

# PROCEDIMIENTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE MENOR DE 14 AÑOS QUE ENTRA EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

LUIS MIGUEL FERNÁNDEZ ARIAS\*

## Resumen

Mediante el presente trabajo queremos hacer un llamado a la reflexión a todos los operadores jurídicos involucrados en el tema de niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal al haber incurrido en actos ilícitos. Hacemos notar la falta de normas claras y precisas que permitan llegar a determinar cuál es la medida de protección más idónea y adecuada para esta población infantil. De igual forma, pretendemos propiciar un sano e interesante debate sobre cuál es la finalidad de los procesos tutelares que se instauran a tal efecto, pues de inicio consideramos que estos tutelares resultan distintos a los procesos que se instauran por causales de abandono.

*Palabras clave:* Niño infractor, debido proceso, proceso tutelar, medida de protección, finalidad, derechos del niño.

## Abstract

By this work, we want to make a call for the reflection of all legal operators involved in the issue of Children and adolescents under 14 years, conflicting with the Law having committed unlawful acts.

We notice that the lack of clear and precise rules to allow access to determine which is the best measure of protection for this child population.

Similarly we intend to promote a healthy debate on what is the purpose of the tutelary processes that are established, so with the beginning we consider these tutelary are different. From the processes of abandonment.

*Keywords:* Child ofender, due process, tutelary process, measure of protection, purpose, rights of the child.

## Sumario

1.- Justificación. 2.- Introducción. 3.- Problemática. 4.- Situación actual del sistema para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años. 5.- El niño, niña y adolescente menor

---

\* Fiscal adjunto al Provincial Civil y de Familia de Mariano Melgar - Arequipa.

de 14 años exento del sistema penal juvenil. 6.- Legislación comparada. 7.- Finalidad del proceso Tutelar para los Niños, Niñas y adolescentes exentos de responsabilidad penal. 8.- Conclusiones.

## 1. Justificación

Un sector de la sociedad que se encuentra desde hace mucho tiempo atrás en situación vulnerable, y que incluso corre el riesgo que su problemática llegue a ser “invisible” ante los ojos de los demás (incluidas autoridades involucradas en el tema), por cuanto no se aplican factores de protección reales, y que actualmente se ve reflejada en las actitudes y comportamiento de la juventud y personas adultas son los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal. Basta para comprobar dicha afirmación, lo opinado por el Comité de expertos de las Naciones Unidas en los Derechos del Niño<sup>1</sup>, que en uno de sus últimos informes (marzo 2016) nos refiere que surge la necesidad que el Estado continúe brindando el apoyo necesario pero de carácter real para garantizar los programas en favor de los derechos de los niños<sup>2</sup>.

De igual forma, si revisamos los datos estadísticos del INEI, observamos que en el año 2012 se inscribieron en dicho registro 13126 divorcios<sup>3</sup>. Este

---

<sup>1</sup> El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Segunda se detalla en su página web: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

<sup>2</sup> “The Committee welcomes the adoption of the national plan of action for children and adolescents for the period 2012-2021 and the inclusion of civil society in the work of the permanent multisectorial commission that is entrusted with implementation and monitoring of the plan. The Committee is, however, concerned that resources allocated for the plan’s implementation are limited and that indicators for monitoring and evaluation of the plan are lacking.” **Traducción libre:** “El Comité celebra la aprobación del plan nacional de acción para los niños y adolescentes para el periodo 2012-2021 y la inclusión de la sociedad civil en el trabajo de la comisión multisectorial permanente que se encarga de la implementación y monitoreo del plan. El Comité está, sin embargo, preocupado porque los recursos asignados para la implementación del plan son limitados y los indicadores de seguimiento y evaluación del plan son insuficientes.” Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Peru- Estas observaciones incluso opinan por que se derogue el Decreto Legislativo 1204, ya que vulnera derechos de los adolescentes en el campo de la justicia penal juvenil.

<sup>3</sup> Perú: Nacimientos, Defunciones, Matrimonios y Divorcios, 2012. Lima, noviembre del 2013. INEI, en

número, de por sí ya elevado, solo nos revela la cifra de matrimonios que se disuelve, donde obviamente el ámbito de protección familiar hacia el grupo etario va a variar (en sentido negativo), y hace que se presenten factores de riesgo en los niños. Claro, se reconoce que el origen del problema planteado es multifactorial. Llegando a tener niños, niñas y adolescente menores de 14 años que debido a diversas condiciones en su formación y ambiente, llegan a vulnerar la ley penal. Precisamente, mediante el presente trabajo pretendemos sustentar dos aspectos: Primero: Que actualmente no existe un procedimiento definido y pre establecido legalmente en nuestro país, para juzgar a los niños y adolescentes menores de 14 años cuando entran en conflicto con la ley penal sustantiva, con plazos, formas, requisitos, entre otros, lo cual resulta no solo perjudicial para los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, sino que también evidencia una desatención preocupante por parte del Estado e Instituciones hacia este sector de la población, lo cual generaría a la larga una gran responsabilidad por parte del Estado Peruano ante los organismos internacionales, que incluso podrían incluir indemnizaciones pues resulta vulneratorio a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes que no se establezca un procedimiento previo para determinar la mejor forma de intervención.

Por tanto, en el presente trabajo pretendemos sustentar el hecho que al niño, niña y adolescente menor de 14 años le corresponde un procedimiento previo a la medida que se le imponga el cual también debería estar premunido de diversas garantías a fin de no vulnerar derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años<sup>4</sup>. Obviamente, este punto ha sido bastante descuidado por expertos y autoridades involucrados en este tema. Y, Segundo: Que no existe una finalidad claramente definida respecto de que es lo que se busca con el procedimiento para niño infractor. Es decir, consideramos que las autoridades no tienen del todo claro el tema del “para que” se emplea el proceso para niño infractor<sup>5</sup>. Siendo que a través de los procesos que se

---

[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1100/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1100/libro.pdf)

<sup>4</sup> BELOFF, Mary. *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores). “Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convencional internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)” Temis/Depalma. Bogotá, 1998. Sostiene la autora que “sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención”.

<sup>5</sup> Ello a pesar del transcurso del tiempo y de la vigencia de las normas para niño infractor que datan del año 2000. Lo cual no resulta único, pues si revisamos v. gr. el tema de la tenencia

instauran para tal fin solo buscan cumplir determinados procedimientos y acciones a fin de dictar una medida de protección sin mayor investigación conforme a la naturaleza especial de la acción en la cual incurrió el niño, niña o adolescente menor de 14 años.

## **2. Introducción**

La doctrina de la Protección Integral<sup>6</sup> que reconoce como sujetos de derecho a los niños, niñas y adolescentes (es decir reconoce derechos y por supuesto también obligaciones a los menores de 18 años), en reemplazo de aquella vieja, vetusta y abusiva Doctrina de la Situación Irregular de los menores de edad, se encuentra recepcionada en nuestro país, en razón de haber suscrito la Convención de los Derechos del niño<sup>7</sup>, habiendo inspirado la modificación del Código de los Niños y Adolescente en el año 2000, teniendo en cuenta además que de por sí, esta Convención resulta de aplicación vinculante, ello a la luz del principio de Convencionalidad, siendo que ya diversa jurisprudencia internacional, lo ha reiterado<sup>8</sup>. Es más, resulta preciso señalar que la finalidad de la Doctrina de la Situación Irregular era brindar protección a los menores en situación *irregular* por encontrarse con lo que se ha llamado en un “*vacío moral*”, ya sea por su “*estado de abandono*” o su “*estado peligroso*” o incluso considerados como “*enfermos*”, donde no correspondía

---

compartida, observamos que tampoco este instituto no ha sido recepcionado de la menor manera en nuestro sistema jurídico.

<sup>6</sup> Con el término Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia se hace referencia al conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que brindan los lineamientos generales sobre derechos de la infancia y que implican un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la niñez y la adolescencia. “La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad”. Artículos seleccionados. Silvana Garello. 4 Año 2 - Nro. 4 - Revista “Debate Público. Reflexión de Trabajo Social” - Artículos seleccionados

<sup>7</sup> El Perú con fecha 26 de Enero de 1990, suscribió la Convención de los derechos del niño. Y fue ratificada mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 4 de agosto del mismo año.

<sup>8</sup> Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003, fund. 133 “En este sentido, la Corte señala que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no solo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”. En general dentro de las sentencias más trascendentes que señalan la necesidad de cumplir con la Convención sobre los derechos del niño, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pueden revisar la de “Niños de la Calle” (Villagran Morales y otros Vs. Guatemala), la sentencia de Campo Algodonero (Gonzales y otras vs. México), Servellón García y otros Vs. Honduras, así como la de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

otorgar las garantías propias de la persecución estatal ni aplicación del *ius puniendi* reservado para adultos, por lo tanto no podía limitarse de ninguna manera la intervención del juez, por el contrario, debía facilitársele y brindarle las más amplias facultades en resguardo del infante en situación irregular y se resolvía en función de su condición económica o social<sup>9</sup>. Queda sentado que no me estoy refiriendo, por más parecido o similitudes que se detecten, al actual proceso para el menor de 14 años por infracción a la ley penal, sino que son comentarios de la doctrina de la situación irregular supuestamente ya desterrada de nuestras legislaciones.

Sin embargo, más allá de la recepción interna de la referida normatividad internacional, y de la consagración del Principio Tuitivo del *Interés Superior del Niño* así como el de *Desarrollo Integral*, en nuestro país todavía existen deficiencias y rezagos de aquella vieja doctrina ya señalada, que se concretizan en diversos hechos y procedimientos que nos permitirían afirmar que actualmente estamos todavía bastante distantes de interiorizar y asumir una doctrina que propugne mejores condiciones para los niños, niñas y adolescentes. Y la situación también es preocupante hacia el futuro por cuanto el Proyecto del Nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes<sup>10</sup>, contempla fórmulas legales que de por sí resultan vulneratorias para los derechos de los infantes, sobre todo en el área penal juvenil (adolescente infractor), donde sin mayor análisis se pretende equiparar o transpolar figuras de la justicia penal ordinaria, ampliar plazos de detención preventiva, no establecer como obligación que hayan defensores públicos especializados en justicia penal juvenil, así como variar el ente que debe regentar los centros juveniles sin mayor sustento, entre otros cambios que aparentemente van *in peius*. Pero estas modificaciones, no son las únicas que pueden causarnos sorpresa o desazón, ya que si observamos con detenimiento, existe un aspecto que aún no se ha debatido con seriedad y resulta de trascendental importancia porque es la primera oportunidad en que los operadores del sistema jurídico tienen contacto con los infantes en riesgo, y que se ha dejado de lado, sin mayor análisis, como es el lograr un verdadero Sistema de Justicia para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal.

---

<sup>9</sup> Las doctrinas de la protección a la niñez y adolescencia y su impacto en el ámbito penal. María Consuelo Barletta Villarán. En el Manual autoinstructivo del curso de Especialización: "Hacia una comprensión multidisciplinaria de la Justicia Penal Juvenil: Retos y perspectivas para la consolidación de una justicia restaurativa y la reinserción socio familiar". Amag, 2015.

<sup>10</sup> Publicado en la página web del Congreso de la República, donde se publicita los tres proyectos de Nuevo Código, uno en mayoría y dos en minoría.

### **3. Problemática**

En agosto del 2009, el diario La República, nos contaba que en la ciudad de Arequipa, un menor de iniciales F. B. Y. (12) habría asfixiado a Juana Valderrama Salas (73) en la vivienda donde él trabajaba, según dijo a la Policía, para robarle algunas joyas y venderlas, por lo que la Fiscalía de Familia solicitaría al Juez de Familia una medida de protección por presuntamente haber cometido asesinato. La fiscalía había señalado que de acuerdo con la ley, el menor no puede ser sometido a una sanción penal, por lo que no se abrirá ningún tipo de proceso en su contra. Los familiares del menor indicaron que F. B. Y. fue siempre un niño normal, y aclararon que en su tierra natal nunca cometió delito alguno como se informó<sup>11</sup>. De igual forma, en marzo del 2014, el diario El Comercio, reseñaba que en el departamento de la Libertad, organizaciones criminales de diferentes zonas del país captan a adolescentes cada vez de menor edad, llegando a los de 12 años, quienes ya tienen experiencia en el manejo de armas, y son usados para burlar penas de cárcel, debido a que las sanciones para ellos son mínimas según el Código del Niño y de los Adolescentes, incluso cuando la policía presentó a dos peligrosas bandas de sicarios que operaban en Chincha, también se intervino a cuatro menores de edad, y uno de ellos, con apenas 12 años, no obstante su vinculación con delincuentes, la Fiscalía de Familia dispuso que sean custodiados por sus padres<sup>12</sup>.

De los ejemplos citados se aprecia claramente que se transmite a la sociedad, por parte de los medios de comunicación, que los menores de 14 años no reciben ningún tipo de sanción o imposición de medida ejemplar que retribuya su erróneo accionar, además de informar distintas soluciones para los problemas presentados, como si cualquier menor de 14 años, no tendría un procedimiento pre establecido por ley para aplicarle la medida correspondiente o una sanción si cometen una vulneración a la ley penal; pero ellos sabemos que no es cierto por cuanto sí se le otorga una medida de protección sin un debido proceso previamente determinado por ley, por cuanto no existe, a pesar que el Supremo Intérprete dijo hace algunos años atrás que este procedimiento sí debería existir<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> <http://archivo.larepublica.pe/27-08-2009/arequipa-solicitaran-proteccion-para-menor-presunto-asesino-de-anciana>.

<sup>12</sup> [http://elcomercio.pe/peru/la-libertad/ninos-12-anos-son-entrenados-delincuentes-asesinar-noticia-1718910?ref=flujo\\_tags\\_375608&ft=nota\\_10&e=titulo](http://elcomercio.pe/peru/la-libertad/ninos-12-anos-son-entrenados-delincuentes-asesinar-noticia-1718910?ref=flujo_tags_375608&ft=nota_10&e=titulo)

<sup>13</sup> Exp. N° 00162-2011-PHC/TC. Fundamento 5: "Asimismo, si bien se alega que para la imposición de alguna de las medidas de protección no se debió iniciar proceso contra el

Al respecto, si revisamos los proyectos, en mayoría y minoría, de los nuevos Códigos de Niños, Niñas y Adolescentes, veremos que por un lado, si cumplen con precisar algo que ha demorado en entenderse en nuestro país, que los menores de 14 años no se encuentran dentro del sistema penal juvenil, señalando el proyecto en mayoría que en caso se infrinja la ley penal y el Fiscal considere necesaria una medida de protección, deberá remitir copias de las piezas pertinentes de la investigación al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para que se le brinde atención y se dicte la medida de protección. Es decir resolución en la vía administrativa. De otro lado, para ayudar a la idea que el tema sigue todavía en debate y no existen posiciones claras, el proyecto en minoría (de la Congresista Solórzano) señala que la imposición de medidas de protección requiere la participación del menor de catorce años mediante un proceso investigatorio, donde la fiscalía competente puede solicitar la apertura de la investigación especial por “infracción a la ley penal” al juzgado especializado, realizando una Audiencia Única donde se actuaran los medios probatorios y seguidamente se resolverá la situación de la niña, niño o adolescente para el otorgamiento de una medida de protección. Se precisa que previo a resolver debe haber dictamen fiscal (es decir se continua en la errada figura de pedir la opinión, antes de resolver, a la misma autoridad o entidad que solicitó la imposición de la medida de protección), así como recabar los informes respectivos del equipo multidisciplinario, y luego de lo cual el juzgado debe resolver (es este, el camino correcto). Se resuelve en la vía jurisdiccional. Al igual que en el proyecto anterior, no se habla de medidas alternativas que puedan aplicarse al niño o adolescente infractor<sup>14</sup>. Es decir por un lado, tenemos que, una vez

---

favorecido, la imposición de alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requería que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido en la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor; lo que implicaba el inicio de un proceso” (subrayado nuestro). Aunque también debe reconocerse que en otras ocasiones nuestro Tribunal no ofrece mayores luces sobre el sistema penal juvenil sobre todo cuando en alguna resolución se señala como uno de los elementos principales de una doctrina de protección integral que “Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo “el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia” (El subrayado es nuestro pero la sentencia corresponde al expediente Exp. N° 03247-2008-PHC/TC). Por supuesto hoy en día con lo avanzado y estudiado en el tema de justicia juvenil restaurativa, lo subrayado sería decimonónico.

<sup>14</sup> Claro, porque son creadas para adolescentes mayores de 14 años y menores de 18, y no para menores de 14 años. Sin embargo, queda la duda si debería ampliarse o no al sector de menor de 14 años.

terminada la investigación fiscal donde intervino el menor de 14 años, no sabemos con qué garantías, porque el Código no lo establece, debería remitirse a una entidad administrativa a efecto que emita el pronunciamiento respectivo. Y, en el dictamen de minoría de la congresista Solórzano ya se propone por lo menos un procedimiento para juzgar a un menor de 14 años, sin embargo, quedan muchas ideas en el tintero, como por ejemplo ¿cualquier niño, niña o adolescente podría ser juzgado bajo este procedimiento incluso niños de 4, 5 o 6 años de edad?, cual es el plazo máximo que debe durar dicha investigación, entre otros muchos temas<sup>15</sup>.

#### **4. Situación actual del sistema para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años**

El artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, señala en su tercer párrafo: “En caso de infracción a la ley penal, el niño y el adolescente menor de catorce (14) años será sujeto de medidas de protección y el adolescente mayor de catorce (14) años de medidas socio-educativas.”

El artículo 184° del CNA señala: “El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código. El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código.”

Y el artículo 242° del CNA señala con respecto al tema lo siguiente<sup>16</sup>:

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

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

---

<sup>15</sup> El otro dictamen en minoría emitido por la Congresista Rosa Mavila también expresa igual sentido estableciendo un procedimiento similar. Por tanto se aprecia que los dos dictámenes en minoría se inclinan por establecer un procedimiento especial en sede jurisdiccional y no administrativa como lo hace el dictamen en mayoría.

<sup>16</sup> El subrayado es nuestro.

A nivel nacional no existe mayor normatividad para juzgar a niños y adolescentes menores de 14 años que entren en conflicto con la ley penal para adultos.

Por tanto, se aprecia que conforme al Código de los Niños y Adolescentes, cuando un menor de 18 años, cumple con el supuesto de hecho de la norma penal vulnerando bienes jurídicos debidamente tutelados en el ordenamiento jurídico corresponde se le imponga una medida socio educativa, si tiene más de 14 años y menos de 18, y una medida de protección, si tiene menos de 14 años.

Se resalta en esta parte que existe demasiada similitud entre las medidas de protección que se conceden al niño o adolescente que comete infracción a la ley penal con las medidas de protección al niño o adolescente en presunto estado de abandono contenidas en el artículo 243 del cuerpo legal citado que señala<sup>17</sup>:

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

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

Siendo la pregunta que surge en forma inmediata, porqué al niño o adolescente infractor le corresponde las mismas medidas que corresponden a un niño o adolescente que se encuentra en situación de abandono, si son situaciones distintas y supuestos distintos conforme se evidencia del artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes:

---

<sup>17</sup> El subrayado es nuestro.

“El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

- a) Sea expósito;
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran;
- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono”.

Es decir coincidimos, y afirmamos que a los niños y adolescentes menores de 14 años que vulneran la ley penal, les corresponde una solución fuera del sistema penal, y que viene dirigida desde la óptica tutelar, sin embargo, también pensamos que las soluciones que se apliquen deben tener una orientación distinta o singular, toda vez que corresponden a situaciones que afectan a terceras personas, las cuales han resultado afectadas en alguno de los bienes jurídicos protegidos por el sistema penal. Es donde se proponen

que se lleven a cabo diferentes acciones como terapias dirigidas a los niños pero también a los padres, pues son ellos quienes han tenido un deficiente trabajo con sus hijos, entre muchos otros<sup>18</sup>.

## 5. El niño, niña y adolescente menor de 14 años exento del sistema penal juvenil

Algo que a nuestro parecer ya debe quedar definido, y lo reiteramos, es que los menores de 14 años de edad, en el Perú, se encuentran fuera del sistema penal juvenil, toda vez que, la Convención señala en el artículo 40 numeral 3:

*“a): Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.*

Para su mayor comprensión Mateo de Ferrini señala que: *“La Convención deja librado establecer esa edad mínima, al derecho de cada Estado, y así debe ser, ya que el llamado interés superior del menor, de reconocimiento universal con la Convención, deberá ser respetado y protegido sin desmedro pero en consonancia a la propia realidad social de cada Estado”*

Por tanto, queda meridianamente claro que para las Naciones Unidas a los niños exentos de responsabilidad penal no debe iniciarse proceso judicial similar al proceso penal juvenil, requiriéndose erradicar la aplicación de medidas que encubran un control socio-penal, por ello se alude explícitamente al final del artículo en mención y no de manera innecesaria a

---

<sup>18</sup> En realidad tampoco este planteamiento constituye algo novedoso, cito como ejemplo el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, que ya ha cumplido más de 25 años en vigencia, que señala en su artículo 101 lo siguiente: “Art. 101. Verificada cualquiera de las hipótesis previstas en el art. 98, la autoridad competente podrá determinar, entre otras, las siguientes medidas: I - encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad; II - orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III - matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV - inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V - solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento en ambulatorio; VI - inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII - abrigo en entidad; VIII - colocación en familia sustituta”.

que "...se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales." Al respecto se ha señalado que "En este sentido, para los menores de edad de los cuales se presume que no tengan la capacidad para infringir las leyes penales, el citado Convenio establece que los Estados miembros deberán adoptar tratamientos, sin recurrir a los procedimientos judiciales, en los que se deberán respetar plenamente los derechos humanos y las garantías individuales del menor"<sup>19</sup>.

## **6. Legislación comparada**

La legislación que existe en los diversos países de Latinoamérica puede servir de orientación para poder encontrar la solución al procedimiento que debe aplicarse para nuestros niños y menores de 14 años que vulneran la ley penal.

Así vemos que en Argentina, conforme a la Ley Nacional 26.061, se indica que en los supuestos de infracciones de extrema gravedad por niños exentos de responsabilidad penal, se les puede restringir la libertad ambulatoria. No como una pena en sí, sino como medida tutelar. Esta medida restrictiva de libertad ambulatoria es solicitada por el fiscal al juez de garantías. Debe precisarse que en el Régimen Penal de la Minoridad argentino se establece la inimputabilidad para los menores de 16 años, la imputabilidad relativa para quienes tengan entre 16 y 18 años y la imputabilidad absoluta para quienes tengan entre 18 y 21 años, ya que en el artículo 1 de la referida ley expresa: "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación"<sup>20</sup>.

El artículo 531 de la Ley Orgánica de Protección para Niños, Niñas y Adolescentes señala que "*Las disposiciones de este Título serán aplicables a todas las personas con edad comprendida entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer el hecho punible, aunque en el transcurso del proceso alcance los dieciocho años o sean mayores de esa edad cuando sean acusados*". Luego el artículo 532 de la referida Ley señala de manera expresa que "*Cuando un niño se encuentre en un hecho punible solo se aplicaran medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en*

---

<sup>19</sup> DAGDUG KALIFE, Alfredo. Aspectos procesales de los asuntos de menores infractores. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Primera Edición, 2005.

<sup>20</sup> La justicia penal juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad. Silvana Garelo. Artículos seleccionados. Revista "Debate Público. Reflexión de Trabajo Social.". Año 2. Nro. 4. Noviembre del 2012.

*esta ley. Si un niño es sorprendido en flagrancia por una autoridad policial, está dará aviso al Fiscal del Ministerio Público quien lo pondrá dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la orden del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.”*<sup>21</sup>

El artículo 138 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, sancionada por Decreto número 27-2003, señala en relación al tema que: *“Los actos cometidos por un menor de 13 años de edad, que constituyan delito o falta no serán objeto de este título, la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Dichos niños y niñas serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueran necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres y encargados y deberán ser atendidos por los Juzgados de Niñez y Adolescencia”*.

El artículo 2 de la Ley del Menor Infractor del Salvador expresa que *“Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse un aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.”*

El Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia en el artículo 269<sup>22</sup> señala: *“I. La persona adolescente menor de catorce (14) años de edad está exenta de*

---

<sup>21</sup> Las medidas de protección se regulan en el artículo 126:

Tipos. Una vez comprobada la amenaza o violación a que se refiere el Artículo anterior, la autoridad competente puede aplicar las siguientes medidas de protección: a) Inclusión del niño, niña o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios de los programas a que se refiere el Artículo 124 de esta Ley. b) Orden de matrícula obligatoria o permanencia, según sea el caso, en escuelas, planteles o institutos de educación. c) Cuidado en el propio hogar del niño, niña o adolescente, orientando y apoyando al padre, a la madre, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño, niña o adolescente, a través de un programa. d) Declaración del padre, de la madre, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo responsabilidad en relación al niño, niña o adolescente. e) Orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, ambulatorio o en régimen de internación en centro de salud, al niño, niña o al adolescente que así lo requiera o a su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso. f) Intimación al padre, a la madre, representantes, responsables o funcionarios y funcionarias de identificación a objeto de que procesen y regularicen, con estipulación de un plazo para ello, la falta de presentación e inscripción ante el Registro del Estado Civil o las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad de niños, niñas y adolescentes, según sea el caso. g) Separación de la persona que maltrate a un niño, niña o adolescente de su entorno. h) Abrigo. i) Colocación familiar o en entidad de atención. j) Adopción. Se podrá aplicar otras medidas de protección si la particular naturaleza de la situación la hace idónea a la preservación o restitución del derecho, dentro de los límites de competencia del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que las imponga.

<sup>22</sup> Código Niña, Niño y Adolescente, Ley N° 548 de 17 de julio de 2014.

*responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil, la cual será demandada a sus responsables legales en la jurisdicción civil. II. Cuando una persona adolescente menor de catorce (14) años fuera aprehendida o arrestada, será remitida a la Instancia Técnica Departamental de Política Social, para la verificación del respeto de sus derechos y garantías y la inclusión en los programas de protección que correspondan, sin perjuicio de medidas de protección dictadas por la autoridad competente. III. Las niñas y los niños en ningún caso podrán ser privados de libertad, procesados o sometidos a medidas socio-educativas. IV. No será procesado ni declarado penal o civilmente responsable, la o el adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años con discapacidad intelectual, psíquica o mental, que no pueda comprender la antijuricidad de su acción”.*

Se aprecia de las normas analizadas que algunas normas se orientan a brindar un tratamiento con instituciones especializadas del ámbito tutelar en lugar de un procedimientos jurisdiccionales, sin embargo, también se aprecia la intervención jurisdiccional para establecer la correspondiente medida de protección, apreciándose la existencia de la intervención tutelar como un límite al *ius punendi*, asumiendo el Estado el rol o función que le corresponde en las normas analizadas.

Las similitudes y diferencias pueden resumirse en que:

Se establece una edad mínima por debajo de la cual el niño o adolescente no puede ser tratado como adolescente infractor estando por tanto, exento de responsabilidad penal, y fuera del sistema penal juvenil.

Se le reconoce como exento de responsabilidad penal por cuestiones existentes al momento de la comisión del ilícito, que en el caso materia de análisis es la edad.

#### **7. Finalidad del proceso tutelar para los niños, niñas y adolescentes exentos de responsabilidad penal**

Por último, cabe determinar cuál es la finalidad de los procesos tutelares instaurados cuando los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años entran en conflicto con la ley penal. Tiene acaso, la misma finalidad que tienen los procesos tutelares instaurados en sede administrativa a raíz de estar incurso en alguno de los supuestos del artículo 248° del Código de los niños y adolescentes. Téngase presente que algunas de las medidas de protección que corresponden al niño infractor son las mismas que corresponden al niño en abandono.

En sede nacional se ha señalado que la finalidad que se pretende alcanzar a través de los procesos tutelares es velar por la adecuada seguridad y protección de los menores de edad, dictándose las medidas de protección correspondientes y declarándose el estado de abandono moral y material, de configurarse los hechos denunciados a las causales previstas en el artículo 248° del Código de los niños y adolescente<sup>23</sup>. De igual forma, se señala que en “las legislaciones de menores buscaron brindar protección a un sector de la infancia, que se consideró esencialmente peligroso para la consecución del orden social. Con la doctrina de la protección integral, la protección no tiene como finalidad un control social encubierto, sino más bien, la restitución de derechos en los (las) niños(as), que mediante un proceso tutelar hubieran probado su estado de abandono y por ende, una justificada intervención estatal”<sup>24</sup>.

Con mayor precisión, conforme al manual recopilado por María Consuelo Barletta Villarán y Rossy Giuliana Gal'Lino Vargas Machucala *diferenciación* de la finalidad de la respuesta jurídico penal y tutelar ha sido un importante avance en la Doctrina de la Protección Integral, cuya máxima expresión es identificable en la Convención sobre los Derechos de Niño, sobre el particular señala sus principales características:

A. La familia extensa o ampliada debe involucrarse para prodigar protección a los niños, niñas y adolescentes, los miembros consanguíneos o afines de la familia deberán asumir el rol de brindar no solo atención a sus necesidades básicas y favorecer a su desarrollo integral, sino también favorecer a la orientación que deba tener lugar para su efectiva inserción social.

El artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada de la comunidad (...) de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”.

B. La protección por parte del Estado corresponde por la ausencia o imposibilidad de la familia (que incluye la familia extendida) de cumplir con el rol que ha sido señalado en el numeral anterior. En este extremo se señala

---

<sup>23</sup> GÁLVEZ ZAPATA, Martha Mirtha. *Se debe procesar penalmente a menores de catorce años que infringen la ley penal*. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 149 - Febrero 2011.

<sup>24</sup> BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. *Derecho de menores y la finalidad del proceso tutelar ¿probar el estado de abandono o brindar protección?* Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 77 - Febrero 2005.

que brindar la atención integral en el Centro de Atención Integral del INABIF, solo será justificado cuando el niño o adolescente no cuente con una familia que se haga cargo de su atención de manera directa.

C. La finalidad de la intervención no podrá ser otra que restituir a una familia al niño, niña y adolescente exento de responsabilidad penal, a fin que esta cumpla con su rol y obligación de orientarlo hacia el conocimiento de los bienes jurídicos socialmente tutelados.

A fin de evitar que el ámbito tutelar encubra una respuesta penal, se hace necesario poner de relieve que la motivación de la intervención no es la afectación de un bien jurídico penalmente tutelado sino su (presumible) situación de abandono que se ha visto manifestada debido a la conducta antisocial a edad prematura realizada por el niño, niña o adolescente.

De esta manera, la intervención del Estado<sup>25</sup> en el ámbito familiar y vida privada se justifica en el interés superior del niño, niña o adolescente para garantizar su desarrollo integral y su efectiva inserción social, asumiendo su propia familia el rol que le compete a efecto que el investigado no vuelva a incurrir en estos actos antisociales.

La normativa ha diferenciado los supuestos del ámbito tutelar y del ámbito penal, indicando que solo se abrirá proceso penal al adolescente cuando sea presuntamente responsable como autor o participe de la trasgresión de un bien jurídico tutelado en la normativa penal, siendo su situación de abandono relevante solo en términos de atenuante, pero no para justificar una internación, así fuera la finalidad separarlo del entorno socio familiar hostil que favoreció a su conducta contraria a la ley penal.

Pero no todo queda ahí. Es muy importante considerar que si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, como ya se ha señalado, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir, y no coactivamente, es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que

---

<sup>25</sup> En este punto donde como señalan autores nacionales, se aprecia que es el propio Estado quien decide renunciar a su poder punitivo de carácter coactivo, toda vez que la población en referencia no tiene capacidad para asumir responsabilidades, permitiendo a su vez la participación activa e importante de organismos protectores y tutelares en favor de los niños.

invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática<sup>26</sup>, se debería verificar la supuesta situación de amenaza (a los derechos de los niños) y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito<sup>27</sup>.

## 8. Conclusiones

- a) La doctrina de la situación irregular ya ha sido desterrada a nivel legislativo de nuestro país, resultando de aplicación la doctrina de la protección integral que es eminentemente garantista para los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, en ciertos procedimientos, se observa un rezago de aquella doctrina ya proscrita. Dicha práctica reiterada (quizá de manera inconsciente) debe quedar eliminada en el sistema penal juvenil, y en el sistema penal tutelar.
- b) El sistema penal juvenil, como todo sistema ofrece mecanismos que evitan que se llegue a la judicialización de sus causas; en cambio, en el proceso tutelar instaurado para el niño infractor, no se prevé, (incluso creo que ni siquiera se debate) el hecho que ofrecer alternativas antes de llegar también a la judicialización de sus causas, como podría ser solicitar por parte del Ministerio Público la intervención del ente administrativo para evitar pasar por un procedimiento jurisdiccional, entre otras alternativas que se pueden plantear.
- c) Existen en la sociedad efectivamente diversas situaciones donde se evidencia que los niños, niñas y adolescente menores de 14 años si entran en conflicto con la ley penal para adultos, debiendo ofrecerse un tratamiento correspondiente pero con las garantías del caso, es decir, dentro de un debido proceso<sup>28</sup>. El mismo que hasta la fecha

---

<sup>26</sup> La **derivación automática**, hace alusión a aquel momento que surge luego que se le ha imputado a un menor de 14 años, la comisión de un acto infractor. Resulta automática, porque la investigación que se realiza es prácticamente nula o meramente formal.

<sup>27</sup> BELOFF, Mary. *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio. "Adolescentes y responsabilidad penal", Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

<sup>28</sup> BELOFF, Mary. *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores). "Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convencional internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)" Temis/Depalma. Bogotá, 1998. Sostiene la autora que "sin debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención". Al respecto en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de Ica del año 2011,

*Procedimiento y finalidad de las medidas de protección para el niño, niña y adolescente menor de 14 años que entra en conflicto con la ley penal*

no existe pre determinado en la ley. Y mucho menos se establece las garantías correspondientes.

- d) La finalidad del proceso tutelar en el área penal, es restituir a una familia al niño, niña y adolescente exento de responsabilidad penal a fin que este cumpla con su rol y obligación de orientarlo hacia el conocimiento de los bienes jurídicos socialmente tutelados.
- e) La protección hacia la infancia nacional, tiene sustento en leyes y documentos, sin embargo, cuando se trata de dotarlo de recursos para efectivizar dicha protección surgen las carencias y la verdadera gestión del estado respecto de este sector de la población. Por eso el comité de expertos de las naciones unidas para los derechos del niño, solicita en sus informes que el avance legislativo y programático plasmado, sea también efectivo en términos de presupuesto y recursos para su cabal cumplimiento.

---

se tuvo como ponencia mayoritaria que: “la imposición de las medidas de protección previas en el artículo 242° del Código de los Niños y Adolescentes requiere que se acredite en forma indubitable la participación del menor favorecido mediante un proceso investigatorio”.