PORTILLA, 2005)

En consecuencia, “decir que las personas son iguales es, (...), articular un estándar jurídico de tratamiento –un estándar o regla que especifica cierto tratamiento para ciertas personas-, por referencia a lo que son y a la manera en que en consecuencia deben ser tratadas”. (PÉREZ PORTILLA, 2005)

3. Concepto del principio de igualdad.

Según la Real Academia Española el término igualdad en su tercera acepción lo define como “f. Principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”. (RAE, 2016)

Para Eduardo Rabossi una formulación posible puede ser la siguiente: *en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo.* (RABOSSO, 1990)

La igualdad jurídica, como expresa Dworkin¹⁴⁰ (...) consiste, en esencia, en “el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de una carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera” (...). (ROJAS SEPÚLVEDA, 2001)

Robert Alexy, por su parte, ha señalado lo siguiente con relación al principio de igualdad:

“...el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: **“Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”**...¹⁴¹ (ZERPA A., 2009)

¹⁴⁰ Cita a “*Los Derechos en Serio*”, Ariel Derecho, Barcelona, página 332.

¹⁴¹ Cita a Alexy, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 386.

4. Dimensiones de la igualdad.

La igualdad tiene dos dimensiones: formal y material.

a. Igualdad formal.

La igualdad formal es la manifestación del principio de igualdad en el trato en la ley, ante la ley, en la aplicación de la ley, el contenido de la ley y en el mandato de no discriminación.

La igualdad ante la ley “apunta caracteres de uniformidad en cuanto las normas son aplicables a todos por igual, si se encuentran en la misma situación del supuesto normativo”. (FIGUEROA GUTARRA, 2012)

La igualdad en la ley, en cambio, va un poco más allá, pues alude a la conducta del órgano decisor, el cual debe emitir una decisión, en el sentido de que no puede modificar su posición arbitrariamente y que es exigible el sustento del cambio de postura, si considera que las condiciones del caso han variado. En ese tipo de razonamiento, se materializa la proscripción de la arbitrariedad. (FIGUEROA GUTARRA, 2012)

(...) El principio de igualdad formal como igualdad en la aplicación de la ley no sería más que conformidad con la norma, como ya puso de manifiesto Kelsen¹⁴². El principio de igualdad se identifica, entonces, con el principio de legalidad¹⁴³. (CARMONA CUENCA, 1994)

¹⁴² Cita lo siguiente: «La igualdad ante la ley no es, pues, igualdad, sino conformidad a la norma. Consiste en que la norma individual — la decisión del órgano que aplica el Derecho — sea conforme a una norma general» (vid. H. KELSEN: «Justicia y Derecho natural», en H. KELSEN, N. BOBBIO y otros: *Crítica del Derecho Natural*, introducción y traducción de E. Díaz, Madrid, Taurus, 1966, pág. 90).

¹⁴³ Cita a Vid. F. RUBIO LLÓRENTE: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en REDC, núm. 31 (1991), pág. 27.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N 000606-2004-AA/TC de fecha 28 de junio de 2004, fundamento 10, ha señalado que:

La igualdad en su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley)".¹⁴⁴

b. Igualdad material.

El principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos¹⁴⁵. (CARMONA CUENCA, 1994)

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 000606-2004-AA/TC de fecha 28 de junio de 2004, fundamento 11, ha señalado que:

En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos

¹⁴⁴ Véase la Sentencia completa del Tribunal Constitucional del Exp. N° 000606-2004-AA/TC en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Edwin%20Figueroa%20Gutarra%20-%20Gaceta%20Constitucional%2059.pdf>

¹⁴⁵ Cita lo siguiente a H. HELLER: «Las ideas socialistas», en el volumen seleccionado y prologado por A. LÓPEZ PINA: Escritos políticos, Madrid, Alianza, pág. 322. K. Hesse utiliza los conceptos de «igualdad formal» e «igualdad material» para referirse a la igualdad en la aplicación del Derecho e igualdad como límite frente al legislador, respectivamente. Así, dice: «El principio general de igualdad como igualdad ante la ley impone el cumplimiento del Derecho vigente sin excepciones ni acepción de personas. Además establece el principio de igualdad jurídica material, al que está vinculado el legislador (art. 1.3 LF): se ha de tratar igualmente lo que es esencialmente igual, lo que es esencialmente desigual se ha de tratar desigualmente» (K. HESSE: «Bestand und Bedeutung der Grundrechte», en BENDA-MAIHOFFER-VOGEL: Handbuch des Verfassungsrecht, vol. I, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1984, pág. 87. Vid. también K. HESSE: «Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht», en Archiv des öffentlichen Recht, vol. 77 (1951 -1952).

discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al *test* de razonabilidad y proporcionalidad.

5. El principio de igualdad en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el inciso 1 del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño se ha establecido que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. (CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO)

El principio de igualdad a partir de la Convención se erige como un principio fundamental; puesto que, es una norma con carácter jurídico-social que orienta la aplicación y protección de todos los derechos consagrados en el citado instrumento internacional; asimismo, este principio se caracteriza por inspirar y

dirigir la creación y el desarrollo de las políticas igualitarias tanto en el ámbito público como privado, las cuales deben garantizar y fomentar el respeto de todos los derechos humanos de los niños. Por ende, no es posible ningún tipo de discriminación que se fundamente en la condición social, sexo, religión, nacionalidad o edad, ya que los derechos de los niños son iguales a los derechos de los adultos; de igual manera, es prudente advertir que se encuentra prohibido que el niño sea discriminado en razón de alguna condición especial de sus padres o representantes legales, un claro ejemplo de ello es cuando sus padres son de diferente nacionalidad, puesto que el niño nació en otro país.

6. El principio de igualdad en nuestra legislación vigente.

a. Constitución Política.

De acuerdo a lo regulado en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Cabe señalar que según Raúl Chanamé Orbe la igualdad jurídica tiene 2 aspectos o mejor dicho detenta doble condición: Igualdad como principio y como derecho. En cuanto principio constituye el enunciado de un contenido material objetivo; en cuanto a derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo. (CHANAMÉ ORBE, 2009)

Para Edwin Figueroa Gutarra el principio-derecho a la igualdad ha sido construido como concepto por el artículo, 2 inciso 2 de nuestra Carta

Fundamental sobre una noción amplia de proscripción de la discriminación en diversas facetas intrínsecas y extrínsecas: las primeras, en cuanto a cualidades inmateriales de la persona, y las segundas, en tanto pudiera mediar una restricción de entidad particularmente física. (FIGUEROA GUTARRA, 2012)

Igualdad ante la ley significa la protección que ésta brinda a la persona ante cualquier tipo de discriminación y le da un medio de defensa si este derecho se viola. (CHANAMÉ ORBE, 2009)

Asimismo, de la lectura del artículo precitado se puede observar que el legislador no solo ha establecido la igualdad ante la ley, sino que también ha prohibido la discriminación, puesto que, ésta promueve un trato diferenciado basado en prejuicios negativos, lo cual fomenta que los miembros de una sociedad sean tratados no solo como seres diferentes, sino como inferiores. Por lo tanto, el derecho a la igualdad prohíbe todo trato arbitrario o irracional contra las personas o grupos por motivos injustificados como su origen, raza, sexo, idioma, nacionalidad, estrato social, opinión política, religión, orientación sexual, entre otros.

b. Código de los Niños y Adolescentes.

De conformidad con lo establecido en el artículo III del Título preliminar del CNA. “Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo”. (CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2016)

En el artículo precitado claramente se ha señalado que todos los niños y adolescentes de nuestro país tienen derecho a la igualdad de oportunidad, derecho que debe ser considerado en todas las interpretaciones y aplicaciones del CNA., de igual manera, se hace referencia a que ningún niño o adolescente sin distinción de sexo puede ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, nacionalidad, estrato social, religión, orientación sexual, discapacidades y otros.

7. Discriminación positiva y discriminación negativa.

Si analizamos el derecho a la igualdad en ciertos escenarios frente a determinadas normas o situaciones, necesariamente, este análisis nos direcciona a establecer si estamos frente a una discriminación positiva o frente a una discriminación negativa. Se tratará de una discriminación positiva cuando se valide todos los efectos de la conducta normativa o fáctica sometida a control, en tanto, será una discriminación negativa cuando las desaprobe.

De igual manera, es preciso señalar que no todo trato distinto o desigual siempre genera una vulneración a la regla de igualdad o configura una discriminación, pues existen tratos diferenciados justificados que se fundan en razones objetivas y razonables.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“no todo tratamiento diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana. (...) Existen, en efecto, ciertas desigualdades (...) de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia (...).

(...) de ahí que pueda afirmarse que no existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo (...).¹⁴⁶

Dentro de este marco ha de considerarse que el tratamiento igual a personas iguales se encuentra plenamente justificado, pues sus condiciones son las mismas. Del mismo modo, el tratamiento desigual entre personas desiguales es totalmente válido, puesto que no existe ningún referente en común entre éstas.

Alexy refiere sobre esta materia: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual (...), si hay una razón suficiente para un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”.¹⁴⁷ (FIGUEROA GUTARRA, 2012)

Además, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha indicado que el derecho a la igualdad no sólo consiste tratar igual a los iguales, sino también tratar distinto a los desiguales.

“(...) el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables (...)”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, párr. 56 y 57, respectivamente.

Véase el texto completo en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

¹⁴⁷ Cita a: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de GARZÓN, E. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 395 y ss., p. 435 y ss. En: PRIETO SANCHIS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 22, setiembre- diciembre de 1995, p. 26.

¹⁴⁸ Fundamento 211, de la sentencia del 3 de enero del 2003, recaída en el Expediente Nº 010-2002-PI/TC.

Véase el texto completo en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

“El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole (...).¹⁴⁹

Ahora bien, es menester indicar que el Tribunal Constitucional también ha acentuado que la noción de igualdad no se riñe con la existencia de un trato diferenciado, a condición de que se verifique:

- a. La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- b. La acreditación de una finalidad específica y legítima, basada en una justificación objetiva y razonable.
- c. La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
- d. La existencia de proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.

¹⁴⁹ Fundamento 11, de la sentencia del 4 de julio del 2003, recaída en los Expedientes Acumulados N° 0001-2003-AI/TC y N° 0003-2003-AI/TC.

Véase el texto completo en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>

e. La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue.¹⁵⁰

Entonces, es posible concluir que la discriminación positiva no es contraria a derecho, claro, si existen razones totalmente válidas que fundamenten tal diferenciación. Por lo tanto, la discriminación positiva o diferenciación en la actualidad no es ninguna arbitrariedad, al contrario, se ha convertido en una necesidad, pues en la actualidad las personas se encuentran sujetas a diversas condiciones que deben ser sometidas a un examen de igualdad.

8. El test de igualdad.

Hay que advertir que una de las preguntas frecuentes es ¿cómo sabemos o determinamos que nos encontramos frente a circunstancias contrarias al derecho a la igualdad?, ante tantas dudas el Tribunal Constitucional ha señalado un test de igualdad mediante el cual se puede concluir cuando se ha trasgredido o no el derecho constitucional de igualdad.

Los pasos que comprende el test de igualdad¹⁵¹ son:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente.
- b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.

¹⁵⁰ Apartado de igualdad ante la ley y el concepto de diferenciación de la sentencia del 26 de abril del 2004 recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

Véase el texto completo en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

¹⁵¹ Fundamento 33, de la sentencia del Expediente N° 00045-2004-AI, de fecha 29 de octubre de 2005.

Fuente: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>

f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Este test implica, a pesar de sus características procedimentales, una connotación valorativa. En efecto, como señala Prieto Sanchís¹⁵²: “Los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades y desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”. (FIGUEROA GUTARRA, 2012)

Entonces, queda claro que si una norma establece un trato diferenciado entre determinados destinatarios, debe estar debidamente justificada y debe ser totalmente razonable, a fin de que la norma no se base en un criterio discriminatorio.

¹⁵² Cita a PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*”. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 22, setiembre-diciembre de 1995, p. 24.

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1. Tipo de investigación.

- a. De acuerdo al fin que se persigue:** Aplicada.
- b. De acuerdo al diseño de la investigación:** Exploratoria.

3.2. Diseño de la investigación.

No experimental

3.3. Métodos de investigación.

3.3.1. Métodos de la investigación científica.

a. Método analítico:

“Su punto de partida es el todo en su integridad y de allí se efectúa un proceso de desagregación de las partes para entenderlas en su singularidad, específicas”. (RAMÍREZ ERAZO, 2010) Por ende, este método se usará para analizar los diversos conceptos que ha señalado la doctrina para las medidas de protección de los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, así como, para las medidas de protección de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. De igual manera, mediante la aplicación de este método se logrará analizar cada una de las medidas de protección que actualmente se encuentran reguladas en la legislación nacional y extranjera, tanto para los adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

b. Método descriptivo:

“El método descriptivo tiene como objetivos describir y analizar sistemáticamente “lo que existe” con respecto a las variaciones o a las condiciones de una situación”. (AVILA ACOSTA, 1997) Efectivamente, este método se empleará cuando se describa la evolución del tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal a través de las etapas de la historia y en el Perú.

c. Método deductivo:

“Si el proceso de conocimiento va de lo general a lo particular, se usa el método deductivo”. (RAMÍREZ ERAZO, 2010) Por lo tanto, este método se empleará a lo largo de toda la investigación, puesto que, después de analizarse la doctrina y legislación nacional e internacional, se logrará determinar si se vulneran o no principios jurídicos al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

d. Método inductivo:

“Si el proceso va de lo particular a lo general, se emplea el método inductivo”. (RAMÍREZ ERAZO, 2010) Por ello, se aplicará este método en toda la investigación, como por ejemplo al momento de analizarse cada una de las medidas de protección reguladas en el CNA. tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en

situación de desprotección familiar; también se aprovechará este método cuando se desarrollen los principios del interés superior del niño e igualdad, ya que se estudiará específicamente sus antecedentes nacionales e internacionales, definiciones; así como su regulación en la normativa nacional e internacional.

e. Método sintético:

“El punto de inicio del proceso es el estudio de las partes, de los elementos estructuradores, que permiten transitar a la reconstrucción del todo”. (RAMÍREZ ERAZO, 2010) Ciertamente, se utilizará este método al momento de sintetizar las ideas más importantes de los magistrados, fiscales y docentes universitarios entrevistados. Además, este método es importante porque se empleará en la redacción la realidad problemática y justificación; al igual que, en la formulación de las conclusiones y recomendaciones.

f. Método comparativo:

“Es otro método general que permite conocer la totalidad de los hechos y fenómenos de la realidad estableciendo sus semejanzas y diferencias en forma comparativa”. (CARRASCO DÍAZ, 2006) Justamente, el presente método nos permitirá comparar las medidas de protección que se aplican a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, con las medidas de protección a las que se encuentran sujetos los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar de acuerdo a lo prescrito en nuestro Código de Niños y Adolescentes vigente. Asimismo, podremos

confrontar las medidas de protección reguladas en nuestro CNA. con las medidas de protección establecidas en la legislación comparada tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

3.3.2. Métodos jurídicos.

a. Método exegético:

“El método exegético constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo”. (RAMOS NUÑEZ, 2011) Por ende, aplicaremos este método a fin de realizar un correcto estudio lineal tanto del artículo que regula las medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, así como, del artículo que regula las medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

b. Método histórico:

“Según este método el conocimiento de la realidad se obtiene analizando el proceso de desarrollo de los hechos que en ella suceden”. (CARRASCO DÍAZ, 2006) Evidentemente, el presente método nos permitirá indagar los antecedentes y la evolución histórica de nuestro tema de investigación, tanto en el ámbito del derecho interno como en el derecho comparado.

c. Método dogmático:

“La pregunta esencial del método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución”. (RAMOS NUÑEZ, 2011) Por ello, este método será utilizado al recopilar el conjunto de posiciones, preceptos e interpretaciones que han plasmado los jurisconsultos en sus trabajos de investigación, sistematización e interpretación (doctrina), respecto a las instituciones jurídicas estudiadas, las mismas que serán recopiladas de diversos textos jurídicos.

d. Método hermenéutico:

“La hermenéutica es una metodología que se ocupa de la interpretación”. (BEHAR RIVERO, 2008) Por consiguiente, se empleará este método para interpretar correctamente las normas y principios que se relacionan con el tema en estudio, buscando poner al descubierto el sentido original de estos textos a fin de poder utilizar las instituciones jurídicas estudiadas de manera coherente y sistemática. Por lo cual, será necesario analizar las normas contenidas en el Código de los Niños y los Adolescentes, referidas específicamente a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, y a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

3.4. Material de la investigación.

Material bibliográfico y hemerográfico.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de información.

- **Técnica de análisis de documentos:**

Esta técnica fue utilizada en la elaboración del marco teórico, pues toda la información materializada recolectada ha sido procesada mediante el instrumento de ficha bibliográfica.

- **Técnica del fotocopiado:**

Se utilizó esta técnica para la elaboración del marco teórico, ya que por medio del instrumento del fotocopiado se logró reproducir con exactitud los textos de los libros, artículos y revistas encontrados.

- **Técnica del internet:**

Técnica empleada para obtener la mayor cantidad de información específica y actualizada sobre el tema de la investigación, a través de su instrumento de páginas web, se ha podido obtener diversos trabajos de investigación sobre el tema en estudio, los cuales han sido utilizados en el desarrollo del marco teórico.

- **Técnica de la entrevista:**

Técnica utilizada para entrevistar a los magistrados de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, así como del Ministerio Público y docentes universitarios, especialistas en Derecho de Familia y Derecho del Niño y el Adolescente, para dicho fin se elaboró un cuestionario de preguntas (instrumento); el cual fue aplicado a cada uno de los entrevistados. También, es necesario indicar que esta técnica fue empleada para la elaboración de los resultados, así como, para la redacción de las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación.

- **Técnica de análisis de expedientes:**

Se usó esta técnica para analizar tanto los expedientes sobre medidas de protección impuestas a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como los expedientes sobre medidas de protección dictadas a favor de niños y adolescentes en estado de abandono; evidentemente, estos expedientes fueron los instrumentos de la presente técnica.

Además, es pertinente señalar que esta técnica también fue empleada para la elaboración del capítulo de Resultados y Discusión.

3.6. Población y muestra.

a. Población:

Conformada por los expedientes resueltos por los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, sobre medidas de protección impuestas a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, al igual que, sobre medidas de protección dictadas a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono.

b. Muestra:

Consistente en dos (02) expedientes sobre medidas de protección impuestas a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, y dos (02) expedientes sobre medidas de protección dictadas a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono.

3.7. Procedimiento de recolección de la información.

Primer paso:

Se visitó las diversas bibliotecas especializadas en Derecho de pregrado y post grado de nuestra ciudad (UPAO, UNT, UPN, Colegio de Abogados de La Libertad) a fin de recabar la mayor cantidad de información materializada y también para buscar los antecedentes sobre el tema en estudio, para lo cual se revisaron libros, artículos y ensayos jurídicos publicados en revistas de Derecho de Familia, Derecho del Niño y Adolescente, y Derecho Constitucional. Para este paso se procedió a fotocopiar las páginas que contenían información sobre nuestro tema, lo cual permitió obtener las reproducciones exactas de dichos documentos a fin de que sean utilizados como material bibliográfico para el desarrollo de la presente investigación.

Segundo Paso:

Se efectuó la búsqueda de la información desmaterializada en internet para lo cual se visitó bibliotecas virtuales como Dialnet, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Redalyc, entre otras; lo cual permitió recabar gran cantidad de información actualizada sobre las medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar; así como, de los principios de interés superior del niño e igualdad. También, cabe señalar que se hizo la búsqueda virtual de la normativa internacional. Para este paso, se utilizó los instrumentos consistentes en páginas web y pdf. Por supuesto, que con anterioridad se creó una carpeta para cada tema para la posterior clasificación de toda la información.

Tercer Paso:

Se creó un archivo Word y en este se plasmó el esquema de trabajo de la presente investigación, por ende; se identificó los capítulos, subcapítulos y títulos correspondientes a fin de realizar una correcta y cuidadosa recopilación de la información.

Cuarto paso:

Se procedió a revisar, organizar, ordenar y clasificar la información materializada en archivadores de acuerdo al tema que contenían, asimismo se procedió a desechar lo innecesario.

Quinto paso:

Se procedió a revisar, organizar, ordenar y clasificar toda la información desmaterializada recabada en las carpetas creadas para cada tema, para lo cual se tuvo en cuenta el grado aporte a la presente investigación; además se eliminó la información inservible.

Sexto paso:

Se buscó noticias nacionales sobre los niños y adolescentes entre 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, y sobre los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

Séptimo paso:

Se aplicó las técnicas e instrumentos antes indicados, los cuales ayudaron a obtener los resultados, así como realizar la contrastación y la comprobación de la hipótesis.

3.8. Diseño de procesamiento de la información.

Luego de haberse recolectado la mayor cantidad de información sobre el presente tema de investigación, se utilizó las técnicas e instrumentos pertinentes con la finalidad de realizar el siguiente procedimiento:

Revisión de la información.

El primer paso que se realizó fue la revisión de toda la información materializada y desmaterializada que se obtuvo respecto al tema en estudio.

Depuración de la información.

Después de revisar toda la información se procedió a seleccionarla de acuerdo a su relevancia jurídica para el presente trabajo de investigación, asimismo, debemos agregar que se tomó en cuenta su fecha de actualización, por ende; la información que era irrelevante o impertinente se procedió a depurar. Este segundo paso ha sido trascendental para el desarrollo del capítulo del marco teórico y para la elaboración del capítulo de resultados y discusión.

Clasificación de la información.

Luego de haberse revisado toda la información recolectada y depurado la información innecesaria, se realizó como tercer paso la clasificación de la información considerando su pertinencia, importancia y fecha de actualización.

Organización de la información.

Como cuarto paso se organizó mediante grupos toda la información anteriormente clasificada, los cuales procedieron a conformar cada capítulo, subcapítulo y título del marco teórico.

Tabulación de la información.

En último lugar, se efectuó la tabulación de la información recolectada, para ello se utilizó diversos cuadros; es más, para facilitar el análisis e interpretación de estos cuadros también se plasmaron en gráficos, lo cual coadyuvó a realizar la discusión correspondiente. El uso de este paso se puede evidenciar en el capítulo IV de resultados y discusión.

3.9. Diseño de presentación y análisis de datos.

Capítulo I.

A este capítulo se le ha denominado “El Problema”, puesto que contiene la realidad problemática, la formulación del problema, la hipótesis, la determinación de las variables, la fijación de los objetivos generales y específicos, así como la justificación del problema.

Capítulo II.

A este capítulo se le ha denominado “Desarrollo Teórico de la Investigación”, y éste se encuentra subdividido en tres subcapítulos, los cuales se proceden a detallar: Subcapítulo I: Marco Referencial, en el cual se ha especificado que no existen antecedentes internacionales ni nacionales de la presente investigación; Subcapítulo II: Marco Normativo, en este subcapítulo se ha detallado las normas internacionales y nacionales que sustentan

jurídicamente nuestra investigación y Subcapítulo III: Marco Teórico de la Investigación, el cual contiene el desarrollo doctrinario de nuestra investigación.

Capítulo III.

Se le ha llamado “Metodología de la Investigación”, ya que en este capítulo se ha plasmado los métodos, las técnicas e instrumentos, y los pasos que se han empleado en el desarrollo de la presente investigación.

Capítulo IV.

Se le ha denominado “Resultados y Discusión”, pues éste contiene los resultados y el análisis de los resultados de la presente investigación.

Asimismo, cabe indicar como otros contenidos de la investigación a las conclusiones y recomendaciones, además, se indicará las referencias bibliográficas y se adjuntará los anexos pertinentes.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

1. Técnica de recolección de datos.

1.1. Análisis de expedientes.

a. Expediente N° 00692-2013-0-1601-JR-FT-03.

- **Especialidad:** Familia Tutelar.
- **Materia:** Por definir.
- **Sumilla:** Solicita dicte medida de protección por infracción a la ley penal.
- **Sujetos procesales:**

Cuadro 1: Sujetos procesales.

Parte	Apellidos y nombres /Razón Social
MENOR	F.C.R.R.
DEMANDANTE	TERCERA FISCALIA PROVINCIAL DE FAMILIA
AGRAVIADO	G.R.Y.

- **Resumen del caso:**

La Tercera Fiscalía Provincial de Familia de Trujillo recurrió a la judicatura solicitando que se dicte medida de protección por infracción a la ley penal, a favor del adolescente de iniciales F.C.R.R. de doce años, por la comisión del delito de violación contra la libertad sexual en la modalidad de delitos actos contrarios al pudor, en agravio de la niña con iniciales Y.G.R. de cinco años de edad, tipificado en el inciso 1 del artículo 173° del Código Penal.

La judicatura, al revisar la copia simple del Documento Nacional de Identidad del adolescente con iniciales F.C.R.R. se percata que al momento de la comisión de la infracción este menor contaba con once años y once meses aproximadamente; sin embargo, también es posible de dictársele una medida de protección de acuerdo a lo

regulado en el artículo 184 del CNA. Por ende, el Juez del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, mediante resolución N° 01 de fecha trece de marzo de dos mil trece, dictó como medida de protección a favor del adolescente con iniciales F.C.R.R. el cuidado en su propio hogar bajo el control y responsabilidad de sus padres, quienes deberán ejercer mayor control sobre su hijo; asimismo indicó que cumpla el adolescente con iniciales F.C.R.R. recibir terapia psicológica por el personal del departamento de psicología.

- **Análisis:**

Como ya se ha señalado anteriormente de conformidad con lo regulado en el artículo 184 del CNA. tanto un niño como un adolescente de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal es pasible de medidas de protección, por ende, el juez le dictó al adolescente de iniciales F.C.R.R., que tenía 11 años y 11 meses aproximadamente al momento de cometer la infracción penal de tocamientos indebidos, la medida de protección de cuidado en su propio hogar, debidamente regulada en el inciso a) del artículo 242 del CNA.

b. Expediente N° 1932-2016-0-1601-JR-FT-03.

- **Especialidad:** Familia Tutelar.
- **Materia:** Por definir.
- **Sumilla:** Solicito promueva proceso tutelar y se dicte medida de protección.
- **Sujetos procesales:**

Cuadro 2: Sujetos procesales.

Parte	Apellidos y nombres /Razón Social
MENOR	J.V.C. W.B.S.
DEMANDANTE	TERCERA FISCALIA PROVINCIAL DE FAMILIA
AGRAVIADO	J.J.O. V.

- **Resumen del caso:**

La Tercera Fiscalía Provincial de Familia de Trujillo recurrió a la judicatura solicitando que se dicte medida de protección a los niños de iniciales J.V.C. y W.B.S., ambos de siete años de edad, por la presunta comisión del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor de menor de edad mencionado en el inciso 2 del artículo 176 del Código Penal en agravio del niño JJOV de siete años de edad.

La Juez del Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, después de analizar los medios probatorios pertinentes, y teniendo en cuenta lo regulado en el artículo 184 del CNA., mediante resolución N° 01 de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, dictó como medida de protección a los niños de iniciales J.V.C. y W.B.S.; ambos de siete años de edad; el cuidado de cada uno en su propio hogar, bajo el control y responsabilidad de

sus padres, quienes deberán ejercer mayor control y orientación sobre sus hijos, medida que se encuentra regulada en el inciso a) del artículo 242 del CNA., además, ambos niños deben recibir terapia psicológica por el psicólogo adscrito a los Juzgados de Familia.

- **Análisis:**

Como bien se ha señalado en reiteradas oportunidades, los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal son pasibles de medidas de protección, por ende; la juez dictó la medida de protección de cuidado en su propio hogar, la cual se encuentra regulada en el inciso a) del artículo 242 del CNA., a los niños de iniciales J.V.C. y W.B.S., ambos de siete años de edad; por cometer la infracción del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de actos contrarios al pudor.

c. Expediente N° 111-2008-0-1601-JR-FT-01.

- **Especialidad:** Familia Tutelar.
- **Materia:** Abandono material, peligro moral y maltratos.
- **Sujetos procesales:**

Cuadro 3: Sujetos procesales.

Parte		Apellidos y nombres /Razón Social
INSTITUCIONES DE PROTECCION MENOR	DE AL	CASA HOGAR MONSEÑOR OSCAR ROMERO
INSTITUCIONES DE PROTECCION MENOR	DE AL	SEDE OPERATIVA DE ADOPCIONES DE LA LIBERTAD MIMDES
MENOR		VASQUEZ REGIS DANUSKA JERALDINE
MINISTERIO PÚBLICO		PRIMERA FISCALIA DE FAMILIA DE TRUJILLO
TERCERO		CARRASCO ARANA MARIA MAGDALENA
TERCERO		JAIME NAVARRO MARICELA
TERCERO		REGIS CARRASCO JESSICA ELHIZABET
TERCERO		VASQUEZ JAIME VICTOR MARTIN

- **Resumen del caso:**

El Hogar “Oscar Romero” puso en conocimiento de la judicatura el presunto estado de abandono de la niña Danuska Jeraldine Vásquez Regis, por ende la Juez de Familia dispuso promover una investigación de contenido tutelar por presunto estado de abandono.

La niña Danuska Jeraldine Vásquez Regis ingresó a la citada casa-hogar el 31 de marzo de 2008, con tan solo, un año y dos meses de edad, porque sus padres, Jessica Elizabeth Regis Carrasco y Víctor Martin Vásquez Jaime, se encontraban con mandato judicial de internamiento en el Establecimiento Penitenciario “El Milagro”, ambos procesados por el delito de Homicidio (Parricidio) y Tráfico de Drogas, en agravio de uno de sus menores hijos y del Estado, respectivamente. Asimismo, en el informe social de la casa-hogar

se indicó que la niña venía sufriendo maltratos por parte de su madre, por los serios conflictos de pareja que sostenían sus citados progenitores, y como consecuencia de estos actos de violencia familiar, se encontraban separados, además, habían sido procesados e internados en el mencionado penal por los delitos antes indicados.

De igual manera, cabe señalar que si bien los abuelos paternos querían tener bajo su cuidado a la niña, no se encontraban en la capacidad física y económica de hacerlo, es más, según un informe de la casa-hogar, la conducta de la abuela paterna era negativa, ya que demostró ser una persona violenta, al agredir innecesariamente a una persona en la casa hogar.

Lamentablemente, a pesar que la niña también tenía abuela materna, ésta no iba a visitarla a la casa-hogar.

Por ende, el Primer Juzgado de Familia de Trujillo, mediante resolución N° 47 de fecha siete de diciembre de dos mil diez, declara a la niña Danuska Jeraldine Vásquez Regis en estado de abandono, en consecuencia, se declara extinguida la patria potestad de los padres, y se dispone que la niña tutelada permanezca en la institución tutelar. Esta resolución fue apelada, pero confirmada por resolución N° 58 de fecha nueve de junio de dos mil once. Posteriormente, mediante Casación N° 3540-2011 se declara improcedente el recurso de casación interpuesto y se ordena la ejecución de la resolución N° 58.

- **Análisis:**

Como bien hemos venido indicando, de acuerdo a lo regulado en el inciso d) del artículo 243 del CNA. cuando un niño es declarado en estado de abandono se le puede dictar como medida de protección la atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado, en el expediente N° 111-2008 se aprecia que la niña Danuska Jeraldine Vásquez Regis, de tan solo un año y dos meses de edad, se encontraba en total desamparo de sus padres, puesto que ambos se encontraban internados en el Establecimiento Penitenciario “El Milagro”, por haber sido procesados por los delito de parricidio y de tráfico de drogas.

Es más, esta niña también había sido víctima de maltratos por parte de su madre, por lo tanto, la judicatura al evaluar todos los hechos y medios probatorios, dictó la medida antes indicada.

d. Expediente N° 02826-2013-0-1601-JR-FT-01.

- **Especialidad:** Familia Tutelar.
- **Materia:** Abandono material, peligro moral y maltratos.
- **Sujetos procesales:**

Cuadro 4: Sujetos procesales.

Parte	Apellidos y nombres /Razón Social
A FAVOR DE	CRIOLLO MOLINA LUIS ANGEL
MINISTERIO PUBLICO	PRIMERA FISCALIA PROVINCIAL DE FAMILIA

- **Resumen del caso:**

Don José Hugo Criollo Girón recurrió a la judicatura solicitando que su hijo Luis Ángel Criollo Molina sea internado en un albergue provisionalmente, aduciendo que el niño fue abandonado por su madre, por ende él como padre se quedó al cuidado del niño; sin embargo, éste indicó que por motivos del trabajo de construcción civil no podía atender ni cuidar al niño, por lo que permanentemente estaba en la calle y con el riesgo de que le pueda suceder algún percance, además manifestó que el niño realizaba malos hábitos como el de no obedecer y portarse malcriado con la persona que se quedaba cuidándolo, hasta a él como su padre ya no lo respetaba.

Por ello, el Primer Juzgado de Familia de Trujillo, mediante resolución N° 02 de fecha veinticuatro de julio de dos mil trece dictó como medida de protección a favor del niño Luis Ángel Criollo Molina, el ingreso al hogar “Mundo de Niños”, por el lapso de seis meses.

- **Análisis:**

En el presente caso advertimos que la judicatura también ha dictado como medida de protección que el niño Luis Ángel Criollo Molina, de tan solo ocho años de edad, ingrese un establecimiento de protección especial, medida regulada en el inciso d) del artículo 243 del CNA., puesto que fue abandonado por su madre y lamentablemente su padre tampoco podía hacerse cargo de él, porque éste se dedicaba a la construcción.

1.2. Entrevista.

Se aplicó la entrevista a una muestra de cinco (05) Jueces especializados en Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, cinco (05) Fiscales Provinciales especializados de Familia del Ministerio Público de Trujillo, cinco (05) Secretarios Judiciales especializados en Familia de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y cinco (05) docentes universitarios, especializados en derecho de Familia y en Derecho del Niño y el Adolescente.

1. Pregunta N° 01:

¿Cree Ud. qué la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono vulnera principios jurídicos?

Presentación:

<i>RESPUESTA</i>	<i>SUMATORIA</i>	<i>%</i>
SI	14	70%
NO	6	30%
TOTAL	20	100%

Gráfico 1: Pregunta N° 01.



Interpretación y análisis:

Realizada la interpretación y el análisis de los resultados obtenidos de las entrevistas efectuadas se puede concluir que un alto porcentaje de los entrevistados, es decir, el setenta por ciento (70%) de éstos considera que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono; si vulnera principios jurídicos, asimismo, podemos apreciar que el treinta (30%) de los entrevistados, en menor porcentaje; opina que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal como a los niños y adolescentes en estado de abandono; no vulnera principios jurídicos.

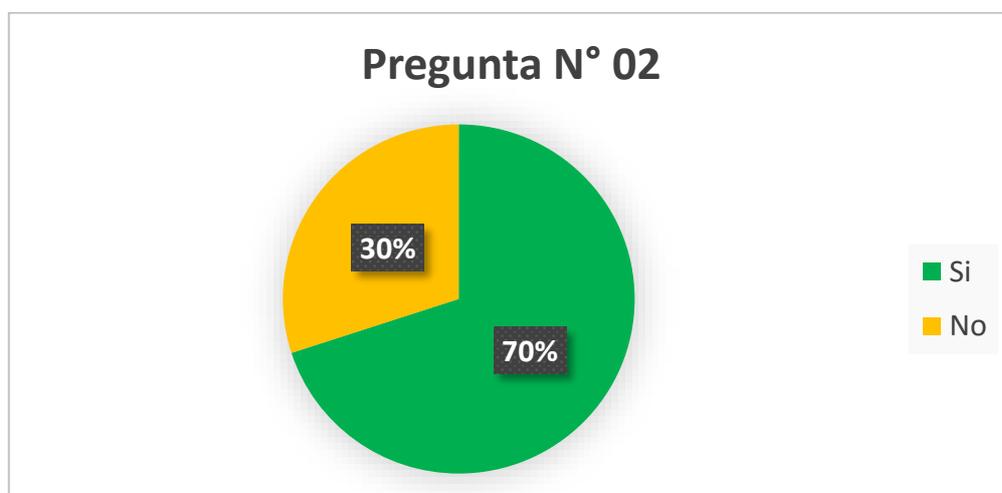
2. Pregunta N° 02:

¿Cree Ud. que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono; vulnera el principio del interés superior del niño?

Presentación:

<i>RESPUESTA</i>	<i>SUMATORIA</i>	<i>%</i>
SI	14	70%
NO	6	30%
TOTAL	20	100%

Gráfico 2: Pregunta N° 02.



Interpretación y análisis:

De la interpretación y el análisis de los resultados de esta pregunta, podemos concluir que, el setenta por ciento (70%) de los entrevistados considera que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono, si vulnera el

principio del interés superior del niño; de igual manera, se aprecia que el treinta por ciento (30%) de los entrevistados piensa que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono, no vulnera el principio del interés superior del niño.

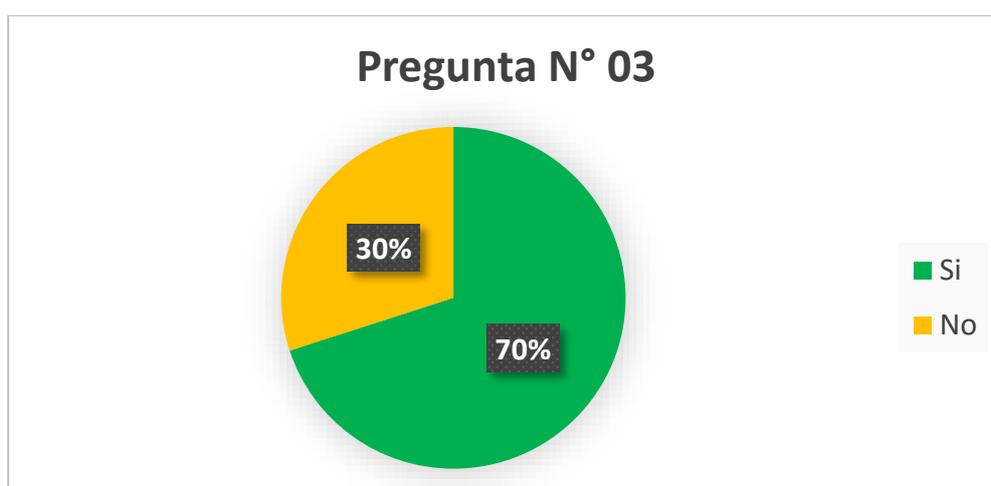
3. Pregunta N° 03:

¿Cree Ud. que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono, vulnera el principio de igualdad?

Presentación:

RESPUESTA	SUMATORIA	%
SI	14	70%
NO	6	30%
TOTAL	20	100%

Gráfico 3: Pregunta N° 03.



Interpretación y análisis:

Efectuada la interpretación y el análisis de los resultados obtenidos, podemos señalar que, el setenta por ciento (70%) de los entrevistados cree que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono, si vulnera el principio de igualdad; por otro lado, es preciso indicar que el treinta por ciento

(30%) de los entrevistados opina que la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono, no vulnera el principio de igualdad.

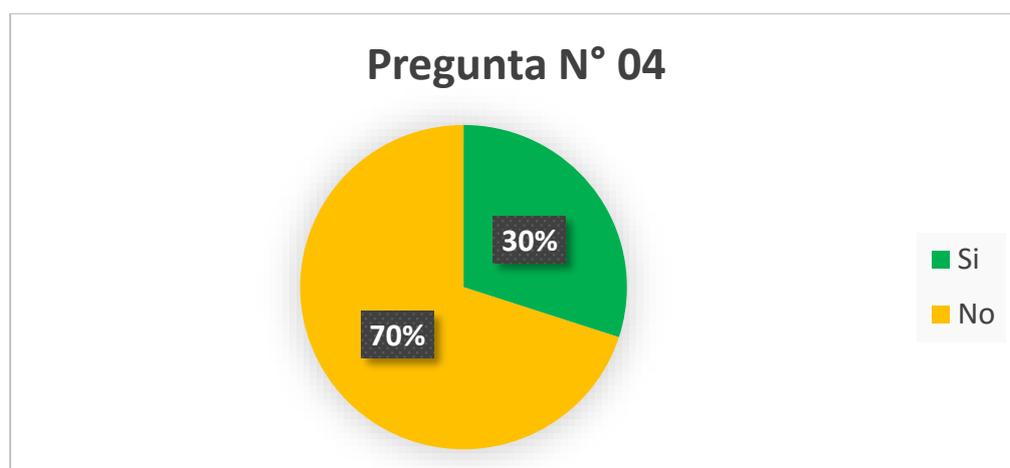
4. Pregunta N° 04:

¿Cree Ud. qué es correcto aplicar similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono?

Presentación:

RESPUESTA	SUMATORIA	%
SI	6	30%
NO	14	70%
TOTAL	20	100%

Gráfico 4: Pregunta N° 04.



Interpretación y análisis:

De la interpretación y el análisis de los resultados de esta interrogante se puede aseverar que el treinta por ciento (30%) de los entrevistados piensa que, si es correcto aplicar similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono; empero, el setenta por ciento (70%) de los entrevistados considera que, no es

correcto aplicar similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono.

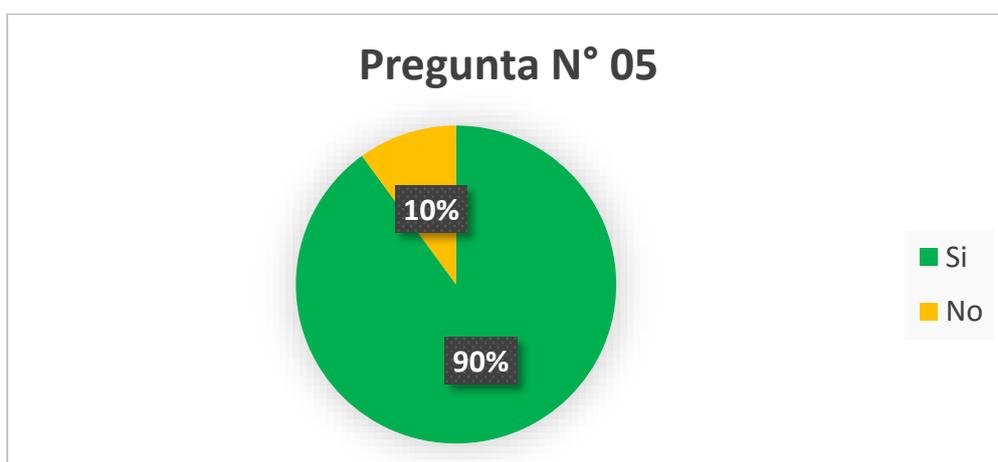
5. **Pregunta N° 05:**

¿Cree Ud. qué es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal?

Presentación:

<i>RESPUESTA</i>	<i>SUMATORIA</i>	<i>%</i>
SI	18	90%
NO	2	10%
TOTAL	20	100%

Gráfico 5: Pregunta N° 05.



Interpretación y análisis:

Realizada la interpretación y el análisis de los resultados de esta pregunta se puede afirmar que el noventa por ciento (90%) de los entrevistados cree que, si es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal; de la misma forma, cabe indicar que, tan solo, el diez por ciento (10%) de los entrevistados opina que, no es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.

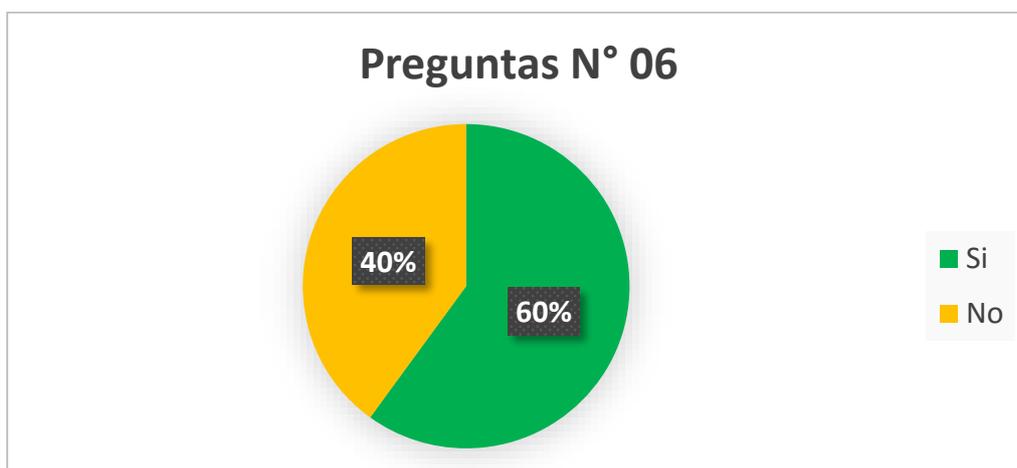
6. **Pregunta N° 06:**

¿Cree Ud. qué es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono?

Presentación:

<i>RESPUESTA</i>	<i>SUMATORIA</i>	<i>%</i>
SI	12	60%
NO	8	40%
TOTAL	20	100%

Gráfico 6: Pregunta N° 06.



Interpretación y análisis:

Después de la interpretación y el análisis de los resultados se concluye que el sesenta por ciento (60%) de los entrevistados considera que, si es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono; y el otro cuarenta por ciento (40%) de los entrevistados opina que, no es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono.

CONCLUSIONES.

1. La aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar; si vulnera los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.
2. La aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, también vulnera el principio jurídico de protección especial de la infancia y adolescencia.
3. El Estado, no ha adoptado las medidas legislativas y administrativas pertinentes para proteger y cuidar a los niños, además debemos recordar que proteger también es corregir.
4. Es urgente y necesario que nuestros legisladores regulen nuevas medidas de protección tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.
5. En la doctrina de situación irregular, no se hace distinción entre un menor en situación de riesgo, de un menor incapaz, de un menor estado de abandono, menos aún, de un menor infractor.
6. En la doctrina de protección integral se reconoce al niño y adolescente como un sujeto pleno de derechos, por ende estos menores de edad también tienen responsabilidades. Consecuentemente, esta doctrina claramente distingue a un

niño y adolescente en conflicto con la ley penal, de un niño adolescente en situación de desprotección familiar.

7. Los artículos 242 y 243 de nuestro Código de Niños y Adolescentes muestran claramente, que son un rezago de la doctrina de situación irregular, puesto que, no distingue las situaciones en las que se encuentran estos niños y adolescentes.
8. Cuando se establece un tratamiento distinto y específico, tanto para los niños y adolescentes que se encuentran en situación de desprotección familiar, como para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, se advierte evidentemente la separación respecto de la aplicación de una política social o política criminal, respectivamente.
9. De existir algún conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, por ejemplo; en las infracciones a la ley penal, se tomará en cuenta que los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente sobre los derechos de los terceros.

RECOMENDACIONES.

1. Debe realizarse una revisión y mayor estudio sobre las medidas de protección reguladas en nuestro Código de los Niños y Adolescentes vigente, respecto de la normatividad aplicable para los niños y adolescentes entre 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.
2. Debe realizarse una revisión y mayor estudio sobre las medidas de protección reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes vigente, sobre la normatividad aplicable para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.
3. Debe cambiarse la denominación de “adolescente infractor” por adolescente en conflicto con la ley penal, puesto que la primera denominación corresponde a la doctrina de situación irregular, y nuestro Código de los Niños y Adolescentes se encuentra inspirado en la doctrina de protección integral.
4. Debe modificarse la denominación de “niño o adolescente en estado de abandono” por niño o adolescente en situación de desprotección familiar, puesto que la primera designación es peyorativa y estigmatizante, además, es un término proveniente de la doctrina de situación irregular.
5. Se deben clasificar las infracciones a la ley penal en: leves, graves y muy graves, como por ejemplo; en la normatividad de la materia en el país de Uruguay.
6. Se deben regular nuevas medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.
7. Se deben regular nuevas medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

MATERIALIZADA.

- AGUILAR LLANOS, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- AVILA ACOSTA, R. (1997). *Introducción a la Metodología de la Investigación*. Lima: Estudios y Ediciones R.A.
- BAEZA CONCHA, G. (2001). El interés superior del niño: derecho rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 355-362.
- BARATTA, A. (1995). Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A proposito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. *Capítulo Criminológico Vol. 23*, 03-18.
- BELOFF, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Argentina: Editores del Puerto.
- BRAVO GAMARRA, D. E. (2014). *El adolescente infractor en el Perú ¿Mínima intervención, máximas garantías?* Lima: Jurista Editores.
- CABANELLAS, G. (1996). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- CABEZAS SALMERÓN, J. (2011). Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad). *Revista Crítica Penal y Poder, n° 1*, 158-173.
- CARMONA CUENCA, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos N° 84*, 265-285.
- CARRASCO DÍAZ, S. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima: San Marcos.
- CHANAMÉ ORBE, R. (2009). *Comentarios a la Constitución*. Lima: Jurista Editores.

- CHUNGA LAMONJA, F. G. (2002). *Derechos de Menores*. Lima: Grijley.
- CHUNGA LAMONJA, F. G. (2007). *El adolescente infractor y la ley penal*. Lima: Grijley.
- CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. (2016). Lima: Jurista Editores.
- CÓDIGO PENAL. (2016). Lima: Jurista Editores.
- FIGUEROA GUTARRA, E. (2012). Dimensiones del derecho a la igualdad: avances y retrocesos ¿Entre Escila y Caribdis? . *Gaceta Constitucional N° 59*, 281-305.
- GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos & ALVARADO REYES, Juana Elvira. (2014). *El internamiento preventivo en el sistema penal juvenil peruano*. Lima: Lex & Iuris.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (2004). *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- HALL GARCÍA, A. P. (2004). La responsabilidad penal del menor con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores. Bogotá : Gustavo Ibañez.
- INABIF & BUCKNER PERÚ. (2013). *Acogimiento Familiar*. Lima: Imagian S.R.L.
- PERALTA ANDIA, J. R. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil* . Lima : Idemsa.
- PÉREZ PORTILLA, K. (2005). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- PLÁCIDO V., Á. F. (2015). *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- RABOSSO, E. (1990). Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación . *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 7*, 175-192.
- RAMÍREZ ERAZO, R. (2010). *Proyecto de Investigación*. Lima: AMADP.

- RAMOS NUÑEZ, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley .
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación. *Educatio Siglo XXI*, 89-108.
- ROJAS SEPÚLVEDA, M. (2001). ¿Igualdad jurídica en Chile? *Actualidad Jurídica N° 4*, 199-208.
- ZERMATTEN, J. (2003). El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. *Institut International Des Droits del Lenfant*, 10-11.

DESMATERIALIZADA.

- AGUILAR CAVALLO, G. (24 de octubre de 2007). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.cecoch.cl/website/www.cecoch.cl/uploads/pdf/revistas/2008-1/elprincipio11.pdf>
- AGUILAR LLANOS, B. (8 de febrero de 2016). *¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?* Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085301.pdf>
- ALEGRE, Silvana; HERNÁNDEZ, Ximena & CAMILLE, Roger. (2014). *05 Cuaderno: El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Obtenido de http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- ALEMÁN MONTERREAL, A. (2007). *Reseña histórica sobre la minoría de edad penal*. Obtenido de <http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/2506/AD-11-3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ALVARADO PALACIOS, E. I. (25 de 03 de 2016). *Algunos apuntes sobre el Derecho Tutelar de Menores*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2696440046d4713aa198a144013c2be7/derecho_tutelar_menores+C+4.+7.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2696440046d4713aa198a144013c2be7

- BEHAR RIVERO, D. S. (18 de 06 de 2008). *Metodología de la Investigación*. Shalom. Obtenido de <http://museoarqueologico.univalle.edu.co/imagenes/Proyecto%20de%20Graduado%201/lecturas/Libro%20metodologia%20investigacion.%20Libro%20NB.pdf>
- BELLOF, 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 UNICEF, *Justicia y derechos del niño N° 03* (págs. 16-18). Buenos Aires: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf.
- BELOFF, M. (Noviembre de 1999). *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otra para desarmar*. Obtenido de Justicia y Derechos del Niño N° 1: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- CAPUÑAY CHAVEZ, L. M. (15 de octubre de 2015). *A diez años de la vigencia del Código del Niño y Adolescente*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7d4e4e8046d47137a182a144013c2be7/a_diez_a%C3%B1os_vigencia_cod_ni%C3%B1o+C+4.+9.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7d4e4e8046d47137a182a144013c2be7
- CÁRDENAS MIRANDA, E. (13 de junio de 2011). *El interés superior del niño*. Obtenido de <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/interes-superior-382565854>
- CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima Rosalina & FERNÁNDEZ ESPINOZA, William Homer. (15 de marzo de 2016). *El acogimiento familiar frente a la desprotección familiar*. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros/CEFAM-%20EL%20ACOGIMIENTO%20FAMILIAR%20FRENTE%20A%20LA%20DESPROTECCION%20FAMILIAR.pdf
- CILLERO BRUÑOL, M. (2011). *Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el interés superior del niño en la satisfacción y disfrute de sus*

- derechos. Obtenido de http://www.unicef.org/peru/spanish/Entrevista_Miguel_Cillero.pdf
- CILLERO BRUÑOL, M. (16 de abril de 2016). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf
 - CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. (s.f.). *Ley 1098 de 2006*. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20101107_01.pdf
 - CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA . (). *Ley 100 de 2002*. Obtenido de <http://esilecdata.s3.amazonaws.com/Comunidad/Leyes/CODIGO%20DE%20LA%20NI%C3%91EZ%20Y%20ADOLESCENCIA%20Reformado%20el%2007-JUL-2014.PDF>
 - CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA . (s.f.). *Ley N° 17.823*. Obtenido de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos?page=1>
 - CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. (s.f.). *Ley N° 1680*. Obtenido de <http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=626>
 - CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE. (s.f.). *Ley N° 548 de 2014*. Obtenido de http://www.unicef.org/bolivia/Codigo_NNA_-_Ley_548_.pdf
 - CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. (s.f.). Obtenido de <http://esilecdata.s3.amazonaws.com/Comunidad/Leyes/CODIGO%20ORGANICO%20INTEGRAL%20PENAL,%20COIP%20Reformado%20el%2014-MAR-2016.PDF>
 - COMERCIO. (22 de abril de 2015). *Perú tiene la más alta tasa de delincuencia en Latinoamérica*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/peru-tiene-mas-alta-tasa-delincuencia-latinoamerica-noticia-1805807>
 - COMERCIO. (28 de junio de 2015). *Trujillo: a 70% subió número de menores con infracciones graves*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/peru/libertad/trujillo-70-subio-numero-menores-infracciones-graves-noticia-1821976>

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. (s.f.). Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. (s.f.). Obtenido de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001>
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (s.f.). Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- CRUZ Y CRUZ, E. (2007). El concepto de menores infractores. *Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 3, núm. 5*, 335-355. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (s.f.). Obtenido de <http://www.guiainfantil.com/fiestas/Derechos/derechonino.htm>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, I. N. (28 de noviembre de 2000). *El sistema penal juvenil en el Perú*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/57DFD241FE3DA801052577850079854F/\\$FILE/Informe_Defensorial_51._El_sistema_penal_juvenil\[1\].pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/57DFD241FE3DA801052577850079854F/$FILE/Informe_Defensorial_51._El_sistema_penal_juvenil[1].pdf)
- GARAY MOLINA, A. C. (14 de Enero de 2016). *Del Modelo Tutelar al Modelo de la Responsabilidad a la luz de la Convención internacional de los Derechos del Niño*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/805a368046d47159a274a344013c2be7/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad+C+4.+11.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=805a368046d47159a274a344013c2be7
- GARCIA MENDEZ, E. (2015 de 08 de 2015). *Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12026.pdf>
- HERNÁNDEZ ALARCÓN, C. (28 de Enero de 2016). *Aproximación al sistema de justicia penal juvenil peruano*. Obtenido de http://www.teleley.com/articulos/art_penal4110106.pdf

- HERRERA LIZCANO, J. C. (02 de Marzo de 2016). *Hacia el sistema de justicia para adolescente del Estado de Yucatán*. Obtenido de http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev21/4_Hacia%20el%20Sist.%20de%20Just.%20_4_.pdf
- INFORME DEFENSORIAL N° 150. (abril de 2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/87E7883145A2608905257C0000787325/\\$FILE/informe-150-2010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/87E7883145A2608905257C0000787325/$FILE/informe-150-2010.pdf)
- INFORME DEFENSORIAL N° 153. (agosto de 2011). *Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención*. Obtenido de http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/info_secpu/dp_0017.pdf
- LA REPÚBLICA. (2014 de octubre de 2014). *Campaña nacional contra el abandono infantil en el Perú*. Obtenido de <http://larepublica.pe/30-10-2014/campana-nacional-contra-el-abandono-infantil-en-el-peru>
- MIMDES, M. d. (junio de 2011). *Protocolos de intervención instructivo legal, social, psicológico y de salud de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar*. Obtenido de <http://www.inabif.gob.pe/portalweb/portal/portalwebugit/archivos/669.pdf>
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, M. (Setiembre de 2013). *Documento de Trabajo N° 04*. Obtenido de <http://portal.mpfh.gob.pe/jjr/upload/archivos/20140224162856139327733668776105.pdf>
- ORBEGOSO, P. (07 de Marzo de 2016). *Aproximación al sistema de protección a la infancia en el Perú, a propósito de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de [http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso_barcelona/docs/PatriciaOrbegoso\(Peru\).pdf](http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso_barcelona/docs/PatriciaOrbegoso(Peru).pdf)
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. (s.f.). Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (s.f.). Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- PÁGINA3, W. (28 de setiembre de 2015). *Penas más duras para adolescentes infractores de la ley*. Obtenido de <http://pagina3.pe/penas-mas-duras-para-adolescentes-infractores-de-la-ley/>
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR". (s.f.). Obtenido de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- RAE. (octubre de 2014). Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI>
- RAE. (16 de abril de 2016). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=LtgQXGI>
- RAE. (2016). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>
- RAE. (16 de abril de 2016). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=YkC5o5N>
- RAE. (16 de abril de 2016). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=QW5mMvv>
- RAE, R. A. (octubre de 2014). Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=023UD0Z>
- RAE, R. A. (octubre de 2014). Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=01yxXv6>
- REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES. (s.f.). *Reglas de Beijing*. Obtenido de <http://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>
- RPP, N. (07 de enero de 2015). *Cada cinco minutos hay una víctima de la delincuencia*. Obtenido de <http://rpp.pe/lima/actualidad/cada-cinco-minutos-hay-una-victima-de-la-delincuencia-noticia-757400>
- RPP, N. (16 de marzo de 2015). *Noticia 360: En 70% aumentó infracciones de menores en últimos 5 años*. Obtenido de <http://rpp.pe/lima/actualidad/noticia->

360-en-70-aumento-infracciones-de-menores-en-ultimos-5-anos-noticia-778234

- SCHREINER, G. (2009). *Riesgo o abandono: más allá de la semántica*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/F8FE73AFEF796E6D052577F80070AFB9/\\$FILE/riesgo_o_abandono_mas_all%C3%A1_de_la_sem%C3%A1ntica.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/F8FE73AFEF796E6D052577F80070AFB9/$FILE/riesgo_o_abandono_mas_all%C3%A1_de_la_sem%C3%A1ntica.pdf)
- SORIANO RODRÍGUEZ, S. H. (2001). *De la igualdad constitucional (I Parte)*. Obtenido de Realidad 80: <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4d8275f833772delaigualdad.pdf>
- UNICEF. (05 de Marzo de 2016). *La Convención sobre los derechos del niño, quince años después*. Obtenido de <http://www.unicef.org/peru/spanish/Convencion-Derechos-Ninos-America-Latina.pdf>
- ZERPA A., Á. (octubre de 2009). *¿Igualdad procesal?* Obtenido de III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela: <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=56&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjXzqvTgqTMAhWMKiYKHYYOfCFw4MhAWCDoWBQ&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoprosesal%2Farticle%2Fdownload%2F2135%2F2068&usg=AFQjCNE3Vy42xr6TB>

ANEXOS.

ANEXO N° 01.
MATRIZ DE CONSISTENCIA.

Cuadro 5: Matriz de consistencia.

Título : Vulneración de los principios de interés superior del niño e igualdad al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes entre 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.			
PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS	TIPO SEGÚN FIN: APLICADA
<p>¿Cuáles principios jurídicos se vulneran al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Determinar si se vulneran o no los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. • Determinar si se vulneran o no principios jurídicos al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Analizar las medidas de protección reguladas en el CNA. - Ley N°.27337 para los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal. • Analizar las medidas de protección reguladas en el CNA. - Ley N°.27337 para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. • Comparar las medidas de protección establecidas para los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal y las medidas de protección reguladas en el CNA. - Ley N°.27337 para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. • Comparar las medidas de protección prescritas en nuestra normatividad para los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal con 	<p>Al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar, se vulneran los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.</p> <p>VARIABLES</p> <p>VARIABLE INDEPENDIENTE Aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE Vulneración de los principios jurídicos de interés superior del niño e igualdad.</p>	<p>TIPO SEGÚN NIVEL DE PROFUNDIDAD DEL CONOCIMIENTO:</p> <p>EXPLORATORIA</p> <p>DISEÑO</p> <p>NO EXPERIMENTAL-TRANSVERSAL</p> <p>UNIDAD DE ANALISIS</p> <p>POBLACION</p> <p>Expedientes de niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal. Expedientes de niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.</p> <p>MUESTRA</p> <p>02 expedientes de niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal. 02 expedientes de niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.</p> <p>TECNICA E INSTRUMENTOS</p> <p>- Entrevista. -Análisis de expedientes.</p> <p>-Ficha de entrevista -Expedientes.</p>

	<p>las medidas reguladas en la legislación comparada.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comparar las medidas de protección prescritas en nuestra normatividad para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar con las medidas reguladas en la legislación comparada. • Determinar si es necesario regular nuevas medidas de protección para los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal. • Determinar si es necesario regular nuevas medidas de protección para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. <p>JUSTIFICACIÓN</p> <p>TEÓRICA</p> <p>Proponemos una investigación que profundice el estudio de los principios del interés superior del niño e igualdad, que forman parte del paradigma de la protección integral del niño, para lo cual analizaremos la doctrina y legislación nacional y extranjera, ello nos permitirá encontrar las similitudes o diferencias en los tratamientos que se han adoptado respecto a los niños y adolescentes entre los 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, y respecto a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar (0 - 18 años).</p> <p>PRÁCTICA</p> <p>Podremos determinar si se vulneran o no principios jurídicos al aplicarse similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños, y adolescentes en situación de desprotección familiar.</p>		
--	--	--	--

ANEXO N° 02.
OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

Cuadro 6: Operacionalización de la variable independiente.

Aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar. Variable independiente.					
DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEM	ENTREVISTA
<p>Medidas de protección para niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal: Son aquellas medidas tutelares que adopta el Estado a fin de proteger y salvaguardar a aquellas personas en especial estado de vulnerabilidad. Estas les son aplicadas a niñas, niños (menores de doce años) y adolescentes comprendidos entre los doce hasta cumplir los 14 años de edad que cometieron una infracción a la ley penal. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2013)</p> <p>Medidas de protección para niños y adolescentes en situación de desprotección familiar: En el Informe Defensorial N° 150 se definió a las medidas de protección como las diversas acciones estatales llevadas a cabo mediante órganos especializados, orientadas a compensar carencias materiales y/o afectivas que afecten a los niños, niñas y/o adolescentes y que han</p>	<p>Medidas de protección para niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal: son aquellas medidas tutelares establecidas por el Estado para corregir a los niños y adolescentes entre 12 a 14 años que han cometido una infracción a la ley penal.</p> <p>Medidas de protección para niños y adolescentes en situación de desprotección familiar: son aquellas medidas tutelares que ha regulado el Estado a fin de proteger a los niños y adolescentes que presentan carencias materiales y afectivas por parte de sus padres o responsables legales.</p>	<p>Institución jurídica</p> <p>Institución jurídica</p>	<p>Medidas de protección para niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal en nuestra legislación.</p> <p>Medidas de protección para niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.</p>	<p>Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:</p> <p>a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;</p> <p>b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;</p> <p>c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y</p> <p>d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.</p> <p>El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá</p>	<p>¿Cree Ud. qué es correcto aplicar similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono?</p>

<p>sido generadas por una situación de grave desestructuración o conflicto familiar o por la inexistencia de una familia nuclear o extensa. (INFORME DEFENSORIAL N° 153, 2011)</p> <p>Niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal: “En el espíritu y el texto de la Convención Internacional, el término “menor” se transforma en niño o adolescente y la vaga categoría social de “delincuente” se transforma en la precisa categoría jurídica de infractor”. (GARCIA MENDEZ, 2015)</p> <p>Según Emilio García Méndez es infractor solo quien ha violado dispositivos jurídicos previamente definidos como crimen, falta o contravención según las leyes del país, se le haya atribuido o imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y con el respeto estricto de las garantías procesales y de fondo, se le haya finalmente declarado responsable”. (GARCIA MENDEZ, 2015)</p> <p>Niños y adolescentes en situación de desprotección familiar: Quintero Velásquez (...) define “abandono de menores” como siendo la <i>“situación que ocurre cuando los padres, por diversas circunstancias, no están en capacidad de cumplir sus funciones, limitando las</i></p>	<p>Niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal: se considera de esta manera a aquellos niños (0-12 años) y adolescentes (12 a 14 años) cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.</p> <p>Niños y adolescentes en situación de desprotección familiar: son aquellos niños y adolescentes que se encuentran en una situación de descuido tanto material como moral por parte de sus padres o responsables legales.</p>	<p>Sujetos de derecho</p> <p>Sujetos de derecho</p>	<p>Niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal.</p> <p>Niños y adolescentes en situación de desprotección familiar.</p>	<p>aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:</p> <p>a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;</p> <p>b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;</p> <p>c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;</p> <p>d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y,</p> <p>e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.</p>	
--	--	---	--	--	--

<i>condiciones necesarias para el desarrollo general de los niños y niñas, por lo que éstos están expuestos a situaciones de grave peligro para su integridad". (SCHREINER, 2009)</i>					
---	--	--	--	--	--

<p>manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual"...(ZERPA A., 2009)</p>				<p>siguientes medidas de protección:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa; b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; <p>y,</p> <ul style="list-style-type: none"> e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado. 	
---	--	--	--	--	--

ANEXO N° 03.

ENTREVISTA.

1. ¿Cree Ud. qué la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono vulnera principios jurídicos?

SI ()

NO ()

Si la respuesta es afirmativa, por favor indique cuáles:

2. ¿Cree Ud. qué la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono; vulnera el principio del interés superior del niño?

SI ()

NO ()

3. ¿Cree Ud. qué la aplicación de similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono vulnera el principio de igualdad?

SI ()

NO ()

4. ¿Cree Ud. qué es correcto aplicar similares medidas de protección tanto a los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal, como a los niños y adolescentes en estado de abandono?

SI ()

NO ()

5. ¿Cree Ud. qué es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes de 12 a 14 años en conflicto con la ley penal?

SI ()

NO ()

6. ¿Cree Ud. qué es necesario regular nuevas medidas de protección a favor de los niños y adolescentes en estado de abandono?

SI ()

NO ()

ANEXO N° 04.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 990-2007.

(Este texto no ha sido publicado en el Diario Oficial "El Peruano", a solicitud del Ministerio de Justicia, ha sido enviado por el Consejo de Ministros, mediante Oficio N° 097-2008-DP/SCM, de fecha 12 de febrero de 2008)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Nuestro país es signatario de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (denominadas "Reglas de Beijing"), de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, así como de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, nuestro país cumple con las garantías procesales básicas contempladas en los tratados internacionales señalados en el párrafo anterior. Así pues, en cuanto a la prevención de la delincuencia juvenil, reconoce la necesidad e importancia de aplicar una política de prevención de la delincuencia con justicia y equidad, con la finalidad primordial de velar por el interés general de los niños y adolescentes implementándose para tal efecto estrategias destinadas a disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil.

Por su parte, los Capítulos I y II del Título Primero (De la Persona y de la Sociedad) de la Constitución Política del Perú, establecen que el Estado protege y garantiza los derechos fundamentales de la persona y los derechos sociales y económicos. Asimismo, el artículo 166° de la Ley Fundamental consagra que la finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno, que es el conjunto de condiciones que permiten desarrollar una vida social ordenada, pacífica y de progreso, mediante la prevención, investigación y el combate a la delincuencia.

Bajo tal ámbito, el Perú cuenta con el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), que se promulgó dentro de los lineamientos de las normas internacionales y nacionales; sin embargo, la realidad exige su adecuación a las nuevas conductas sociales de los niños y adolescentes en nuestro país, que vienen conformando las denominadas "pandillas perniciosas".

Estas se caracterizan por estar conformadas por grupos informales, unidos en función de algunos vínculos sociales, como vivir en un mismo barrio, ser hinchas del mismo equipo de fútbol, pertenecer al mismo colegio, etc., con la finalidad de tener protagonismo, ejercer algún tipo de poder en su medio social y, en ocasiones, procurarse medios de subsistencia inmediatos. Estas pandillas también son integradas por adultos, que aprovechando la fuerza del grupo, alteran el orden, la paz y seguridad pública, cometiendo actos tipificados como delitos o faltas, con la posibilidad de que el grupo se torne incontrolable.

En tal virtud, resulta necesario resaltar las facultades de la Policía Nacional del Perú, a fin de garantizar su oportuna intervención, por lo cual se ha explicitado en el artículo 1° la posibilidad expresa de disuadir cualquier manifestación de grupos de adolescentes que en Pandilla causen alteración al orden público.

Asimismo, en el artículo 2° sólo se ha explicitado que en caso de una intervención con conducción de adolescentes, de acuerdo a los casos permitidos por el Código del Niño y Adolescente, será comunicada de inmediato al Fiscal de Familia, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

Finalmente, en el artículo 3° se han efectuado modificaciones e incorporaciones a la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes, que seguidamente pasaremos a desarrollar:

I. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DE LOS ARTÍCULOS 184°, 193°, 194°, 195°, 196° Y 235° E INCORPORACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 194°-A Y 206°-A DE LA LEY N° 27337, CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. En primer lugar, se efectúa una modificación al artículo IV del Título Preliminar y el artículo 184, tomando en cuenta que el Comité de los Derechos Humanos del Niño de las Naciones Unidas, recomienda establecer una edad mínima de imputabilidad, sin embargo, lo que se ha hecho (adecuando a nuestra realidad nacional y sus necesidades) es establecer catorce (14) años como edad mínima para aplicar las medidas socio-educativas, como el internamiento. Además, se prevé que tratándose de los menores a catorce (14) años sólo se les aplicarán medidas de protección, tomando el progresivo logro de la madurez psicológica suficiente para apreciar la magnitud del daño que pueda ocasionarse y su trascendencia.
2. Ahora bien, de acuerdo a los estudios realizados por el doctor Emilio García Méndez, experto argentino, las estadísticas sobre criminalidad nos determinan que del 100% de delitos sólo el 10% es cometido por menores de edad; y, de 100% de infracciones cometidas por menores de edad el 10% son infracciones graves. En síntesis, de este 100% de infracciones consideradas graves el 90% son cometidas por adolescentes entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años.

Sin embargo, de lo expuesto, es necesario tener presente que en nuestro país existe una escalada de violencia a nivel de toda la sociedad, de la cual son partícipes una gran cantidad de jóvenes, niños y adolescentes. Dicha violencia representa, generalmente, un fenómeno urbano donde los sectores marginales constituyen la mayoría; sin que los sectores rurales (en menor proporción) sean ajenos a este problema.

En atención a lo señalado se ha considerado aún necesario mantener la redacción del artículo 193° señalando que se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años de edad que se reúnen - agregándose que esa actuación debe ser "en forma conjunta" - para lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas. Asimismo, se ha

incorporado como bien jurídico el patrimonio y la libertad sexual, conservando el daño a los bienes públicos o privados.

3. Por otro lado, también es imprescindible diferenciar la penalidad, como se ha hecho en el artículo 194°, cuando el adolescente (integrando una pandilla perniciosa) lesione la integridad física de las personas, atenta contra el patrimonio, cometa violación contra la libertad sexual o dañe los bienes públicos o privados, utilizando para tal efecto arma de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, cuya edad se encuentre comprendida entre doce (12) y catorce (14) años de edad se le aplicará las medidas de protección previstas en el Código de los Niños y Adolescentes.

Además, se consagra que tratándose de adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre más de catorce (14) y dieciséis (16) años se le aplicará la medida socio-educativa de internación no mayor de cuatro (4) años; y, en el caso de adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre más de dieciséis (16) años y dieciocho (18) años, se le aplicará la medida socio-educativa de internación no mayor de seis (6) años.

4. De igual manera, se incorpora el artículo 194°-A en el que se prevé que el adolescente mayor de catorce (14) años que, integrando una pandilla perniciosa, atenta contra el patrimonio de terceros u ocasiona daños a bienes públicos y privados, sin utilizar arma de fuego o arma blanca ni incurrir en ninguna circunstancia agravante, se le aplicará las medidas socio-educativas de prestación de servicios a la comunidad por un período máximo de seis (6) meses.
5. En el artículo 195° sí se coloca una circunstancia agravante indicándose que, si como consecuencia de las acciones a que se refiere el artículo 194°, se causara la muerte o se infringieran lesiones graves a terceros o si la víctima de violación contra la libertad sexual fuese menor de edad o incapacitado física o mentalmente y si la edad del adolescente infractor está comprendida entre doce (12) y catorce (14) años de edad se le aplicarán las medidas de protección previstas en el Código de la materia.

Y se agrega que, tratándose de adolescentes cuya edad se encuentre comprendida entre más de catorce (14) y dieciséis (16) años se le aplicará las medidas socio-educativas de internación no menor de tres ni mayor de cinco años; y, en el caso de adolescentes cuya edad esté comprendida entre más de dieciséis (16) años y dieciocho (18) años, se le aplicará las medidas socio-educativas de internación no menor de cuatro ni mayor de seis años.

6. El artículo 196° es objeto de modificación regulándose las medidas para los cabecillas estableciéndose que si el adolescente mayor de catorce (14) años pertenece a una pandilla perniciosa en condición de cabecilla,

líder o jefe, se le aplicará la medida socio-educativa de internación no menor de tres años ni mayor de cinco años.

7. En el artículo 206°-A se ha recogido la circunstancia prevista para la aplicación del principio de oportunidad; sin embargo, como los menores no tienen capacidad civil, no sería posible que ellos concilien o acuerden, por tal circunstancia sólo se ha previsto el perdón o indulgencia de la víctima, indicándose lo siguiente:

“El Fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la ley penal no reviste gravedad y el adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, como consecuencia de haberse resarcido el daño .”

8. Igualmente, a fin de adecuar el agravamiento de las medida de internación se ha modificado el artículo 235° disponiéndose que la internación es una medida privativa de libertad que no excederá de seis (6) años.
9. Por último, con el propósito de establecer una estrategia conjunta a fin de abordar la problemática del menor en su conjunto y procurar no sólo la represión por la infracción, sino sobre todo la prevención y la reeducación del menor, se prevé que los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales podrán atender el gasto de la implementación y ejecución de programas o planes operativos diseñados por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en coordinación con el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, la Policía Nacional y el Poder Judicial y con cargo a sus recursos disponibles y que no tengan una orientación previa determinada por norma expresa.

Tal disposición tiene por objeto lograr la cabal aplicación de la medida socio-educativa de prestación de servicios, la socio educativa de internación e incluso las medidas de protección.

II. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

La presente modificación no implica gasto al Erario Nacional, más bien esta normativa propuesta agrava las penas para el caso de pandillaje pernicioso disuadiendo a los menores de edad a participar en hechos delictuosos, a fin de fortalecer la seguridad ciudadana.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa propone modificaciones al Código de los Niños y Adolescentes tanto en el aspecto preventivo como en el de las infracciones, agravando las sanciones con la finalidad que la ciudadanía constate el principio de autoridad. Así, se modifican el artículo IV del Título

Preliminar, los artículos 184°, 193°, 194°, 195°, 196° y 235° así como se incorporan los artículos 194°-A y 206°-A a dicho cuerpo normativo.

Fuente: Sistema Peruano de la Información Jurídica -SPIJ.

ANEXO N° 05.

COMPARACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN REGULADAS EN EL CNA. TANTO PARA LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 12 A 14 AÑOS INFRACTORES DE LA LEY PENAL, COMO PARA LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO.

Cuadro 8: Comparación de las medidas de protección reguladas en el CNA. tanto para los niños y adolescentes de 12 a 14 años infractores de la ley penal, como para los niños y adolescentes en estado de abandono.

NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 12 A 14 AÑOS INFRACTORES DE LA LEY PENAL.	NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTADO DE ABANDONO.
<p>Artículo 242:</p> <p>Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:</p> <ul style="list-style-type: none">a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; yd) Atención Integral en un establecimiento de protección especial	<p>Artículo 243:</p> <p>El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social podrá aplicar al niño y al adolescente que lo requiera cualquiera de las siguientes medidas de protección:</p> <ul style="list-style-type: none">a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa;b) La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;d) Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado; y,e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del estado de abandono expedida por el Juez especializado.

Fuente: Elaboración propia.

ANEXO N° 06.

DIFERENCIAS ENTRE LA DOCTRINA DE SITUACIÓN IRREGULAR Y LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.

Cuadro 9: Diferencias entre la doctrina de situación irregular y la doctrina de protección integral.

	Modelo tutelar o de la situación irregular (pre-CDN)	Modelo de la protección integral de derechos (post-CDN)
Marco teórico	escuela etiológica	escuela de la reacción social
Características del destinatario de las normas e instituciones	<ul style="list-style-type: none"> - "menores" - incompletos - incapaces - objetos de protección - infancia fragmentada - no importa la opinión del niño 	<ul style="list-style-type: none"> - niños y jóvenes/ adolesc. - personas en desarrollo - capaces relativos - sujetos de derecho - universalidad de la infancia - es central la opinión del niño
Supuestos que habilitan la intervención estatal	<ul style="list-style-type: none"> - "situación de riesgo o peligro moral o material" o "situación irregular" o "circunstancias especialmente difíciles" - "menor en situación irregular" 	<ul style="list-style-type: none"> - derechos amenazados o violados - adultos, instituciones y servicios en "situación irregular"
Características de la respuesta estatal	<ul style="list-style-type: none"> - centralización - lo asistencial confundido con lo penal Judicialización 	<ul style="list-style-type: none"> - descentralización - lo asistencias separado de lo penal - desjudicialización
Características y rol del juez	<ul style="list-style-type: none"> - juez ejecutando política social/asistencial - juez como "buen padre de familia" - juez con facultades omnímodas 	<ul style="list-style-type: none"> - juez en actividad jurisdiccional - juez técnico - juez limitado por garantías
Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de protección	<ul style="list-style-type: none"> - protección que viola o restringe derechos - separación del niño de la familia e internación como principal intervención - medidas coactivas por tiempo indeterminado 	<ul style="list-style-type: none"> - protección que reconoce y promueve todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos - no hay intervenciones estatales coactivas para garantizar derechos - medidas de protección de derechos por tiempo necesario hasta restablecer el derecho vulnerado
Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad	<ul style="list-style-type: none"> - "menor abandonado/ delincuente" - derecho penal de autor - imputados de delitos como inimputables - especialización sin justicia - "procedimiento" sin debido proceso - sistema inquisitivo - se desconocen todas las garantías - prevención especial - privación de libertad como regla - medidas por tiempo indeterminado 	<ul style="list-style-type: none"> - desaparece el determinismo - derecho penal de acto - responsabilidad penal juvenil (consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema penal de adultos) - justicia especializada - procedimientos especiales - sistema acusatorio (oral y contradictorio) - se reconocen todas las garantías, más garantías específicas - privación de libertad como excepción, por tiempo determinado y el más breve posible, y sólo para infracciones graves - otras sanciones / medidas por tiempo determinado

Fuente: (BELOFF, 2004)

ANEXO N° 07.

COMPARACIÓN DE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS PARA LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, CON LAS MEDIDAS REGULADAS PARA LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Cuadro 10: Comparación de las medidas establecidas para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, con las medidas reguladas para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar en la legislación comparada.

País y legislación	Medidas para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal	Medidas para los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar
<p style="text-align: center;">Bolivia</p> <p style="text-align: center;">Código del Niño, Niña y Adolescente- Ley N° 548 de 2014.</p>	<p>Artículo 169.</p> <p>La Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, mediante procedimiento común establecido en el presente Código, podrá imponer las siguientes medidas de protección:</p> <p>a) A la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Advertencia y amonestación; 2. Inclusión obligatoria en programas gubernamentales o no gubernamentales de promoción de la familia; 3. Inclusión en programas gubernamentales o no gubernamentales de tratamiento a alcohólicos o toxicómanos; 4. Obligación de recibir tratamiento psicológico o psiquiátrico; 5. Obligación de asistir a cursos o programas de orientación; 6. Obligación de inscribir y controlar la asistencia y aprovechamiento escolar de la hija, hijo, pupila o pupilo; 7. Obligación de proporcionar a la niña, niño y adolescente el tratamiento especializado correspondiente; y 8. Separación de la madre o padre que maltrate a la niña, niño o adolescente, de su entorno. <p>b) A terceros:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Advertencia y amonestación; 2. Orden de cese inmediato de la situación que amenace o vulnere el derecho; 3. Orden de restitución de la niña, niño y adolescente al hogar del que hubiera sido alejada o alejado con violencia; 4. Prohibición o restricción temporal de la presencia de quien amenace o viole derechos de niñas, niños y adolescentes del hogar, lugares frecuentados, comunidad educativa o lugar de trabajo, para el caso de adolescentes; y 5. Prohibición o restricción del tránsito del denunciado por los lugares que transita la niña, niño o adolescente. <p>c) A niñas, niños y adolescentes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Inclusión en uno o varios programas a los que se refiere este Código; 2. Orden de tratamiento médico psicológico o psiquiátrico, así como los destinados a la prevención o curación de la dependencia de alcohol u otras sustancias psicotrópicas o estupefacientes; 3. Orden de permanencia en la escuela; 	<p>Secciones II, III, IV, V, VI del Capítulo II, las cuales son:</p> <p>familia sustituta, acogimiento circunstancial, la guarda, la tutela y la adopción.</p> <p>(CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE)</p>

	<p>4. Separación de la o el adolescente de la actividad laboral;</p> <p>5. Integración a una familia sustituta; y</p> <p>6. Inclusión a una entidad de acogimiento.</p> <p>II. Se podrán aplicar otras medidas de protección, si la naturaleza de la situación amerita la preservación o restitución del o los derechos afectados, dentro de los límites de la competencia de la autoridad que la imponga.</p> <p>III. El incumplimiento de las medidas de protección por parte de la madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor, o terceros, constituye infracción y será sancionado de acuerdo a lo establecido en este Código”.</p> <p>(CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE)</p>	
<p>Ecuador</p> <p>Código Orgánico Integral Penal y Código de la Niñez Y Adolescencia- Ley 100 de 2002.</p>	<p>Artículo 378.</p> <p>“Las medidas socioeducativas no privativas de libertad que se pueden imponer son:</p> <p>1. Amonestación: es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador, al adolescente; y, a sus padres o representantes legales o responsables de su cuidado para que se comprenda la ilicitud de las acciones.</p> <p>2. Imposición de reglas de conducta: es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social.</p> <p>3. Orientación y apoyo psico socio familiar: es la obligación del adolescente y sus padres, representantes legales o responsables de su cuidado, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social.</p> <p>4. Servicio a la comunidad: son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan.</p> <p>5. Libertad asistida: es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, obligándose el adolescente a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes”.</p> <p>(CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL)</p>	<p>Artículo 217.</p> <p>“Las medidas de protección son administrativas y judiciales. Además de las contempladas en el Título IV del Libro Primero y en otros cuerpos legales, son medidas administrativas de protección:</p> <p>1. Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;</p> <p>2. La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;</p> <p>3. La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;</p> <p>4. La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;</p> <p>5. El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,</p> <p>6. La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.</p> <p>Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción”.</p> <p>(CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA)</p>
<p>Uruguay</p>	<p>Artículo 72.</p>	<p>Artículo 132-1. (Medidas provisionales).- El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) tomará las medidas de asistencia</p>

<p>Código de la Niñez y la Adolescencia- Ley N° 178.23</p>	<p>“Las infracciones a la ley penal se clasifican en graves y gravísimas. Son infracciones gravísimas a la ley penal:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Homicidio intencional con agravantes especiales (artículos 311 y 312 del Código Penal). 2) Lesiones gravísimas (artículo 318 del Código Penal). 3) Violación (artículo 272 del Código Penal). 4) Rapiña (artículo 344 del Código Penal). 5) Privación de libertad agravada (artículo 282 del Código Penal). 6) Secuestro (artículo 346 del Código Penal). 7) Extorsión (artículo 345 del Código Penal). 8) Tráfico de estupefacientes (artículos 31 y 32 del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998). 9) Cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría. 10) La tentativa de las infracciones señaladas en los numerales 1), 3), 4) y 6) y la complicidad en las mismas infracciones. En los casos de violación no se tomará en cuenta la presunción del ejercicio de violencia (artículo 272 del Código Penal). Las restantes son infracciones graves a la ley penal”. <p>Artículo modificado por la Ley N° 19.055 del 23/01/2013. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)</p>	<p>material que el estado del niño, niña o adolescente requiera y comunicará la situación al Juez dentro de las veinticuatro horas siguientes de haber tomado conocimiento de la situación, quien dentro de las veinticuatro horas siguientes de recibir dicha comunicación dispondrá las medidas cautelares que correspondan (artículos 311 a 316 del Código General del Proceso). Las mismas consistirán en integrar al niño, niña o adolescente siguiendo un orden preferencial que no podrá dejar de observarse salvo motivos fundados en el interés superior del niño. En todos los casos deberá siempre ser oído el niño, niña o adolescente en el marco de la autonomía progresiva de la voluntad. Dicho orden preferencial será el siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> A) Un integrante de su familia biológica o extensa con quienes el niño, niña o adolescente haya efectivamente desarrollado vínculos significativos. La guarda material del niño, niña o adolescente en el marco de las medidas provisionales no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2. B) Inserción provisional en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes por el INAU, de acuerdo con lo previsto por el literal D) del inciso segundo del artículo 158 de este Código. Se prevendrá a la familia seleccionada de la posibilidad de que en definitiva el niño, niña o adolescente no resulte pasible de ser adoptado, en cuyo caso dicha familia mantendrá su ordinal en el Registro Único de Aspirantes. La guarda material del niño, niña o adolescente no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2. C) Inserción provisional en una familia de acogida de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de este Código. La guarda material del niño, niña o adolescente por la familia de acogida no podrá superar el plazo establecido en el artículo 132.2. D) El último recurso y por el menor tiempo posible será la internación provisional. Procederá únicamente cuando el interés superior del niño, niña o adolescente lo requiera, por tratarse de circunstancias de hecho excepcionales. Simultáneamente con las medidas provisionales, el Juez requerirá la urgente realización de un informe psicológico y social acerca de las posibilidades y conveniencia de mantener al niño, niña o adolescente en su familia de origen. De considerarse posible y beneficioso el mantenimiento o la reinserción en el medio familiar de origen, ordenará las medidas de apoyo que se requieran para preservar el vínculo. En caso de comprobarse que la familia de origen está en condiciones de recibirlo, la reinserción se ordenará de inmediato. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA)
---	---	---

Fuente: Elaboración propia.

ANEXO N° 08.

NOTICIAS SOBRE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DE 12 A 14 AÑOS (PERIODO 2016-2015).

Ilustración 1: Trujillo: caen niños de 11, 13 y 14 años por robar 'cogoteando'



Fuente: El Comercio.

Ilustración 2: Tres escolares fueron intervenidas tras robar vestidos en centro comercial.



Fuente: Rpp Noticias.

Ilustración 3: Menores involucrados en robo y extorsión.



Fuente: El Mercurio.

Ilustración 4: Arequipa: adolescentes roban vestidos para ir a fiesta de 15 años.



Fuente: América Noticias.

Ilustración 5: Trujillo: Extorsionadores utilizaban a menor para recoger pagos de víctima.

CORREO Política Miscelánea Deportes Economía Ciudad Mundo Espectáculos Gastronomía Opinión Ejecutivos
AREQUIPA AYACUCHO CHIMBOTE CUSCO HUANCAMELICA HUANCAYO HUÁNUCO ICA LAMBAYEQUE LIMA LA LIBERTAD MOQUEGUA PASCO PIURA
PUNO TACNA TUMBES

La Libertad

Llámanos al teléfono (073) 213080 - anexo 132
Conoce más de la campaña, haz click **AQUÍ**

Trujillo: Extorsionadores utilizaban a menor para recoger pagos de víctima

Una profesora sufría de amenazas por parte de delincuentes. Al decidir pagar el cupo que le exigían, envían a un adolescente para recoger el dinero.

Extorsionadores cobraban usando amenazas de vida para el pago de dinero

22 de Agosto del 2015 - 17:26 • Textos: Fiorella Blas • Fotos: Correo

ADMISIÓN 2017

ESCUELA SUPERIOR DE INGENIERÍA

Desde inicial **de 3 años**,
4, 5 años y 1ro. de primaria

INFORMES
Secretaría del Colegio:
Av. Cristo Rey N° 450
C.P. Augusto B. Leguía
admission@esri.edu.pe

(052) - 314534 (052) - 314512

Fuente: Correo – La Libertad.

Ilustración 6: Piura: Graban a menores extorsionadores recogiendo dinero de cupo.

Perú.com NACIONALES

PERU.COM > ACTUALIDAD > NACIONALES

Martes 11 de agosto del 2015 - 8:49

Piura: Graban a menores extorsionadores recogiendo dinero de cupo

Compartir 139 | Twittear | G+ | 1 | Me gusta 139 | Pin it | Share | 1

Menores cobraban cupo. (Foto: Captura América Noticias)

Fuente: Perú.com

ANEXO N° 09.

NOTICIAS SOBRE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN FAMILIAR (2016-2015).

Ilustración 7: San Juan de Lurigancho: hallan a bebé abandonado en plena calle.



Fuente: El Comercio.

Ilustración 8: Niños abandonados en Hospital del Niño reciben amor de médicos.



Fuente: Ojo.

ANEXO N° 10.
REPORTES DE EXPEDIENTES.

Ilustración 9: Expediente N° 692-2013

PODER JUDICIAL DEL PERU CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LA LIBERTAD Sede Covicorti Sector Natasha Alta		ARCHIVO MODULAR Exp: 3. J. F Doc: Rocio N. Anales: 6 Casero: 43	20/03/2013 15:11:41
EXP. 00692-2013-0-1601-JR-FT-03			
 22013006921601133000303			
PREVENCIÓN			
DISTRITO JUDICIAL:	LA LIBERTAD	PROVINCIA :	TRUJILLO
INSTANCIA :	3ro JUZGADO FAMILIA	JUEZ :	MARCO ANTONIO CELIS VASQUEZ
ESPECIALIDAD :	FAMILIA TUTELAR	ESPECIALISTA :	ROCIO NIQUE PEÑARAN
F INGRESO CDG :	20/02/2013 10:55:04	PROCEDENCIA :	FISCALIA
MOTIVO INGRESO :	DEMANDA		
PROCESO :	UNICO		
MATERIA :	POR DEFINIR		
SUMILLA :	SOLICITA DICTE MEDIDA DE PROTECCION POR INFRACCION A LA LEY PENAL		
NRO ANTIGUO :			
SUJETOS PROCESALES			
MENOR	F C RR		
	Domic Legal : <No Definido>		
DEMANDANTE	TERCERA FISCALIA DE FAMILIA		
	Domic Legal : <No Definido>		
AGRAVIADO	G R Y		
	Domic Legal : <No Definido>		
 EXP. 00692-2013-0-1601-JR-FC-03			
Fecha Ingreso al Archivo :	/ /	Vencimiento :	/ /
Archivo Definitivo :	<input type="checkbox"/>	Archivo Transitorio :	<input type="checkbox"/>
		1ra Ampliación :	/ /
		2da Ampliación :	/ /
ELENA ASUNCION CUEVA ARMAS			

Fuente: Poder Judicial del Perú.

Ilustración 10: Expediente N° 1932-2016.

PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LA LIBERTAD
Sede Covicorti Sector Natasha Alta

21/03/2016 15:43:11

EXP. 01932-2016-0-1601-JR-FT-03



22016019321601136000303

PREVENCION

DISTRITO JUDICIAL: LA LIBERTAD **PROVINCIA:** TRUJILLO
INSTANCIA: 3ro JUZGADO FAMILIA **JUEZ:** YVONNE LUCAR VARGAS
ESPECIALISTA: PILAR RODRIGUEZ MORI
ESPECIALIDAD: FAMILIA TUTELAR **SUB ESPECIALIDAD:** FAMILIA TUTELAR
F INGRESO CDG: 15/03/2016 14:12:48 **PROCEDENCIA:** FISCALIA
MOTIVO INGRESO: DEMANDA
PROCESO: INVESTIGACION TUTELAR
MATERIA: ABANDONO MATERIAL, PELIGRO MORAL Y MALTRATOS
SUMILLA: SOLICITO PROMUEVA PROCESO TUTELAR Y SE DICTE MEDIDA DE PROTECCION

NRO. ANTIGUO: *Medida Protec- ya*

SUJETOS PROCESALES
DEMANDANTE: TERCERA FISCALIA PROVINCIAL DE FAMILIA DE TRUJILLO
Domic Legal : PASAJE SAN LUIS 149



EXP. 01932-2016-0-1601-JR-FT-03

Fecha Ingreso al Archivo : / / Vencimiento : / / 1ra Ampliación : / /
Archivo Definitivo : Archivo Transitorio : 2da Ampliación : / /

ODILIA SUAREZ VALLADARES

Fuente: Poder Judicial del Perú.

Ilustración 11: Expediente N° 111-2008.

PARTES PROCESALES				
Parte	Tipo de Persona	Apellido Paterno/Razón Social	Apellido Materno	Nombres
INSTITUCIONES DE PROTECCION AL MENOR	JURIDICA	CASA HOGAR MONSEÑOR OSCAR ROMERO		
INSTITUCIONES DE PROTECCION AL MENOR	JURIDICA	SEDE OPERATIVA DE ADOPCIONES DE LA LIBERTAD MIMDES		
MENOR	NATURAL	VASQUEZ	REGIS	DANUSKA JERALDINE
MINISTERIO PUBLICO	JURIDICA	PRIMERA FISCALIA DE FAMILIA DE TRUJILLO		
TERCERO	NATURAL	CARRASCO	ARANA	MARIA MAGDALENA
TERCERO	NATURAL	JAIME	NAVARRO	MARICELA
TERCERO	NATURAL	REGIS	CARRASCO	JESSICA ELHIZABET
TERCERO	NATURAL	VASQUEZ	JAIME	VICTOR MARTIN

Fuente: Poder Judicial del Perú.

Ilustración 12: Expediente N° 2826-2013.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CEJ-Superior



Fecha: 07/06/2016 Hora: 17:54  

REPORTE DE EXPEDIENTE

Expediente N°	02826-2013-0-1601-JR-FT-01			
Instancia	1er JUZGADO DE FAMILIA	Distrito Judicial	LA LIBERTAD	
Juez	SILVIA ZAPATA OBANDO	Especialista Legal	ROSA VALLE FLORES	
Fecha de Inicio	24/07/2013	Proceso	INVESTIGACION TUTELAR	
Observación	---	Especialidad	FAMILIA TUTELAR	
Materia(s)	ABANDONO MATERIAL, PELIGRO MORAL Y MALTRATOS	Estado	ARCHIVO DEFINITIVO	
Etapa Procesal	GENERAL	Fecha Conclusión	-----	
Ubicación	ARCHIVO MODULAR	Motivo Conclusión	-----	
Sumilla	// B - 35 // ABANDONO INVESTIGACION TUTELAR			

PARTES PROCESALES

Parte	Tipo de Persona	Apellido Paterno/Razón Social	Apellido Materno	Nombres
A FAVOR DE	NATURAL	CRIOLLO	MOLINA	LUIS ANGEL
MINISTERIO PUBLICO	JURIDICA	PRIMERA FISCALIA PROVINCIAL DE FAMILIA		

SEGUIMIENTO DEL EXPEDIENTE

Fecha de Resolución:	08/01/2015	Acto:	DECRETO
Resolución:	DIECISÉIS	Fojas:	1
Tipo de Notificación:		Proveído:	08/01/2015
Sumilla:	DADO CUENTA CON EL OFICIO QUE ANTECEDE Y ANEXO QUE SE ADJUNTA REMITIDO POR EL HOGAR MUNDO DE NIÑOS: AGREGUESE A LOS AUTOS.-		
Descripción de Usuario:	DESCARGADO POR: ROSA VALLE FLORES		

 [Ver Resolución](#)

Fuente: Poder Judicial del Perú.