

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Unidad Orgánica de Acceso a la Justicia de Personas
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia Itinerante del Poder Judicial del Perú

Vol. 7, n.º 10, enero-junio, 2025, 331-385

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v7i10.1213>

El proceso de contravención en el Código de los niños y adolescentes

The Contravention Process in the Code of Children and Adolescents

O Processo de Contravenção no Estatuto da Criança e do Adolescente

NERY IVONNE FERNÁNDEZ RAMÍREZ

Ministerio Público

(Santa, Perú)

Contacto: nifernandezdj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0006-6303-9908>

RESUMEN

La comprensión de la figura jurídica «proceso de contravención» resulta relevante para el trabajo diario de los operadores de justicia que laboran en temas de familia. Con tal propósito se revisó un total de 24 sentencias emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República. Bajo tal escenario, se encontró que existen confusiones acerca de la naturaleza jurídica de la figura aludida; así también, se evidenció circunstancias desfavorables en contra de las niñas, niños y adolescentes, a razón de que algunos magistrados basaron sus decisiones con influencia negativa de los estereotipos. Por ello, se los visualizó con el objetivo de su pronta erradicación. Finalmente, se

resaltó la existencia de fallos judiciales dignos de imitar, los mismos que priorizaron el interés superior de los vulnerables.

Palabras clave: proceso de contravención; niñas, niños y adolescentes; fiscal de familia; juez de familia; funcionarios y servidores públicos; autoridades; estereotipos.

ABSTRACT

Understanding the legal concept of the «Contravention Process» is essential for the daily work of justice operators involved in family matters. To this end, a total of 24 rulings issued by the Civil Chamber of the Supreme Court of the Republic were reviewed. Within this context, it was found that there is confusion regarding the legal nature of this figure. Furthermore, unfavorable circumstances affecting children and adolescents were identified, as some judges made decisions influenced negatively by stereotypes. These were highlighted with the aim of promoting their prompt eradication. Finally, the existence of exemplary judicial rulings was emphasized, those that prioritized the best interests of vulnerable individuals.

Keywords: contravention process; children and adolescents; family prosecutor; family judge; public officials and servants; authorities; stereotypes.

RESUMO

A compreensão da figura jurídica «Processo de Contravenção» é relevante para o trabalho diário dos operadores da justiça que atuam em questões familiares. Com esse objetivo, foram analisadas 24 sentenças proferidas pela Câmara Cível da Suprema Corte da República; nesse contexto, constatou-se que existem confusões sobre a natureza jurídica da figura em questão; além disso, foram evidenciadas circunstâncias desfavoráveis contra crianças e adolescentes, uma vez que alguns magistrados basearam suas decisões com influência negativa

de estereótipos; por isso, foram visualizadas com o objetivo de sua pronta erradicação; finalmente, destacou-se a existência de decisões judiciais dignas de imitação, que priorizaram o interesse superior dos vulneráveis.

Palavras-chave: processo de contravenção; crianças e adolescentes; promotor de Justiça da Vara de Família; juiz de família; funcionários e servidores públicos; autoridades; estereótipos

Recibido: 18/04/2025

Revisado: 12/05/2025

Aceptado: 25/06/2025

Publicado en línea: 30/06/2025

1. INTRODUCCIÓN

El instituto procesal de la «contravención» es una figura jurídica de escaso desarrollo en la doctrina del Derecho de Familia; no obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República ha tratado de dar algunas respuestas a las muchas interrogantes que encierra esa forma de hacer justicia a favor de los infantes. En consecuencia, desde mi punto de vista, puedo informar que unos pocos fallos devienen en grandilocuentes luces y otros concluyeron en lamentables sombras, a razón de encontrar estereotipos en agravio de las niñas, niños y adolescentes, no solo por parte de los denunciados, pues incluso se verificó que los operadores del sistema de protección incurrieron en tales falencias. Por ello, mi mayor interés en desarrollar el tema propuesto tiene el objetivo de visibilizar tales circunstancias y contribuir a la erradicación de las referidas ideas.

Asimismo, a través del trabajo que he venido desarrollando, procuraré establecer bases sólidas sobre la forma y el método adecuados para investigar denuncias por concepto de contravención. Posteriormente, analizaré y expondré algunos fallos emitidos por la Corte Suprema, destacando aquellos que considero derroteros dignos de ser seguidos. Por otro lado, reflexionaré sobre ciertos fallos,

especialmente aquellos que me llevaron a cuestionar las decisiones de los magistrados: *¿Por qué el magistrado supremo decidió de tal forma, si las pruebas de la denuncia para confirmar la versión del niño resultaban evidentes?* Estas contradicciones son las que llamaron en forma poderosa mi atención y motivaron la detracción que evidenciaré en el transcurso de mi exposición. Uno de los principales objetivos de este análisis es contribuir a que los operadores jurídicos de la materia, tanto nuevos como experimentados, eviten cometer errores que puedan perjudicar a los más vulnerables: niñas, niños, y adolescentes.

En tal sentido, además de lo expuesto, este trabajo procurará constituirse en referente de estudio o legado jurídico para las actuales y nuevas generaciones en el ámbito de protección, ante la vulneración de los derechos fundamentales de los sujetos de protección: niñas, niños y adolescentes. No obstante, igualmente, se tiene como meta llegar a aquella persona natural o jurídica que sin notarlo o quererlo podría atentar contra el ejercicio de los derechos de los infantes, ya que son precisamente aquellos incluidos entre los servidores y funcionarios públicos, los primeros ofensores y sobre los cuales se dirige todo el aparato estatal. Bajo tal escenario, he meritado que resultaría válido que el presente discurso sirva de disuasivo al transgresor aludido en líneas precedentes.

Para finalizar, abordaré, en la narrativa, la historia de casos puntuales y reales tramitados a pedido de parte y otras de oficio, desde mi experiencia laboral de los últimos años en el despacho de la Tercera Fiscalía Provincial de Familia del Distrito Fiscal Del Santa, los que implicaron otras alternativas de solución, diferentes de la judicialización. Tomando en consideración lo atiborrado del sistema de justicia, se logró la resolución del conflicto en un plazo breve, con el propósito principal de alcanzar la paz social en justicia.

2. ADENTRÁNDONOS A CONOCER EL TEMA

2.1. ¿A que rama jurídica pertenece el proceso de contravención?

No resultó fácil encontrar la naturaleza jurídica del proceso de contravención. El Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley n.º 27337, de fecha 23 de agosto de 2000, desarrolla la figura referida en tal en solo cinco articulados, de los cuales no se denota en forma sencilla si estamos ante una acción penal, civil o tutelar. Incluso se puede advertir que tiene ciertas similitudes con los procesos constitucionales,¹ en especial con el proceso de amparo. No obstante, ingresar en esa tesis complicaría aún más la escena de la comprensión del tema propuesto para los operadores jurídicos y litigantes del sistema del área de familia.

Ahora bien, la normativa especial sobre el proceso de contravención ha conceptualizado el siguiente enunciado:

Artículo 69.-

Contravenciones son todas aquellas acciones u omisiones que atentan contra el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes señalados en la ley.

A continuación, el siguiente artículo, con el fin de especificar a quiénes se dirigiría, así como los correctivos que se aplicarían a los transgresores, informará sobre la acción litigiosa del proceso de contravención:

Artículo 70.-

Los funcionarios responsables serán pasibles de multas y quedarán obligados al pago de daños y perjuicios por incumplimiento de

1 Ley 31583. Artículo 1) Código Procesal Constitucional. *Diario Oficial El Peruano* (5 de octubre de 2022) «Los procesos [...] tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, ya sean de naturaleza individual o colectiva, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional».

estas disposiciones, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

De otro lado, para establecer la competencia de los operadores del sistema de justicia en cuanto a la titularidad de la investigación contravencional, así como la legitimidad judicial de emitir castigos, ha mencionado:

Artículo 71.-

El Ministerio Público, a través del Fiscal Especializado y del Fiscal de Prevención del Delito, vigilará el cumplimiento de esta Ley.

Artículo 72.-

Los Jueces especializados están facultados para aplicar las sanciones judiciales correspondientes, con intervención del representante del Ministerio Público.

De las revelaciones descritas en párrafos precedentes, se puede indicar que el proceso de contravención cuenta con triple naturaleza jurídica: penal, civil, tutelar. El titular legitimado de esta acción debe plantearla y defenderla ante el órgano de justicia, conforme con las reglas y principios establecidos tanto en normas nacionales como internacionales, por cuanto la ley especial de la materia nos remite a tal conclusión (artículo VII del Título Preliminar). A continuación, mayores explicaciones.

2.1.1. Sobre la naturaleza penal

Toda persona con el ánimo de proteger los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes podrá sin restricción alguna denunciar esos sucesos de afectación o aflicción. Bajo tal escenario, resulta pertinente informar que el término «denuncia» implica la intervención del aparato estatal punitivo.

La propia ley especial ha establecido «Quiénes serían los entes encargados de recibirla y tramitarla»; por tal motivo, el ciudadano, en forma indistinta y a su libre elección, se podrá acercar ante las siguientes autoridades:

- Policía Nacional del Perú
- Defensoría del Niño y Adolescente
- Fiscalías de Familia del Ministerio Público

Por lo tanto, se puede afirmar que el proceso de contravención presenta características de índole penal. En este sentido, para respaldar esta postura, se detallará la competencia de cada entidad responsable de recibir y gestionar las denuncias presentadas por cualquier persona que busque proteger los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes afectados. A continuación, se transcribe el artículo 7.2) de la Ley Orgánica de la Policía Nacional de Perú:

- Son funciones de la Policía:

Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y *leyes especiales, perseguibles de oficio*.

Se tiene, además, para reforzar el tema, lo descrito en el artículo 155 a) del Código de los Niños y Adolescentes:

- Son funciones de la Policía Especializada:

Velar por el cumplimiento de las normas de protección de niños y de adolescentes que imparten las instituciones del Estado.

Así también, se verifica del artículo 45.1.h) del Código de los Niños y Adolescentes, en el que se refiere:

- Son funciones de las Defensorías del Niño y Adolescentes (DEMUNAS):
Comunicar o *denunciar* las presuntas faltas, delitos o *contravenciones en contra de niñas, niños y adolescentes, a las autoridades competentes*.

De acuerdo con la normativa expuesta, se confirma que el proceso de contravención inicia con la presentación de una denuncia y que la misma puede ejecutarla cualquier persona, sin la exigencia de requisito alguno, ya sea pagos por derecho de tramitación o exigencias de documentación que corroboren la versión, como informes o diagnósticos médicos, y similares.

Como se puede apreciar, del desarrollo de la información normativa, se tiene la competencia puntual de ciertas entidades encargadas de recibir denuncias por contravención a los derechos fundamentales de los infantes. No obstante, se debe resaltar que el Ministerio Público, a través de los fiscales de familia, resulta además competente para realizar la misma función con el agregado de tramitarla.

Normas que validan la versión:

Constitución Política del Estado

Artículo 159, inciso 5)

Corresponde al Ministerio Público: *Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.*

Ley Orgánica del Ministerio Público:

Artículo 11.-

El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, el que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular.

Artículo 12.-

La *denuncia* a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el fiscal provincial.

Vistas las normas anotadas, se puede aseverar que el fiscal de familia cuenta con la titularidad legal en este tipo de procesos, además

tiene la carga de la prueba o la responsabilidad de esclarecer los sucesos denunciados con el objeto de formular demandas o disposiciones de archivo.

Esta teoría compulsada deviene de lo que se establece en el articulado 144 b) del Código de los Niños y Adolescentes, que dice:

Compete al Fiscal de Familia:

Intervenir, de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente.

Por todo ello, una vez más, se asume que el proceso de contravención tiene implícita la naturaleza jurídica del sistema penal; por cuanto, el fiscal de familia, para el éxito de sus pesquisas y averiguaciones, hará uso de la facultad investigativa desde el punto de vista del delito, conferida por la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Ministerio Público, situación que además se concretiza al momento de expedir sus competencias de acuerdo con el artículo 144 h) del Código de los Niños y Adolescentes, que dice:

Compete al Fiscal de Familia o Mixto:

Instaurar procedimientos en los que podrá:

Solicitar a las autoridades toda clase de información, pericias y documentos que contribuyan al esclarecimiento del hecho investigado.

2.1.2. Acerca de la naturaleza civil

Luego de que el fiscal de familia concluya con el esclarecimiento de los sucesos, a razón de la denuncia por afectación a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, tendrá dos caminos establecidos por la ley:

1. Formular demanda civil
2. Disponer del Archivo

En el primer camino, *Formular demanda civil*, el fiscal de familia se adentrará en las pautas del proceso civil; así se desprende del artículo 160 f) del Código de los Niños y Adolescentes. Se transcribe el articulado:

- Actividad procesal
- Materia de contenido civil

Corresponde al juez especializado de Familia el conocimiento de los procesos siguientes:

Protección de los intereses difusos e individuales que atañen al niño y al adolescente. De esta forma, se evidencia que el fiscal de familia deberá adecuar la investigación penal que realizó en instancia preliminar a las reglas de los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil «pautas para la presentación de una demanda civil», agregando los elementos de convicción, conforme las reglas del mismo cuerpo normativo (artículos 188, 189, 192, 196 y 200).

Si se opta por el segundo camino. *Disponer del archivo*, se informa que del análisis de las sentencias expedidas por la Corte Suprema de la República se ha validado una fórmula que siempre estuvo implícita en la norma especial.² Por ello, en este punto mencionaré la referida facultad poco utilizada con la que cuenta el fiscal de familia para dilucidar los temas de contravención. Se anota:

- Archivar de plano, por no haber logrado establecer elementos de convicción suficientes, que sirvan de sustento a la demanda civil.
- Archivar con *recomendaciones*, al observar que el transgresor decidió cumplir con la ley, y erradicar la vulneración de derechos fundamentales.

2 Casación n.º 2617-2016-Lambayeque. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República (23 de marzo de 2017). Fundamento 5.5) se estableció «A su turno el artículo 71, regula la función preventiva del Ministerio Público».

El primer aspecto encuentra respaldo legal dentro del Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo 204.-

En mérito a las diligencias señaladas el Fiscal de Familia podrá:

c) Ordenar el archivamiento, si considera que el hecho no constituye infracción.

En consecuencia, por esta atribución, el proceso de contravención, que inicia con la presentación de una denuncia, la misma que se investiga bajo las pautas del proceso penal-punitivo, podrá ser archivada; por tal motivo, se tiene la explicación legal que valida la tesis.

El segundo aspecto en igual forma encuentra respaldo sobreentendido en el Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo 71.-

El Ministerio Público, a través del *Fiscal Especializado* y del Fiscal de Prevención del Delito, vigilará el cumplimiento de esta Ley.

Sobre el tema, con la finalidad de clarificar la idea legal, se tiene que a razón de la autonomía del Ministerio Público (artículo 138 de la Constitución), así como la labor preventiva de los fiscales de familia en estos asuntos,³ se valida el archivo con recomendaciones, siempre que el transgresor del derecho fundamental erradique la conducta irregular y demuestre el cese de la misma en el transcurso de la investigación. No obstante, un punto relevante que ha de tenerse presente, será que no se haya generado ningún daño o perjuicio en grado en la niña, niño o adolescente.

3 Casación n.º 3704-2018-Cusco. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República (03 de diciembre de 2018). Fundamento 5) se precisó «cabe señalar que en casos como el que nos ocupa y en atención a que el fondo del tema está ligado en gran medida al nivel socio educativo en la población, esta Sala Suprema, concuerda con lo resuelto por la Sala Superior Civil, en el sentido de lo que más relevante no es la sanción pecuniaria sino las otras medidas impuestas por el A quo».

Para concluir el ítem, informo que en el Pleno distrital de Familia-Lima Norte, de fecha 22 de julio de 2011, se acordó por unanimidad que el proceso de contravención tiene naturaleza civil. Sin embargo, de los argumentos expuestos, con el objeto de sostener tal decisión, se remitieron en forma exclusiva y cerrada en un único artículo 137 e) del Código de los Niños y Adolescentes; no obstante, la referida conclusión radica en una verdad a medias, conforme las explicaciones anotadas y sustentadas en forma jurídica en el presente trabajo.

2.1.3. En cuanto a la naturaleza tutelar

Las niñas, niños y adolescentes, por su condición de seres en proceso de desarrollo, son altamente vulnerables; es decir, son personas frágiles con altas probabilidades de padecer daños; así también, se desprende de todo el cuerpo de la Convención de los Derecho del Niño, en especial del Preámbulo cuando informa que «el niño por su falta de madurez física y mental necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento».

De acuerdo con lo vertido, si las niñas, niños y adolescentes son víctimas de afectación a sus derechos fundamentales por el mundo adulto, el fiscal de familia podrá solicitar ante el juez de familia Medidas de Protección. No solo dentro del proceso de contravención, puede hacerlo incluso fuera del mismo, siempre que se encuentre en la tramitación de las pesquisas para esclarecer los hechos, materia de denuncia.

En virtud de las particularidades mencionadas, nos encontramos con una herramienta legal de gran protección y reparación. Por lo tanto, su naturaleza jurídica además detenta lo tutelar, ya que lo que se busca radica en establecer barreras inmediatas para el cese de las agresiones impartidas por cualquier persona natural o jurídica, sea autoridad, funcionario público o servidor público, que afecte por acción u omisión los derechos fundamentales de los infantes. Además,

dicha teoría posee respaldo legal tanto a nivel internacional como nacional.

Declaración Universal de los Derechos del Niño:

Artículo 2.-

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 19.-

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Convención de los Derechos del Niño:

Artículo 19.-

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.

Constitución Política del Estado:

Artículo 4.-

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente.

Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo II del Título Preliminar:

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica.

Artículo 176.-

Las medidas cautelares a favor del niño y del adolescente se rigen por lo dispuesto en el presente Código y en el Título Cuarto de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

Artículo 177.-

Las medidas temporales. En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente. El Juez adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente.

Siguiendo con el ítem: identificando la naturaleza jurídica del proceso de contravención: penal, civil, tutelar, puedo informar que, incluso, los magistrados de la Corte Suprema de la República del país y otros actores del sistema de justicia han tenido dificultades para reconocerla y ubicarla como tal; por ello, con convicción, afirmo que estamos ante un híbrido jurídico (Sirvent, 2003). En ciertos momentos, alberga confusiones para comprenderla, pero no es imposible de ejecutarla, por cuanto el operador jurídico *no puede olvidar el Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley*, conforme lo manda el artículo 139, inciso 8) de la Constitución Política del Estado. En ese orden de ideas, me permito anotar algunos términos encontrados en los fallos supremos, que probarán en forma simple la afirmación emitida:

Casación n.º 2341-2011-Ica (Fundamento 5)

Dijo la Corte: La *demanda* interpuesta por el Ministerio Público (el término «demanda» viene del sistema civil).

Dijo la Corte: Se les imponga a las *imputadas* sanción económica a favor de la *víctima* (los términos «imputadas, sanción y víctima» vienen del sistema penal).

Casación n.º 313-2021-Cajamarca (Fundamento 2.1. y 2.4)

Dijo la Corte: Interpone *demanda* el Ministerio Público, se funda la pretensión a razón que la madre de las *tuteladas* (los términos «demanda y tuteladas», vienen del sistema civil y tutelar).

Dijo la Corte: Por tanto, se les impone una *sanción* económica (el término «sanción» deviene del sistema penal).

Casación n.º 1431-2014-Cusco (Fundamento 1) y 4)

Dijo la Corte: Dispone *Medidas de Protección*, y que los demandados paguen por concepto del *daño moral* (el término «Medidas de Protección» deviene del Sistema tutelar y el término «daño moral» deviene del sistema civil).

Dijo la Corte: La *denuncia* consignada en el apartado A) tal como fluye de la sentencia impugnada (el término «denuncia» deviene del sistema penal).

Ahora bien, luego de haber explicado ampliamente el tema, se logró establecer que nos encontramos ante un instituto jurídico de triple naturaleza: *penal, civil, tutelar*; no obstante, me permito idealizar y concretizar en el sentido de que el proceso de contravención conlleva en sus bases internas la protección del infante. Por cuanto, su propósito de inicio a fin será lograr que el detractor cese por acción u omisión la afectación a los derechos fundamentales de la niña, niño y adolescente; de ahí que pueda considerar en mayor medida «la naturaleza jurídica de relevancia superior, radica en lo tutelar».

2.2. Los actores del proceso contravencional

2.2.1. El titular de la investigación contravencional

La Ley n.º 27337, es decir, el Código de los Niños y Adolescentes le ha dado al fiscal de familia la legitimidad de vigilar el cumplimiento de la ley; así también, refiere que los jueces especializados están facultados

para aplicar las sanciones judiciales correspondientes, con intervención del representante del Ministerio Público.

De estos mandatos legales, no cabe duda alguna que los autorizados para investigar el proceso contravencional son los fiscales del Ministerio Público, así también lo han comprendido los jueces de la Corte Suprema y los demás órganos de justicia de instancias inferiores del país. Se anotan algunos fallos:

Casación n.º 2341-2011-Ica (Fundamento Séptimo)
no puede atribuirse responsabilidad alguna a las demandadas, precisamente por la carencia de medios probatorios que puedan corroborar la imputación efectuada por el Ministerio Público, quien ni siquiera ha impugnado la decisión judicial.

Casación n.º 3996-2017- Lima Este (Fundamento Quinto)
en cuanto a la alegación del recurrente de que el Ministerio Público no tiene legitimidad para reclamar el pago de una indemnización por los daños ocasionados a un tercero, tampoco tiene asidero alguno, pues según el artículo 71 del Código de los Niños y Adolescentes, el Ministerio Público debe vigilar el cumplimiento de dicho cuerpo normativo, lo cual implica tomar las medidas necesarias ante las contravenciones de los derechos de los niños y adolescentes.

Casación n.º 1725-2020- Arequipa (Fundamento Séptimo)
La demanda presentada por el Ministerio Público tuvo como pretensión principal que el órgano jurisdiccional establezca la existencia de contravención, contra la integridad psicológica del niño. En audiencia única de 04 de julio de 2018 con la presencia del fiscal provincial y la demandada se fijó como punto controvertido.

No obstante, el autor Reynaldo Mario Tantaleán Odar (2023) trae una propuesta diferente sobre el tema, ya que señala que el fiscal de familia *no* sería el único titular del proceso contravencional. Para informar ello, se apoyó en el fundamento noveno de lo resuelto en la Casación n.º 857-2018-Arequipa, dijo «se evaluó el recurso interpuesto por el padre de uno de los adolescentes agredidos, dándole razón, con lo cual se entiende que también los progenitores están legitimados para demandar»; además de lo acontecido, se acompañó con la Casación n.º 1649-2015-Trujillo, en la que el Juzgado de Familia aceptó la demanda directa presentada por persona natural, tratando al fiscal de familia como simple dictaminador (ver Argumento noveno).

En efecto, es cierto lo que informa el referido autor «la Corte Suprema de la República avaló la legitimidad de persona natural para presentar demandas directas, por temas contravencionales». Ante ello, preciso que resulta grave que los jueces supremos no se hayan percatado de tal desvío legal, más aún que el tema contravencional inicia con la presentación de denuncias ante las defensorías de los niños, Policía Nacional del Perú o Ministerio Público.

De acuerdo con lo vertido, podemos afirmar que los únicos encargados de esclarecer los sucesos denunciados por mandato constitucional son los fiscales del Ministerio Público. De ahí se pueda afirmar que todo proceso de contravención debe contar con investigación con investigación previa,⁴ la misma que a la fecha resulta reconocida como *investigación preliminar*.⁵ Sin esta, prosperarían las excepciones de naturaleza civil:

4 Sentencia C-595/98 «La investigación previa es una etapa anterior a la apertura de la instrucción, encaminada a esclarecer los vacíos probatorios que impidan hacer claridad acerca de la existencia del hecho, de la identidad de los infractores o sobre el ejercicio de la acción penal». <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/05/Sentencia-C-595-98-Colombia-LPDerecho.pdf>

5 Artículo 60 2) Código Procesal Penal «El fiscal conduce jurídicamente la investigación preliminar, la cual es llevada a cabo por la Policía Nacional del Perú».

- *Falta de legitimidad para obrar*

Así también, por las explicaciones referidas en párrafos precedentes, ninguna autoridad judicial, así sea de la máxima jerarquía podría cambiar el rol del fiscal de familia, en temas contravencionales, debiendo quedar claro que el Ministerio Público es el único titular de la Acción de Contravención, nunca será dictaminador o un tercero con interés. Pretender que ello ocurra, resulta *nulo*, conforme lo señala el artículo 142 del Código de los Niños y Adolescentes «La falta de intervención del Fiscal en los casos previstos por la ley acarrea nulidad, la que será declarada de oficio o a petición de parte».

Entiéndase que la norma especial ha precisado que el fiscal de familia tiene la labor de «vigilar» el cumplimiento de la ley, lo que implica una labor de movimiento en el ejercicio de sus funciones. Sobre el tema, han referido los autores Manuel Guzmán y Bert Verstappen (2023) «Vigilar significa observar de cerca una situación o un caso individual para determinar cuál es el procedimiento para seguir [...]. La vigilancia tiene las siguientes características [...]. Observar de cerca la situación, inspeccionando o investigando de manera periódica o constante y documentando el desarrollo de dicha situación».

De lo anotado, puedo persistir que el autorizado legal y constitucional, para investigar las denuncias de todas las especies jurídicas, es el fiscal. En consecuencia, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, porque hacerlo afectaría el debido proceso, el mismo que se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 3) de la Constitución. Bajo tal medida, se sugiere que ningún juzgado de familia vuelva a incurrir conforme los parámetros expuestos por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la Casación n.º 1649-2015-Trujillo, de fecha 18 de abril de 2016 «tratar al fiscal de familia como dictaminador, ante

demandas contravencionales presentadas directamente por persona natural o jurídica», por cuanto aquellos no cuentan con el poder legal coactivo para investigar. *Si un pedido de igual naturaleza llegase a los despachos judiciales de familia, lo correcto sería en remitir todos los actuados al Fiscal de Familia de Turno.*

2.2.2. Los demandados de la investigación contravencional

La Ley n.º 27337 había establecido que la denuncia de contravención sería dirigida contra los funcionarios públicos, así fue desde la vigencia del Código de los Niños y Adolescentes (07 de agosto de 2000). Esta situación quedó confirmada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación n.º 3665-2014-Lima, de fecha 26 de enero de 2015, en la que se dijo «estas normas son de aplicación únicamente a los funcionarios, de acuerdo con lo referido por el artículo 70, en el presente caso el denunciado resulta vecino de las menores agraviadas».

A pesar de lo anotado, la misma Sala Suprema, en la Casación n.º 1431-2015-Cusco, de fecha 06 de noviembre de 2014, confirmó la sentencia de primera instancia, en la que se sancionaba a una persona jurídica (Institución Educativa Privada); con esta decisión, se desterraba la idea de que únicamente el funcionario público podía fungir como denunciado-demandado. En este punto precisaré que incluso los jueces supremos demuestran contrasentidos en sus decisiones. Acerca de esta última anotación casacional, quiero señalar que me encuentro conforme con esta nueva forma de involucrar a nuevos detractores de derechos fundamentales en agravio de niñas, niños y adolescentes, por cuanto desemboca en obligación del Estado proteger al débil de todo tipo de vulneración, venga de quien venga (ver artículo 4 de la Constitución).

Para reforzar mi conformidad ante la decisión suprema descrita, debo indicar que nunca negaré que el artículo 70 de la ley especial, informa en literal expreso que los *funcionarios públicos, serán pasibles de*

multas y quedarán obligados al pago de daños y perjuicios; no obstante, las normas establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes deben ser interpretadas como un todo armónico y sistemático;⁶ premisa que se halla incorporada en el artículo VII del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo anotado, que dice:

En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú.

Por tal motivo, en todo caso contravencional, para resolver disyuntivas además de la normativa nacional, se invocará la normativa internacional desarrollada en convenciones y pactos firmado y ratificados. Por ello se pasará a recordar los compromisos que el Estado ha firmado (Resolución Legislativa n.º 25278, 1990) en favor de la infancia:

Artículo 3) Los Estados Partes se comprometen:

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.

Artículo 16) Los Estados Partes se comprometen:

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

6 5854-2005-PA/TC-Piura (2005) Tribunal Constitucional (8 de noviembre de 2005). «El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto».

El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Acerca de las normas anotadas, se tiene que entender que tales disposiciones se encuentran dirigidas a todos los integrantes de un Estado parte, no se efectúa distinción entre funcionarios, autoridades, servidores públicos, personas jurídicas o personas naturales. Bajo tal medida, el artículo 70 de la Ley n° 27337 en modo alguno puede ser interpretado de manera restrictiva y menos si se encuentra de por medio el interés superior del niño; hacer lo contrario implicaría la responsabilidad estatal internacional, ante compromisos convencionales (Opinión Consultiva OC-17, 2002).

Ahora bien, en los años 2016 y 2017, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, basándose en argumentos convencionales y constitucionales, ha venido estableciendo y manteniendo líneas jurisprudenciales claras con lo que se disipa toda duda sobre el tema. Así se tiene:

Casación n.º 1354-2016-Lima de fecha 07 de marzo de 2017

Se dijo:

todo aquel que exponga a un menor de edad y perjudique su libre desarrollo y el efectivo ejercicio de sus derechos debe ser sancionado, pues el Estado otorga protección especial a los derechos fundamentales del niño, conforme lo prescribe la Constitución Política del Estado (artículo 4), y ha sido reconocida en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Campos Algodonero vs. México, con estas expresiones: «esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y El Estado».

Casación n.º 2617-2016-Lima, de fecha 23 de marzo de 2017

Se dijo:

los artículos 69, 70, 71, 72, 73 y 137 del Código de los Niños y Adolescentes (relacionados a las contravenciones) deben interpretarse bajo la visión del principio jurídico garantista del interés superior del niño, por lo que cualquier persona o funcionario público puede ser imputado o responsable de la comisión por acción u omisión que atente contra los derechos de un niño, niña o adolescente.

Así los hechos, queda informar que los días 26 y 27 de mayo de 2017, se llevó a cabo un nuevo Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, en la ciudad de Lima (Pacheco, 2019), donde se acordó por mayoría:

El artículo 69 del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes contiene una fórmula abierta que no se encuentra sujeta a restricción en cuanto a legitimidad pasiva por dicha afectación pueden ser demandados tanto personas naturales, jurídicas y/o funcionarios públicos no considerados en el primer párrafo del artículo 70 del Código de niños, niñas y adolescentes.

Con todo lo anotado, quedaría zanjado el tema. Tanto personas naturales como jurídicas pueden ser denunciados-demandados; no se cierra el asunto con los funcionarios o servidores públicos. Todo el que lastima los derechos fundamentales de un infante tiene que ser sancionado.

2.2.3. Las víctimas de la investigación contravencional

El artículo 69 del Código de los Niños y Adolescentes informa que los *infantes* son los sujetos de derechos a ser protegidos. Acerca de este rubro, me toca revelar que, de las diversas casaciones analizadas, se ha

podido establecer «la estadística gruesa deviene en denuncias de parte, existiendo un residuo mínimo de investigaciones de oficio».

El derecho recurrente denunciado con mayor frecuencia se resalta en la violencia ocurrida dentro de las escuelas. Al respecto, los procesos de contravención *no* se reducen a un catálogo cerrado que ampara únicamente *el derecho de integridad física y psicológica o el derecho al buen trato de una niña, niño o adolescente*; existen otros de derechos fundamentales tanto explícitos como implícitos, los mismos que no se reflejan en las estadísticas por falta de oficiosidad del titular legítimo.

Quiero decir que el fiscal de familia no puede permanecer inerte, recibiendo en forma única ocurrencias de violencia en agravio de los infantes por parte de auxiliares, docentes, directivos, personas naturales, entre otros. Bajo tal escenario y de continuar ese derrotero se alejaría de la misión institucional establecida en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que consiste en:

Prevenir y perseguir el delito; defender la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos amparados por la ley; representar a la sociedad, al menor y a la familia en juicio; y velar por la recta administración de justicia.

A razón de los mandatos legales explicados, se puede informar que la labor del fiscal de familia no se encuentra en exclusividad pasiva a la espera de casos. La actividad del mencionado funcionario radica en el Principio de Oficiosidad, es decir, en la búsqueda proactiva y solución de casos dentro de la comunidad que afecten los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Si reacciona de tal manera, se cumplirá la misión decretada en la ley «defender los derechos de los infantes».

Para reforzar la idea, a continuación, presentaré investigaciones de oficio ejecutadas en el distrito Del Santa, como muestra que existen otros derechos de los infantes a proteger:

Caso Fiscal: 365-2016, 375-2016, 416-2017, 340-2019, 326-2019, 339-2019, 179-2024

Narrativa de derechos vulnerados: Personas jurídicas, a través del negocio bares y discotecas, permitían el ingreso a adolescentes, contraviniendo la Ley n.º 28681 «Ley que prohíbe la venta de licor a menores de edad, además de no dejarlos ingresar a su establecimiento».

Derechos que se reclamaron: Derecho al libre desarrollo y bienestar.

Sanciones que recibieron: El juez de familia sancionó a personas jurídicas con multas.

Caso Fiscal: 198-2023

Narrativa de derechos vulnerados: La Municipalidad Provincial Del Santa *no* facilitaba la dotación de un profesional de idioma de señas, que permita la comunicación entre los funcionarios y servidores con las Personas con Discapacidad Auditiva, contraviniendo la Ley n.º 29535.

Derechos que se reclamaron: Derecho a la igualdad, en el acceso de los servicios administrativos que ofrece la Comuna Provincial Del Santa

Vulneraciones reconocidas: Municipalidad contrató a un intérprete de señas; por ello, la fiscalía de familia archivó el caso con *recomendaciones*.

Caso Fiscal: 199-2024

Narrativa de derechos vulnerados: La Oficina de RENIEC-sede Chimbote «venía imponiendo barreras burocráticas contra las personas con Discapacidad Auditiva». Requerían que se conduzcan con un familiar que haga de intérprete, solo así podían realizar los trámites administrativos en esa entidad, contravenía el artículo 42 del Código Civil, modificado por Decreto Legislativo n.º 1348.

Derechos que se reclamaron: Derecho a la dignidad, derecho a la identidad, derecho a no ser privado del documento de identidad, *sin el cual se limita el acceso de otros derechos.*

Vulneraciones reconocidas: RENIEC desistió de su conducta vulnerante y habilitó sus propias formas de comunicarse; por ello, Fiscalía archivó el caso con *recomendaciones.*

Caso Fiscal: 36-2024

Narrativa de derechos vulnerados: Los jueces de los Juzgados de Paz Letrado de Familia Del Santa venían contrariando el artículo 568 del Código Procesal Civil, ya que ordenaban que el área de Pericias Contables realizará la liquidación de pensiones alimentarias devengadas. Sin embargo, esta oficina se encontraba atiborrada de otras materias (en especial temas pensionarios), por ello incurrían en plazos irrazonables para emitir el dictamen contable.

Derechos que se reclamaron: Derechos de alimentos de los infantes, relacionado con el derecho a la vida.

Vulneraciones reconocidas: Los jueces de Paz Letrado dispusieron que las liquidaciones de pensiones alimentarias sean ejecutadas por los secretarios de las causas; por ello, Fiscalía de Familia archivo el caso con recomendaciones.

Caso Fiscal: 76-2024

Narrativa de derechos vulnerados: Personas naturales con el oficio de TIKTOKER en redes sociales venían utilizando a los *niños* para vender sus productos de primera necesidad. Era una especie de colaboración mutua, ya que los beneficiarios eran los propios niños y niñas; si bien contaban con la autorización de los padres para publicitar la imagen, *se excedieron del horario de publicidad (10:00 p. m.), por lo que contravenían La Ley de Radio y Televisión-Ley n.º 28278.*

Derechos que se reclamaron: Derecho al descanso del niño. Derecho de las horas de sueño del niño.

Vulneraciones reconocidas: Personas naturales aceptaron las recomendaciones y desistieron de publicitar a los niños más allá de las 10:00 de la noche. Por ello, Fiscalía de Familia archivó el caso con *recomendaciones*.

De la narrativa de casos concluidos por la Tercera Fiscalía de Familia de la Provincial Del Santa, se puede apreciar que el fiscal de familia cuenta con una herramienta jurídica útil y relevante para proteger los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, en cualquier ámbito, ya sea que una persona natural o jurídica, funcionario o servidor público accione por dolo o por culpa contra niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, persisto en señalar: la labor del titular del proceso de contravención nunca será permanecer inmóvil, ante los dramas humanos que ocurren en la comunidad.

2.2.4. El rol del juez de familia en el proceso contravencional

De la naturaleza jurídica rubro *civil*, puedo informar que el juez de familia resulta el *director* innegable para aplicar sanciones judiciales (Ley n.º 27337, 2000) contra los detractores. En consecuencia, se han identificado tres aspectos que se encuentran precisados en la ley especial:

- Multa
- Indemnización por daños y perjuicios a favor de la víctima.
- Medida de protección a favor de la víctima.

La labor del juzgador será calificar si los elementos mencionados se hallan comprendidos en forma clara, en el pedido de postulación del fiscal de familia a causa de la demanda civil por contravención a los derechos fundamentales de los infantes, en caso advierta que el petitorio no fue completo o denote que resulta confuso a los intereses

de los infantes; peor aún que se haya recaído en el olvido de petitionar la medida de protección pertinente al caso. La solución devendría en *admitirla*, advirtiendo la omisión incurrida, otorgando el plazo legal con el objeto de que el titular legal lo solucione. En atención a la Doctrina Jurisprudencia:

una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponda la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescente que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado. (Ley n.º 27337, 2000)

Sobre este aspecto, tomo la precisión del autor Reynaldo Mario Tantaleán Odar (2023) «es menester que en la demanda se fije claramente la imputación a fin de que tanto la defensa como la carga probatoria estén previamente determinados, sin generar sorpresas ni sobresaltos a las partes que pudieran desembocar en atentados contra el derecho de defensa». La referida recomendación deviene en relevante; en cualquier caso, tengo que agregar que el derecho de defensa es uno de carácter fundamental del ser humano (ver artículo 139, inciso 14) de la Constitución del Estado), el mismo que se encuentra impregnado en todo el estadio del proceso contravencional, desde que se inicia, hasta que concluye. Es decir, a partir de que el ciudadano es notificado de la Resolución Número Uno por Contravención, aquel debe conocer la imputación necesaria.

Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo [...] cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos.

Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen. (Caso Barreto Leyva vs. Argentina, 2009)

a. La protección del derecho de defensa, a razón de una imputación clara o precisa

La garantía procesal aludida se escucha con mayor frecuencia en el sistema penal, a pesar que tal condición puede ser llevada al campo de otras investigaciones cuyos fines sean los de sancionar al agente detractor (Ley n.º 27444, 2021). En consecuencia, la *imputación necesaria* aplica en igual medida a los casos contravencionales gestionados por las fiscalías de familia del país. Bajo tal escenario, se debe recordar que toda persona que se le sinde de cometer un ilícito, tiene el derecho de conocer los cargos que se le imputan; el objeto principal radica en no dejarlo en indefensión, por cuanto, «La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal» (Recurso de Nulidad n.º 2823, 2015).

Las exigencias detalladas para un proceso penal se aplicarán en similar medida al proceso contravencional, pues uno de los objetivos radica en encontrar a los responsables, con el propósito de sancionarlos, independientemente si esta medida resulta pecuniaria o privativa de libertad, la voluntad final siempre terminará en gestionar un escarmiento. En consecuencia, tales circunstancias tienen relación con sistema punitivo, de ahí parte la necesidad que el fiscal de familia impute correctamente al denunciado desde la Resolución Número UNO. De esa forma el juez de familia no tendrá equívocos, menos necesitará suplir el rol del fiscal de familia, de ahí que cuente con la certeza de afirmar que el juez de familia tiene el rol de director imparcial del proceso contravencional; en caso persista con suplir y

enmendar las omisiones que el fiscal de familia pudiera cometer al momento de postular la demanda, se convertiría en parte; suceso que le quitaría imparcialidad a las decisiones judiciales.

Ahora bien, de las revisiones de un total de 24 casaciones emitidas por la Corte Suprema desde el año 2008 hasta el año 2021, se pudo encontrar que algunos operadores jurídicos incurrieron en resolver más allá de lo petitionado, vulnerando el Principio de Congruencia Procesal y con ello el derecho de defensa del denunciado:

Algunas muestras:

- Casación n.º 2643-2008-Lambayeque: La Sala Civil de la Corte Suprema declaró *nula* la sentencia de 1.º y 2.ª instancia, que determinó fundada la demanda del Ministerio Público. Aquí los primeros órganos de justicia vulneraron la congruencia procesal, ya que se demandó sanción por afectación psicológica; sin embargo, agregaron y ordenaron que se promueva al adolescente a un grado superior de estudios, pedido que no formó parte del debate, se agrega: no se dio razones de la decisión, más aún que la adolescente había desaprobado varios cursos del nivel inferior.
- Casación n.º 2341-2011-Ica: En este caso se afectó el derecho de defensa del fiscal de familia, ya que aquel demandó sanción por afectación física y psicológica; no obstante, la Corte Suprema en forma sorpresiva, por otros argumentos que no formaron parte del debate probatorio, declaró nula la sentencia de 1.º y 2.ª instancia.
- Casación n.º 1431-2014-Cusco: El fiscal de familia demandó al director y profesores de la Institución Educativa Privada; no obstante, además, el juez terminó sancionando a la persona jurídica, la misma que no fue emplazada, menos pudo defenderse como tal de la imputación, suceso que fue avalado por la Corte Suprema.

- Casación n.º 1912-2015-Lima: El fiscal de familia demandó a personas naturales por afectar la integridad psicológica de una niña; además, el juez de familia adicionó otras medidas de protección a su favor.

En este punto, no niego que algunas decisiones judiciales, se alejan de la congruencia procesal, con el objeto de otorgar mejor protección al niño, por cuanto, el proceso contravencional, cuenta con *bases proteccionistas intrínsecas*.⁷ Sin embargo, sugiero que en caso el juez de familia desee ejecutar tales medidas, sin que las mismas hayan sido peticionadas o invocadas de alguna forma por el titular legal, tiene que exponerlas al contradictorio. Apoyo mi tesis en:

Expediente 00782-2013-PA/TC: (Fundamento NUEVE)

Asimismo, se debe destacar que, en el punto segundo, numeral 3.2, del fallo de la sentencia (Casación n.º 4664-2010-Puno) se establece como precedente judicial vinculante que el juez de primera instancia de oficio se pronunciará sobre dicha indemnización siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. En caso contrario, el juez no está autorizado a emitir pronunciamiento sobre la indemnización.

Casación 991-2016-Lima Sur (Fundamento SEIS)

El mismo Pleno Casatorio expresa que en los procesos de familia ha de estarse a favor de la flexibilización procesal dado su carácter tuitivo, en lo que atañe, por ejemplo, al principio de congruencia. Siendo esto cierto, no es menos verdad que ello no supone

⁷ STC n.º 04227-2010-PHC (2010). Tribunal Constitucional (6 de diciembre de 2011) «el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social» (F. 07).

generar indefensión en alguna de las partes resolviendo extremo que no fue objeto de controversia, ni mucho menos que se decida en abierta contradicción a la norma legal. Ello significaría negar el derecho de defensa y vulnerar uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema procesal moderno.

b. Propuestas para materializar la imputación necesaria

A razón que el juez de familia *no* puede suplir el rol del fiscal de familia, así también no debe perjudicar el derecho de defensa de los denunciados con providencias «no requeridas», justificando tal accionar bajo el manto de protección del interés superior del niño; por cuanto, el referido principio no resulta excusa para avasallar el contradictorio. A razón de tales episodios, se propone: Al momento de calificar la demanda presentada por el Fiscal de Familia, deberá contestar las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el derecho fundamental vulnerado?
- ¿Se encuentran los pedidos principales y accesorios de multa e indemnización?
- ¿Se ha delimitado la medida de protección?
- ¿Cuál sería el marco jurídico legal que no se estaría cumpliendo?

En caso de que estas interrogantes sean pertinentes y la respuesta del juzgado sea adecuada al momento de evaluar la demanda, no existirán dificultades para seguir el proceso, tal como propone el titular legal. Sin embargo, en caso de que alguna de estas respuestas haya recibido una negativa y no se haya concedido el plazo para subsanarla y admitir la misma en su estado original, considero que el juez tendría un segundo momento para incluir situaciones discutibles distintas de las solicitadas.

Esto podría ocurrir durante la fase de determinación de puntos controvertidos, siguiendo las directrices establecidas en el artículo 173

del Código de los Niños y Adolescentes. De esta forma, respetará el derecho de defensa del demandado, evitando decisiones perplejas o inverosímiles a causa de vulnerar la congruencia procesal.

Para concretizar en mejor forma lo aludido, anoto algunos ejemplos:

Ejemplo 1: La ACCIÓN

Los ruidos molestos que emiten los vecinos (fábricas, discotecas, bares, talleres de maquinarias) no permiten estudiar, dormir, jugar en el propio hogar el niño.

Derecho fundamental identificado y marco normativo internacional y nacional:

- *Vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado* (contenido en el artículo 29.1.e) de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 3 del Código de los Niños, artículo 2, inciso 22 de la Constitución Política, Ordenanzas Municipales contra los Ruidos Molestos).
- *Libre Desarrollo y Bienestar* (contenido en el artículo 31 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 2, inciso 2) de la Constitución, y artículo 4 del Código de los Niños).

Ejemplo 2: La OMISIÓN

La docente o el auxiliar *omite* comunicar a los superiores «El acoso escolar ocurrido dentro de la Escuela, en agravio de un niño o adolescente, por parte de otros estudiantes».

Derecho fundamental identificado y marco normativo internacional y nacional:

- *Integridad Física, Libre Desarrollo y Bienestar* (contenido en el artículo 5.1 de la Convención Americana de DH, artículo 2, inciso 2) de la Constitución, y artículo 4 del Código de los Niños).

- *Derecho a vivir libre de violencia en las Escuelas* (contenido en el artículo 06 de la Ley n.º 29719, Protocolo n.º 06, aprobado por Resolución Ministerial n.º 274-2020-MINEDU, artículo 10 del Reglamento de la Ley n.º 30403).

2.3. Identificación de estereotipos y otras exigencias no jurídicas, pero plasmadas en decisiones judiciales

2.3.1. Los estereotipos

De la Casación n.º 4741-2016-Amazonas, emitida por la Corte Suprema de la República (Sala Civil Transitoria), se puede establecer los siguientes hechos:

El niño fue víctima de agresión física y verbal por parte de su profesora, por cuanto aquella le había metido un papel a su boca, además le gritó que el aula no era un corral de gallinas para que esté entrando y saliendo.

Los sucesos fueron calificados como contravenciones al ejercicio de los derechos del niño, al respeto de la integridad física, psíquica, libre desarrollo y bienestar; precisado el hecho y el derecho, el Juzgado de Familia declaró fundada la demanda presentada por el Representante del Ministerio Público, a su vez la Sala Superior *confirmó* la referida decisión, valorándose lo siguiente:

- El relato coherente del niño.
- El Protocolo de Pericia que devela la existencia de agresión por parte de la profesora de aula: *le colocó el papel en la boca y le gritó*. El niño presenta indicadores de afectación emocional.

Pese a estos elementos de convicción, desde mi punto de vista suficientes, para atribuir responsabilidad por vulneración de los derechos del niño contra la demandada, los magistrados de la Corte Suprema de la República *declararon nula* la decisión de los órganos de

justicia de primera instancia y segunda instancia; además, ordenaron se practique nueva pericia psicológica al infante incidiendo en:

- a. Grado de agresividad que puede presentar en determinadas circunstancias.
- b. Si cuenta con tendencia a la mentira.

Con esta respuesta, el niño se convirtió de víctima en el agresor de su propio drama. Es decir, se estableció que aquel debe ser investigado para «confirmar su inocencia», solo así su palabra tendría mérito de ser valorada. En consecuencia, al discrepar de la referida decisión, ya que contiene ideas basadas en estereotipos, tengo que informar lo siguiente:

a. Acerca de la etiqueta «grado de agresividad»

En el transcurso de la lectura, acerca de la decisión judicial mencionada, no pude evitar recordar el caso Niños de la calle vs. Guatemala (1999), así como el caso Niños Callejeros vs. Honduras (2006). El grupo vulnerable *infancia* era privado de su libertad, sin previo juicio; menos era acompañado de garantías judiciales. Para agravar aún más sus tragedias, aquellos niños fueron encarcelados juntos con adultos, los que vulneraron sus cuerpos de la manera más cruel que el ser humano pueda imaginar. Era la época oscura de la vigencia de la doctrina de la situación irregular (Bustos Ramírez, 1997), en la que el niño era un simple *objeto de tutela* de supuesta protección y el juez de familia era considerado *un buen padre* que dictaba a su libre arbitrio la medida de resguardo más apropiada, pero no para cautelar su interés superior; por el contrario, se expedían providencias para controlarlos o neutralizarlos por considerarlos *peligros sociales* para la supervivencia de la comunidad (Sajón, 1986).

Así también, se incurrían en decisiones discrecionales de remitirlos en forma indeterminada a centros de reclusión a razón de que se los consideraba *niños peligrosos*. Este suceso real se debatió en el 16 Congreso Panamericano del Niño en los años 1942 y 1984.

En ese entonces, la justificación subjetiva de las autoridades judiciales era «aquel niño que muchas veces para tratar de sobrevivir realizaba por cuenta propia y otros por mandatos de adultos actos que ponen y ponían en peligro la estabilidad y tranquilidad social, por ello, habría que implementar políticas que erradique esa problemática de agresividad» (Chunga Lamonja, 2007).

En este punto vale recordar que los Estados son responsables de evitar lanzar a aquellos niños a la miseria, de garantizarles mínimas condiciones de vida digna para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Por cuanto, todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en beneficio de la sociedad a la que pertenece (Opinión Consultiva OC-17, 2002).

Si bien, los medios de comunicación tienden a destacar sucesos escandalosos con lo que crean una imagen tendenciosa y estereotipada, en particular de los niños o adolescentes desfavorecidos a los que se suele retratar como violentos solo por su comportamiento o su aspecto diferentes, tales etiquetas allanan el camino para la adopción de políticas públicas basadas en un enfoque punitivo que puede incluir la violencia como respuesta (Observación General n.º 12, 2009). De ahí que deba informar que ningún tipo de investigación (policial, fiscal o judicial) pueda partir con la idea de que los niños o adolescentes son «sujetos violentos o peligrosos», ya que se perdería la objetividad dentro de la investigación netamente jurídica.

Para finalizar el tema, debo precisar que me resultó ingrato encontrarme con este tipo de decisiones, las cuales consideré desarraigadas en pleno siglo XXI; es decir, erradicados del argot judicial. No obstante, persistir en la referida idea, implica juzgar al infante por su personalidad y no por el hecho cometido, suceso que resulta exponencialmente prohibido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Permanecer en un sistema desprovisto de toda

humanidad, donde los infantes y sobre todo los de ínfimos recursos económicos —niños trabajadores en las calles, niños abandonados por sus padres, niños de extrema pobreza— son tratados en ocasiones peor que animales (Caso Jailton Neri Da Fonseca c. Brasil), en definitiva, nos alejaría de la idea de Estado Derecho Constitucional.

b. Sobre el estigma «tendencia a la mentira»

Los estereotipos son todas aquellas características, actitudes y roles que estructuralmente en una sociedad son atribuidas a las personas debido a alguna de las condiciones enumeradas como categorías sospechosas (Cook y Cusack, 2010).

Bajo tal rubro, en relación con el caso, he logrado identificar aquellos que fueron establecidos por los magistrados de la Corte Suprema de la República «todo niño miente», «todo niño es peligroso», «todo niño es agresivo», «todo niño es violento». Al respecto, si los demás operadores de justicia, en especial los que laboran en las primeras instancias, opinan de la misma forma o emulan similares axiomas, los resultados devendrían en cifras alarmantes de impunidad (Expediente n.º 2488-2002), en agravio de los más vulnerables (niños, niñas y adolescentes). En este punto toca informar que jamás se podría iniciar una investigación objetiva partiendo de los prejuicios ya anotados, y menos asumir que por esos mismos motivos merecerían recibir castigos del mundo adulto.

Para vislumbrar de mejor forma que las anotaciones realizadas en párrafos precedentes, acerca del concepto de prejuicios, estereotipos o ideas preconcebidas en agravio de infantes, me he permitido tomar los aportes de las siguientes autoras:

Alda Facio Montejo «Cuando el Género Suena, Cambios Trae» en esta obra informa: Los estereotipos son todas aquellas características, actitudes y roles que estructuralmente en una

sociedad son atribuidos a las personas en razón de alguna de las condiciones enumeradas como «categorías sospechosas». Asignar estereotipos responde a un proceso de simplificación para el entendimiento y aproximación del mundo. Están profundamente arraigados y aceptados por la sociedad que los crea, reproduce y transmite.

Rebecca Cook «Asignación de Estereotipos de Género» en esta obra informa: Los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v.g. los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (v.g. las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros de hecho poseen o no tales roles.

Siguiendo los conceptos esbozados por las autoras referidas y con el objeto de que se comprenda la existencia real del tema «identificación de estereotipos», traigo a colación algunos casos de los muchos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Atala Riffo y niñas vs. Chile: Este caso es un claro ejemplo de prejuicio íntimamente arraigado en muchas comunidades de latinoamericana; aquí los jueces de primera, segunda instancia, incluso los jueces supremos del país chileno precalificaron a una mujer por su orientación sexual lésbica; en consecuencia, por ese único motivo y utilizando el interés superior del niño, la anularon como madre, la despojaron del contacto permanente de sus tres hijas, quienes pasaron a vivir con su padre. Así se notó de los fundamentos 59 y 60 esgrimidos por la Corte IDH.

Forneron e hija vs. Argentina: Este caso expone otro estereotipo común que las sociedades patriarcales requieren: Solo la familia compuesta por mujer y hombre, con el agregado que se encuentren unidas en matrimonio, resulta el modelo ideal, para que los infantes alcancen buen desarrollo y bienestar; por tal motivo, los operadores de justicia del país argentino negaron al señor Forneron la recuperación de su hija, agregaron que cuando aquel estaba soltero, cuando exigía la entrega de su niña, la misma que fue dada en adopción a un matrimonio, sin su consentimiento. Así se notó de los fundamentos 94 y 99 estipulados por la Corte IDH.

Como se puede apreciar los estereotipos existen, incluso se ejecutan en las más altas esferas judiciales, se encuentran impregnados en toda la comunidad, situación que preocupa a esta autora. Por ello, pretendo evidenciarlos con el propósito de que no se repitan y se erradiquen del sistema de justicia.

2.3.2. El derecho del niño a ser juzgado sin prejuicios

Los operadores de justicia deben terminar por comprender que el niño, ya sea víctima, testigo o protegido de un delito, no resulta objeto del proceso; en consecuencia, aquellos deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones. Así se verifica de la Observación General n.º 12 (2009) «El derecho del niño a ser escuchado. Análisis Jurídico del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño», del cual se resalta:

- Los Estados Partes deben GARANTIZAR con firmeza el derecho del niño de expresar su opinión libremente; es decir, sin margen a la *discrecionalidad*, con el objeto de asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones de aquél, sobre todos los asuntos que lo afectan y tenerlos debidamente en cuenta.

- Los Estados Partes deben GARANTIZAR el derecho de todo niño a ser escuchado «que esté en condiciones de formarse un juicio propio, sin límite de edad»; es decir, evaluar la capacidad del infante de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible; por ello, no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; *no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.*
- Los Estados Partes no deben exigir que el niño necesariamente tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; así también deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato.

Sobre el tema y regresando al contenido de la Casación n.º 4741-2016-Amazonas, se debe informar que exigir al niño pasar nuevamente evaluación psicológica con el objeto que se descarte que no miente y que no resulta agresivo por cuanto solo así su versión será validada, deviene en considerarlo como objeto del proceso, más no como sujeto de derechos. Demuestra un desconocimiento absoluto de las recomendaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 12 (2009), con el agregado que ya se estableció una concepción estereotipada de cómo tiene que ser una víctima de agresión, es decir, requieren de una víctima idónea, tal vez un niño que no se frustre ante situaciones que no conoce cómo resolver; tal vez una niña que no estalle en llanto ante circunstancias de quedarse sin la protección de sus padres, entre otros supuestos. Sobre tales escenarios, se aclara, no existen víctimas ideales, por cuanto todo

caso debe ser resuelto a razón de bases probatorias objetivas; insistir en lo contrario radica en incurrir en discriminación, tal como lo señaló la Corte IDH en los casos Atala Rifo y niñas vs. Chile y Forneron e hija vs. Argentina.

2.3.3. Otras exigencias *inverosímiles* para probar la verdad del niño

Resulta preocupante verificar que algunos operadores de justicia requieren que las afectaciones del niño linden con lo *grave* y que además contengan *huellas* o *vestigios* para dar credibilidad a la versión de aquel; incluso, en determinados casos, han descartado las aflicciones probadas de carácter *leve*. Aquí unos ejemplos:

a) De la Casación n.º 2341-2011-Ica, se obtiene que los jueces de primera y segunda instancia descartaron la demanda, a razón de que no se logró probar en forma *incontrovertible* las lesiones físicas y psicológicas en la niña; por ello, el padre de la infanta impugna. En ese estadio, los jueces supremos resuelven:

Los casos sujetos a resolución judicial donde se encuentren involucrados niños y adolescentes, serán tratados como problemas humanos, en todo proceso judicial en la que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de los niños, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación, bajo tal medida, los jueces no han realizado una adecuada valoración de los medios probatorios que aparecen en el proceso, en especial de la información contenida el Informe n.º 021-2009-DEMUNA-MDS/IC que el método de enseñanza de pintar el ojo en la cara a los alumnos no se encuentra en el Plan de Trabajo, y se recomienda que un niño no deba ser expuesto a ese tipo de juegos [...]; en consecuencia, se ORDENÓ NULA LA DECISIÓN DE LOS PRIMEROS ÓRGANOS DE JUSTICIA y emitan nuevo fallo.

b) De la Casación 1931-2018-Moquegua, se determina que los jueces de primera y segunda instancia rechazaron la demanda a razón de que la pericia psicológica no señala de manera contundente que la adolescente se encuentre psicológicamente afectada por los hechos que relata y el certificado médico legal no encuentra signos de lesiones físicas en región extragenital ni paragenital; ante tales circunstancias, el titular legal impugna. Bajo tal escenario, los jueces supremos resuelven:

El certificado médico legal es un documento irrelevante porque no está en discusión las lesiones que podría haber sufrido la menor, sino el acto de contravención referido a las acciones ejecutadas por el demandado que han afectado el ejercicio de los derechos de la adolescente como tocamientos en diversas partes del cuerpo, besarla en la boca, entre otros. La pericia psicológica si bien generan determinado tipo de datos tampoco sirven para acreditar el hecho que es materia de este proceso. No se ha tenido en cuenta es que el fiscal provincial remitió copia de los actuados al juzgado de familia por considerar que, si bien no había delito, existirían tocamientos indebidos. Se ha obviado pronunciamiento en torno a las declaraciones del demandado referido a lo inusual de que se atienda a una menor sin la presencia de sus padres, ni mucho menos hay alusión a la entrega por parte del demandado de la suma de seis mil soles (S/ 6,000.00) a la madre de la agraviada. [...]; en consecuencia, se **ORDENÓ NULA LA DECISIÓN DE LOS PRIMEROS ÓRGANOS DE JUSTICIA** y emitan nuevo fallo.

c) De la Casación n.º 1103-2019-Cajamarca, se verifica que los jueces superiores desecharon la demanda, por cuanto el examen psicológico no concluye que la adolescente presente maltrato psicológico o abuso emocional, sino un estado emocional ansioso; por tal motivo, la madre de la afectada impugna. Los jueces supremos resolvieron:

la Sala de mérito no ha cumplido con su deber de valoración conjunta de los medios probatorios actuados en la tramitación de la presente causa, pues a efectos de determinar si existió o no comportamiento inadecuado de la profesora demandada hacia la menor debió valorar también los reclamos de los padres de familia, las declaraciones de las profesoras Miluzka Delgado Ortega, Hilda Melgar Cardeña, que guardaban perfecta coherencia con la denuncia de maltratos de la agraviada; los reclamos que presentaron otras alumnas respecto de la conducta inadecuada de la demandada durante el dictado de la clase de matemática [...] y DECLARÓ FUNDADA LA DEMANDA.

d) De la Casación n.º 313-2021-Cajamarca, se verifica que los jueces superiores desacreditaron el caso a razón de que las infantas no presentaban afectación emocional a nivel cognitivo o conductual, sino más bien un trastorno de estrés leve; por tal motivo, el titular legal presentó Recurso de Casación, se dijo:

Las razones o justificaciones objetivas que llevan a los jueces a adoptar una determinada decisión, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso [...]; las demandadas han aceptado como un hecho real tales enfrentamientos [...]; se observa que la víctima ha sufrido afectación, si bien se concluye trastorno de estrés leve, esto demuestra que existe perturbación en la menor [...] y DECLARÓ FUNDADA LA DEMANDA.

De todo lo anotado, se avizora que existe caudal suficiente para demostrar que no solo los jueces supremos incurren en exigencias extraordinarias para dar credibilidad a la versión del niño; se verifica que gran parte del aparato judicial se encuentra invadido con

ideas estereotipadas (Observación General, 2011). De los casos ya expuestos se identifica que «únicamente la lesión grave y con huellas» debe ser aceptada para decretar la fundabilidad de las demandas de contravención.

En este punto, me preguntó *¿Cuánto es el dolor que tiene que tolerar un niño, para que su drama humano sea aceptado por las instancias judiciales?* A razón de la interrogante se debe informar que el Comité de los Derechos del Niño Observación General n.º 13 (2011) ha precisado «el niño tiene derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia» así también ha dado contenido al concepto de «violencia».

A los efectos de la presente observación general, se entiende por *violencia* «toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual».

El término violencia utilizado en esta observación general abarca todas las formas de daño a los niños.

En el lenguaje corriente se suele entender por violencia únicamente el daño físico y/o el daño intencional.

El Comité deja sentado inequívocamente que la elección del término «violencia» en la presente observación general no debe verse en modo alguno como un intento de minimizar los efectos de las formas no físicas y/o no intencionales de daño (como el descuido y los malos tratos psicológicos, entre otras), ni la necesidad de hacerles frente.

Habiéndose establecido que no se necesita que las lesiones del niño sean graves, o dejen vestigios, para sancionar a los responsables de contravención a los derechos fundamentales, se entiende que los magistrados de todas las instancias, incluso los demás operadores del sistema de justicia (Ministerio Público/ Policía Nacional/DEMUNA), deben suprimir tales estigmas. Todo suceso contravencional tendrá que

ser analizado escrupulosamente, según las características particulares denunciadas o imputadas, partiendo de la idea de esclarecer los sucesos de forma jurídica objetiva.

Si bien, se ha detectado que aún persisten algunos vestigios de exigencias estereotipadas para sancionar a los responsables de afectar derechos fundamentales de infantes, se puede informar que no todo se encuentra extraviado, pues en el camino de verificar un total de 24 fallos casacionales, se han encontrado sentencias dignas de imitar. Son las siguientes:

- De la Casación n.º 2386-2018-Arequipa, se puede observar el argumento de la denunciada, para librarse de la imputación, radicaba en precisar que se defendió de un niño violento; de ahí que pueda afirmar: la etiqueta «niño violento» no solo se encuentra en el argot judicial, se lo tiene arraigado y perenne en las ideas toda la comunidad; no obstante, el fallo de los jueces fue uniforme desde la primera, hasta la última instancia, por cuanto se resolvió, basándose en criterios objetivos:

DIJO: «El alumno sufre de epilepsia, parálisis cerebral y retraso mental, y, estas condiciones hacen que el menor sea un miembro mucho más vulnerable y requiera mayor cuidado y protección».

DIJO: «máxime si al encontrarse estudiando en un centro educativo “especializado”, los docentes que la conforman tienen la obligación de brindar un cuidado excepcional a sus alumnos a efectos de educarlos y no reprimir los actos de indisciplina con violencia».

- De la Casación n.º 4108-2018-Cusco, se puede apreciar que hubo un conflicto entre la demandada (docente) y el padre del niño, siendo la conducta vulnerante de no permitir el ingreso del infante a clases,

problema que se produjo en presencia de otros estudiantes; sobre el tema la Corte Suprema resuelve:

la recurrente pretende cuestionar el criterio jurisdiccional asumido por las instancias de mérito no viable a nivel de esta Corte Suprema, dado el carácter formal del recurso de casación; pues del análisis de la sentencia recurrida se advierte que la Sala de mérito arriba a la conclusión que de una valoración conjunta determinan en efecto ha existido violencia psicológica [...] se comprende los sufrimientos y aflicciones causadas por los hechos.

- De la Casación n.º 1103-2019-Cajamarca, se puede notar la violencia que experimentó esta adolescente, por parte de su docente, la misma que fue degradante. Esta última la exponía a vergüenzas varias delante de los demás estudiantes «la sacaba a la pizarra a resolver ejercicios y al ver que no podía realizarlos, le gritaba y le lanzaba su cuaderno al pupitre».

El argumento que utilizó la demandada fue señalar que el informe psicológico de la víctima reportaba «ligera ansiedad». No obstante, la Corte Suprema no los aceptó; por ello, resaltó el argumento 10) que dice:

este Supremo Tribunal condena todo tipo de violencia infantil, pues se trata de un grupo vulnerable por tener una capacidad limitada para defenderse de las agresiones, más aún si los actos violentos ocurren en un Centro de Educación, que debe ser uno de los lugares donde los menores se tendrían que sentir seguros.

- De la Casación n.º 5883-2019-San Martín, se puede advertir que la demandada señalaba que los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, y los medios de prueba ofrecidos no constituyen elementos suficientes para determinar que haya contravenido algún derecho del

menor, por lo que no se justifica que los órganos jurisdiccionales en las instancias hayan declarado fundada la demanda; no obstante, la Corte Suprema dijo:

Las denuncias devienen en improcedentes, por cuanto lo realmente pretendido por la recurrente es forzar a este Supremo Tribunal a emitir un nuevo pronunciamiento de fondo, respecto de lo decidido en sede de instancia, lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, en tanto que esta Corte vela por el interés de la sociedad, de allí que a través de sus decisiones, se van delimitando criterios jurisprudenciales y conductas de vida, además de redefinir el sentido interpretativo de la norma para el caso en concreto.

- De la Casación n.º 1725-2020-Arequipa, pude percatarme del contradictorio de la demandada que radicaba en defender a su hija de un presunto empujón que otro niño le generó, ya que tal episodio la hizo caer al pavimento.

Por tal motivo, aquella ingresó a las aulas, ubicó al alumno y le gritó verbalmente delante de todos los demás estudiantes, el infante se quedó perturbado y se puso a llorar, situación que le generó afectación psicológica temporal. El argumento de esta parte fue sostener que el resultado de la pericia «contaba con factores externos que estarían afectando la personalidad del niño y que no se encuentran relacionadas con el caso».

En consecuencia, sobre el caso destaco el argumento 8) de la Corte Suprema, donde se dice: «la pericia no es el único medio probatorio que sustenta la decisión judicial, se agregan la testimonial del director, testimonial de docente diferente, declaración del niño, la demandada no ha negado la contravención».

2.4. Acerca de la supuesta residualidad de los procesos de contravención en agravio de infantes

Con relación al tema propuesto, debo señalar que la Sala Civil de la Corte Suprema, a través de la Casación n.º 3765-2014-Lima, validó la residualidad con la siguiente decisión: «con el presente proceso se sancionará doblemente al demandado, además aquél tiene calidad de funcionario, y viene siendo investigado en la vía penal». En consecuencia, se confirmó la improcedencia de la demanda contravencional presentada por el Representante del Ministerio Público.

Con la referida respuesta se restringió lo estipulado en la última parte del artículo 70 del Código de los Niños y Adolescentes «Los funcionarios responsables serán pasibles de multas y quedarán obligados al pago de daños y perjuicios por incumplimiento de estas disposiciones, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar»; situación que quedaba en evidencia a razón de los varios fallos que emitía el Tribunal Constitucional, en los que se precisaba en forma clara el alcance del derecho de la persona de no ser investigado o juzgado en forma reiterada por los mismos hechos (Expediente n.º 2050-2002-AA/TC Lima, Expediente n.º 1670-2003-AA/TC Lambayeque, Expediente n.º 01667-2012-PHC/TC Lima).

Acerca de la marcada línea jurisprudencial, el supremo intérprete de la Constitución reiteró que el doble enjuiciamiento se encuentra prohibido, siempre que los elementos: *sujeto*, *hecho* y *fundamento* se adecuen al unísono; es decir, si todos ellos confluyen en dos investigaciones diversas, el resultado devendría en vulneración al principio aludido. Para aclarar aún más esta situación se estableció lo siguiente:

El ne bis in ídem material: El elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho

cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

El ne bis in ídem procesal: Se trata de un nuevo enjuiciamiento, orientado a determinar la aplicabilidad, o no, de una nueva sanción, sustentado en la afectación de bienes o intereses jurídicos de distinta naturaleza, ello sí está permitido.

De lo referido, el centro del asunto para determinar que *el proceso contravencional* no resulta en impedimento para que el mismo investigado sea juzgado en la vía penal, de corresponder el tema, estriba en el *fundamento jurídico*. Por un lado, el primero tiene el propósito de proteger al infante de la vulneración de sus derechos fundamentales, en todas las dimensiones posibles, pudiendo incluso abarcar ámbitos familiares, además de ámbitos sociales. En tanto, el segundo tiene el objeto de procurar que el culpable del delito no quede impune del crimen cometido. Tal circunstancia, años más tarde (2017), fue comprendida por la Sala Civil que integra a los jueces supremos de la República, a razón del siguiente fallo:

Casación n.º 2464-2017-Puno:

No se vulnera principio *ne bis in ídem* procesal al seguirse un proceso por contravención de los derechos del niño y adolescente, contra la misma persona y por los mismos hechos, dado que se sustenta en fundamentos distintos, esto es, en la afectación de bienes o intereses jurídicos de diferente naturaleza.

De otro lado, resulta oportuno destacar que antes de la emisión del fallo, materia de comentario, otra norma apareció para recordar que el proceso por contravención a favor de los infantes, resultaba discordante en fundamentos ante las investigaciones en asuntos del

sistema penal del mundo adulto. Por ello, se ratificaba una vez más que no existía la vulneración del derecho fundamental «no ser investigado dos veces por los mismos hechos, no ser sancionado dos veces por las mismas causas». Así, quedó plasmado en el artículo 50 del Reglamento de la Ley n.º 30364 (Decreto Supremo n.º 009-2016) que refiere:

Tratándose de actos de violencia en agravio de niñas, niños y adolescentes que no constituyan faltas o delitos, la Fiscalía Provincial Penal o Mixta, remite los actuados al Juzgado de Familia, cautelando el interés superior del niño y sus derechos, a fin de que evalúe el inicio del proceso de contravención a sus derechos de conformidad a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes.

Anoto un ejemplo: personas que poseen como mascotas *canes peligrosos*, que ataquen a los niños, pueden ser investigados, tanto por vía contravencional como por la vía penal. En la primera, se esclarecerá si la persona natural vulneró por acción los derechos fundamentales: vivir en un ambiente sano libre de peligros para su vida; respeto a su integridad física y psicológica; y respeto al derecho bienestar y libre desarrollo. Se solicitará multa, y pago por los daños y perjuicios, y medidas de protección pertinente (contra la persona natural y la autoridad municipal). En la segunda, dependiendo del número de días de lesiones físicas en el niño víctima, el fiscal penal o juez de Paz Letrado, según corresponda, buscará la sanción punitiva contra la persona natural.

Con lo desglosado y habiendo expuesto las aristas que cada operador judicial tiene que resolver, queda clarificado en exceso que no existe o existiría vulneración alguna al Principio y Derecho «no ser investigado dos veces por lo mismo, no ser juzgado dos veces lo mismo, no ser sancionado dos veces por lo mismo».

3. CONCLUSIONES

- El Proceso Contravencional contiene bases de triple naturaleza jurídica «penal, civil y tutelar»; sin embargo, como anoté en mis comentarios, remarco que la naturaleza superior de esta materia radicaría en el despliegue de su finalidad específica que es proteger a la niña, niño y adolescente, de toda intromisión que atente contra su libre desarrollo y bienestar. Por ello, tengo que abogar para considerar que la única naturaleza jurídica devendría en lo tutelar.
- El fiscal de familia tiene dos caminos legales en temas contravencionales: demandar ante el órgano judicial o archivar a razón de que no existen pruebas que la motiven, así como archivar con recomendaciones, atendiendo a su función preventiva a razón de que los ofensores se alinearon al cumplimiento de la Ley, verificando siempre que no se haya generado perjuicio en agravio de las niñas, niños y adolescentes.
- Los actores del proceso contravencional, en especial el juez de familia y el fiscal de familia tienen sus roles definidos, los mismos que se encuentran marcados tanto por las leyes nacionales, como internacionales; de ahí que se deba informar que ninguno puede sobrepasar sus límites, menos suplir funciones. Se debe recordar que el fiscal tiene el rol de investigar y el juez de resolver con imparcialidad el conflicto.
- El argumento del «interés superior del niño» debe ser usado para favorecer al infante, en todo lo que le favorezca. No obstante, el referido Principio jamás puede ser usado para avasallar las garantías judiciales de las partes involucradas, en especial del demandado «derecho de defensa». En el caso de que el juzgador desee proteger al niño a razón de alguna medida de protección, no peticionada por el fiscal de familia, será requisito *sine qua non* «exponerlo al debate y contradictorio».

- A la fecha todos funcionarios, servidores, autoridades, personas naturales, personas jurídicas pueden ser pasibles de denuncia por contravención, ya sea de parte o de oficio. En este último, el Fiscal de Familia deberá estar vigilante frente a los problemas que ocurran en su comunidad y que afecten los derechos fundamentales en agravio de niños y adolescentes. No debe olvidar su misión principal: prevenir y perseguir el delito; defender la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos amparados por la ley; representar a la sociedad, al menor y a la familia en juicio; y velar por la recta administración de justicia.
- La investigación fiscal, así como la decisión judicial, debe estar alejada de estereotipos en contra de las niñas, niños y adolescentes, siempre recordándose que son sujetos de derechos, y las víctimas del proceso contravencional. Por ende, la autonomía e imparcialidad de los operadores de justicia resulta la piedra angular para evitar la impunidad; por cuanto, partir de dudar de la versión del infante y exigirle comportamientos ideales para la fundabilidad del drama humano vivido nos alejaría de un Estado Constitucional de Derecho.
- No existe residualidad en los procesos de contravención; en caso, el tema «afectación de derechos fundamentales en agravio de niños», además, contenga connotaciones de naturaleza penal contra los denunciados del mundo adulto, el fiscal de familia podrá remitir copias de los actuados para sean tramitados ante la Fiscalía Penal de Turno, según corresponda, las lesiones por dolo o culpa; o aquellas que sin existir lesión deban ser derivadas para ser tramitadas por el Juzgado de Paz Letrado de Faltas.

REFERENCIAS

- Bustos Ramírez, J. (1997). *Perspectivas de un Derecho Penal del Niño*. Nueva Doctrina Penal. 1997/A. Editores del Puerto.
- Chunga Lamonja, F. (2007). *El adolescente infractor y la Ley Penal*. Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L.
- Cillero, M. (2011). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28723-infancia-autonomia-y-derechos-cuestion-principios>
- Cook, R. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de Género-Perspectivas Legales Transnacionales*. Andrea Parra (trad.) Profamilia. <https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/1939/estereotipos-de-genero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guzmán M. y Verstappen, B. (2003). *¿Qué es la vigilancia de los derechos humanos?* Editorial HURIDOCs. <https://huridocs.org/wp-content/uploads/2020/12/whatismonitoring-spa.pdf>
- Maier, B. J. (2000). *Derecho procesal penal argentino*. Vol. I. Editores del Puerto.
- Pacheco, D. L. (2019). *¿Quiénes pueden ser demandados por contravención y qué sanciones son aplicables?*. <https://lpderecho.pe/author/dpacheco/https://lpderecho.pe/quienes-pueden-demandados-contravencion-que-sanciones-aplicable/>
- Sirvent, C. (2003). Los Sistemas Jurídicos Mixtos. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. (4.^a ed.). Editorial Porrúa.
- Sajon, R. (1986). El menor infractor. En *10º Aniversario. 1976-1986*. (Tomo II). Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Tantaleán, R. M. (2023). Las contravenciones contra niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú. *Revista de Derecho Privado-Universidad de Colombia*, 7-9. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/8700>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (1999). Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de noviembre de 1999). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Caso Jailton Neri Da Fonseca c. Brasil, Caso 11.634, Informe n.º 33/04, Comisión I. D. H. (11 de marzo de 2004). F. 12. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/brasil.11634.htm>

Caso Servellón García y otros vs. Guatemala (2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos (21 de septiembre de 2006). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf

Caso Barreto Leyva vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fundamentos 27, 28 y 31) (17 de noviembre de 2009). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

Expediente n.º 2488-2002-HC/TC-Piura (2002). Tribunal Constitucional (18 de marzo de 2004). F. 6.

Expediente n.º 2050-2002-AA/TC-Lima (2002). Tribunal Constitucional.

Expediente n.º 1670-2003-AA/TC-Lambayeque (2003). Tribunal Constitucional.

- Expediente n.º 01667-2012-PHC/TC-Lima (2012). Tribunal Constitucional.
- Expediente n.º 4058-2012-PA/TC (2012). Tribunal Constitucional (30 de abril de 2014).
- Ley n.º 27337. Código de los Niños y Adolescentes (artículos 72, 136, 137 c), e), 176, 177). *Diario Oficial El Peruano* (07 de agosto de 2000).
- Ley n.º 27444. TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (artículo 246). <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/2040776-texto-unico-ordenado-de-la-ley-n-27444-ley-del-procedimiento-administrativo-general-actualizado-al-13-de-julio-de-2021>
- Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. <https://www.refworld.org/es/leg/coment/crc/2009/es/70207>
- Observación general n.º 13 (2011). El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. <https://www.refworld.org/es/leg/coment/crc/2011/es/82269>
- Opinión Consultiva OC-17 (2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. (Sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana). Párr. 87. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Recurso de Nulidad n.º 2823-2015-Ventanilla (2015). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (01 de junio de 2017). F. 07.
- Resolución Legislativa n.º 25278. Convención de los Derechos del Niño (04 de agosto de 1990).
- Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 04227-2010-PHC (2010). Tribunal Constitucional (06 de diciembre de 2011).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

La autora declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Análisis, redacción y aprobación de la versión final que se publicará.

Biografía de la autora

Nery Ivonne Fernández Ramírez es abogada por la Universidad Particular de Iquitos (hoy Universidad Científica del Perú). Maestra y doctora en Derecho por la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Es ponente y conferencista en temas de derecho de familia, derecho de niños y adolescentes, y violencia familiar. Actualmente, se desempeña en el Ministerio Público como fiscal provincial titular de la Tercera Fiscalía de Familia Del Santa. En el mes de febrero del año 2017, obtuvo el primer puesto en el Concurso Nacional de Buenas Prácticas convocado el Consejo Nacional de la Magistratura, en el tema «Acceso a la justicia y buen trato al ciudadano». En el mes de junio, obtuvo el tercer puesto en el Concurso Nacional sobre Innovación convocado por el Ministerio Público, en el tema Comunicación Interna y Externa. Ese mismo año, recibe reconocimiento de mención honrosa por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la convocatoria Concurso Nacional de Ponencias sobre Conciliación Extrajudicial, con el tema «Módulos Itinerantes de Conciliación Fiscal».

Correspondencia

nifernandezdj@mpfn.gob.pe