

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

DOCTORADO EN DERECHO

MENOR INFRACTOR Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

(Producción Intelectual)

NELLY LUZ CARDENAS DAVILA

AREQUIPA, 2009

MENOR INFRACTOR Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

Dedicatoria:

A:

*Dios, por haberme permitido lograr muchas cosas y
haberme dado una familia en la que encuentro
alegría y protección.*

*El menor de edad es un "Presente"
y no un "futuro" porque en esta última etapa
será el adulto bueno o malo que nos merecemos.*

Fermin Chunga L.

INDICE

Dedicatoria
Epígrafe
Introducción

CAPITULO I

TRATAMIENTO DEL MENOR INFRACTOR A TRAVES DE LA HISTORIA

Sub Título I : Referencias a Nivel Mundial

Sub Título II : Referencias a Nivel Nacional.....

Sub Título III : Surgimiento de la Justicia Penal Juvenil en el Perú.....

Sub Título IV : Teoría del Proceso Penal del Adolescente.....

CAPITULO II

EL MENOR INFRACTOR

Sub Título I : Delimitación de Términos.....

Sub Título II : Doctrinas Referentes al Menor de Edad.....

Sub Título III : Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Menor

Sub Título IV : Capacidad, Imputabilidad y Responsabilidad Penal.....

CAPITULO III

EL ESTADO FRENTE AL MENOR INFRACTOR

Sub Título I : Control Social dirigido al Menor Infractor

Sub Título II : Modelos de Justicia Penal Juvenil.....

Sub Título III : La Delincuencia Juvenil.....

Sub Título IV : Menores Infractores Reincidentes.....

CAPITULO IV

JUSTICIA PENAL JUVENIL

Sub Título I : Jurisdicción y Competencia.....

Sub Título II : Adolescente Infractor de la Ley Penal.....

Sub Título III : Investigación y Juzgamiento.....	
Sub Título IV : Tratamiento del Menor y Justicia Restaurativa.....	
Sub Título V : Niño y Adolescente menor de 14 años Infractores de la Ley Penal	

EPILOGO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Inicialmente el derecho de menores estuvo contenido en disposiciones administrativas, en el siglo XX, el Código Penal de 1924 contiene las primeras normas referentes al derecho de menores, a la par surgen la comisiones para la formulación de un Código de Menores, el que finalmente fue promulgado el 02 de mayo de 1962 y estuvo vigente hasta el 27 de junio de 1993. Este código adoptó la llamada doctrina de la situación irregular, la cual denominada al menor que cometía actos lesivos a la sociedad como menores “en estado peligroso”, para quienes se decía que no cometían ni delito ni falta, y el Juez de Menores aplicaba las medidas correctivas sin ninguna denominación y eufemísticamente calificadas de medidas protectoras, al igual que al menor en estado de abandono.

La historia de la justicia penal juvenil en el Perú surge como un proceso de aceptación y nacionalización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, la cual recoge el concepto de la doctrina de la protección integral del menor y el principio del interés superior del niño y del adolescente. El 14 de agosto de 1990 el Perú ratificó la Convención y se obligó a cumplirla.

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

Doctrina que ha sido seguida por el actual Código de los Niños y Adolescentes promulgado el 07 de agosto del 2000 – Ley 27337. En este código se agregó lo referente al pandillaje pernicioso. El Decreto Legislativo N° 990 modificó el artículo IV del título premilitar y los artículos 184, 193, 194, 195, 196 y 235 e incorpora los artículos 194-A y 206-A. El código desarrolla el sistema de justicia penal juvenil para los menores infractores de la ley penal, dividiendo a éstos en niños y adolescentes pasibles de medidas de protección y medidas socio-educativas respectivamente.

El presente estudio se hace con la finalidad de conocer el tratamiento que ha merecido el menor infractor de la ley penal en la historia, el surgimiento y evolución de la justicia de menores, y su

inmersión en nuestro sistema legislativo conociendo las diferentes doctrinas adoptadas en su evolución. Así como conocer los conceptos, normas y los procedimientos respecto al menor infractor y la aplicación de la justicia penal juvenil en nuestro país. Analizando algunos conceptos que resultan discutibles en la doctrina como es el de la imputabilidad de los menores infractores de la ley penal.

El menor infractor y la justicia penal juvenil aplicable a éste, es un tema actual y de trascendental importancia debido al aumento de la delincuencia juvenil que hoy día presenta nuestra sociedad, de la cual no debemos estar ajenos, es especial los profesionales relacionados al tema y los operadores del derecho, radicando es esto la importancia de la elección del tema desarrollado, esperando pueda contribuir en algo al conocimiento del mismo para quienes tengan interés en conocer la norma jurídica referente al menor infractor penal, ya que sólo conociéndola, se podrá lograr que se comprenda el gran problema y la responsabilidad que tienen la sociedad y el Estado en nuestro menores, entendiendo que son el presente y no el futuro.

Para su desarrollo, se ha identificado a fuentes bibliográficas nacionales y extranjeras, estas últimas en lo que respecta a conceptos doctrinarios, las cuales se han podido ubicar en las diferentes bibliotecas de nuestra ciudad y en libros adquiridos por la escritora, así como también se ha recabado información vía internet. Luego se ha revisado la normatividad actual, esto es el actual Código de los Niños y Adolescentes para efectos de conceptualizar al menor infractor y la aplicación de la justicia penal juvenil en nuestro sistema.

El presente trabajo esta organizado en cuatro capítulos y cada uno contiene cuatro subtítulos a excepción del último que contiene cinco subtítulos, porque así lo exigía la estructura del presente trabajo. Se encuentra esquematizado de la siguiente manera: El Capítulo I esta referido al tratamiento del menor infractor a través de la Historia, en el que se señala referencias a nivel mundial, a nivel nacional, el surgimiento de la justicia penal juvenil en el Perú y la teoría del proceso penal del adolescente. El capítulo II trata al menor infractor, en el que se señala la delimitación de términos que podrían traer confusión en el desarrollo del presente trabajo, las doctrinas referentes al menor infractor, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del menor y finalmente la capacidad, imputabilidad y responsabilidad penal del menor infractor de la ley penal. Mientras el capítulo III esta referido a la situación del Estado frente al menor infractor, en este se desarrolla el control social dirigido al menor infractor, los modelos de justicia penal juvenil, la delincuencia juvenil y los menores infractores reincidentes. Y por último el capítulo IV esta referido al sistema a justicia penal juvenil, comprendiendo la determinación de jurisdicción y competencia, al adolescente infractor de ley penal, la investigación y el

juzgamiento, el tratamiento del menor y la justicia restaurativa, y al niño y adolescente menor de 14 años infractores de la ley penal. Al final de cada capítulo se encuentra un resumen de lo desarrollado en el mismo y el comentario respectivo. Se señala el epígrafe y por último se indican cuáles han sido las referencias bibliográficas que han servido para desarrollar el presente trabajo.

Finalmente quiero expresar mi eterno agradecimiento a mi profesor de Doctorado en Derecho en el curso de Producción Intelectual, quién como requisito del curso pidió a sus alumnos realizar un trabajo, sin embargo queda entendido que su verdadera intención esta en motivar a sus alumnos a escribir, la búsqueda de información tiene como consecuencia formidable enriquecer nuestro conocimiento y contribuir a que otros lo hagan. Trabajo que tal vez no pueda calificarse de excelente, pero si constituye el primer pincelazo de muchos por hacer.

CAPITULO I
TRATAMIENTO DEL MENOR INFRACTOR A TRAVES DE LA HISTORIA

Sub Título I : Referencias a Nivel Mundial

Sub Título II : Referencias a Nivel Nacional

Sub Título III : Surgimiento de la Justicia Penal Juvenil en el Perú

Sub Título IV : Teoría del Proceso Penal del Adolescente

*El adolescente sufre el complejo de la langosta;
cuando las langostas cambian de caparazón,
pierden el antiguo y quedan sin defensa
durante todo el tiempo que se fabrica
uno nuevo.*

Francoise Dolto

SUB TITULO I

REFERENCIAS A NIVEL MUNDIAL

No se conoce país civilizado en que no se haya establecido normas legales de protección y de sanción al menor. Esa protección en los pueblos primitivos la realizaron y la realizan en forma rudimentaria¹.

En el pasado un niño no era sujeto valorable o valorado, recuérdese que la supresión de los recién nacidos era una practica muy difundida en todas las culturas; la Biblia menciona tres matanzas de niños: la de los judíos en la época del nacimiento de Moisés; de los niños egipcios al momento del Éxodo, y la de Belén en ocasión del nacimiento de Jesús. Esta actitud obedecía que el niño no era considerado una riqueza y era siempre reemplazable. Las leyes romanas que regulaban el matrimonio y su disolución tenían disposiciones precisas en cuanto a los bienes, pero no hablaban de los hijos. A fines del siglo XVIII, para explicar las causas de mortalidad infantil, se señalaba que la muerte de un niño era mirada como un incidente banal al cual pone remedio el nacimiento el siguiente hijo. La tarea de curar los niños era de las mujeres y por eso los médicos se negaban a visitar niños enfermos. Esta situación continuó, incluso, durante la Declaración de los Derechos del Hombre en 1798, surgida de la Revolución Francesa, que no contiene ninguna mención a los niños².

La evolución³ del tratamiento del menor que infringían la ley⁴, fue dándose de la siguiente manera:

a) En el Derecho Antiguo

La normatividad jurídica penal no variaba sustancialmente con la aplicada a los adultos. Retrocediendo en la historia, se tiene que, 4,000 A.C., en Egipto y Sumeria, ya existían acciones de represión y de protección hacia los menores. En esta época Egipto mantenía esclavizado a los israelitas y para evitar el peligro o amenaza a su pueblo mandó a matar a todos los niños varones de los israelitas⁵. Asimismo los Egiptos condenaban al padre a permanecer abrazado por tres días junto al cadáver de su hijo cuyos maltratos le hubiesen

¹ CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, p. 9.

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 20.

³ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, ps. 5 a 11.

⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, ps. 9 a 19.

⁵ Surge en esta época la historia de Moisés, aquel niño que fue salvado de las aguas por Trémula, la hija del faraón que mando a matar a los niños hebreos. Moisés fue adoptado por Trémula y mas tarde sería el liberador del pueblo de Israel.

ocasionado la muerte. Mientras que los árabes enterraban viva a su primogénita en el desierto porque consideraban fatalidad para la familia el nacimiento de una mujer.

En el derecho romano, durante la época de Justiniano, se distingue 3 períodos de edad: a) irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de infancia, y el próximo a la infancia hasta los 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer, en que el infante no podía hablar y no era capaz de pensamiento criminal; b) proximidad a la pubertad hasta los 12 años en la mujer y 14 en el hombre, en que el menor no podía aún engendrar, pero la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; c) pubertad, hasta los 18 años, extendido después hasta los 25 años, denominado de minoría, se castigaban los actos delictuosos cometidos por los menores.

Surge en esta época la “Ley del Talión” y en Roma el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, que también son aplicados a los menores.

b) En la Edad Media

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

En el medioevo, consideraban la inimputabilidad del menor en sus primeros años, aun cuando no estaba legislado. El niño no cometía ciertos hechos, como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio. En el Medioevo y el Renacimiento, en el siglo X, ante el primer robo los padres debían garantizar la futura honestidad del autor y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa. Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores.

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

Parens Patrice⁶, una antigua doctrina del Cammon Law que sirve para comprender, parcialmente, la evolución producida

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, ps. 49, 50.

En la Inglaterra medieval, las cuestiones vinculadas a los niños fueron reguladas bajo la doctrina del *parens patrie*. Esta doctrina indicaba que el rey de Inglaterra (o su representante) era, figurativamente, el “padre de la nación” y, como tal, asumía la responsabilidad por todo asunto que involucraba a los niños...este poder discrecional del *chancellor* se ejercitaba, normalmente, con quienes no habían cumplido aún los 18 años. La filosofía de esta doctrina enfatiza el tratamiento, la supervisión y el control del menor infractor, en lugar de la punición tradicional; indica el poder y la responsabilidad del estado en proveer protección a los niños cuyos padres no le proporcionan los cuidados apropiados; de allí que el ofensor juvenil necesite la intervención benevolente del Estado. Con términos actuales, la finalidad del ejercicio de estos poderes debería servir al interés superior o al mejor interés del niño.... lamentablemente, al lado de este aspecto positivo, se encuentra el punto negativo de la doctrina, cual es, haber servido para denegar a niños y jóvenes infractores el derecho a un juicio y a una sentencia justa⁷.

c) En la Edad Moderna

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

En el derecho Español, la Ley de las Partidas, en el siglo XIII, hizo una distinción entre los delitos de lujuria y los demás delitos, y hace comentarios respecto de la edad, refiriéndose que si cesará la presunción de que antes de los 14 años fuere el niño púber, debería ser castigado.

Desde 1734, en Sevilla se procuraba tener una completa biografía del menor para resolver el caso. Es decir el Estado se inmiscuía en la vida del menor.

d) En la Edad Contemporánea:

Tenemos la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, que recoge los principios humanitarios de la Revolución Francesa, surgiendo en el siglo XIX textos constituciones y penales que establecen la seguridad y protección de la persona respecto al

⁷ Este uso negativo se remonta al caso de “Crouse, de 1838: Mary Ann Crouse fue internada en Philadelphia House of Refuge, por orden de un juez de paz, después de un brevísimo juicio sumario, a simple pedido de su madre, quien afirmaba que “no podía manejarla”, pues era muy rebelde. El padre objeto ese confinamiento a través de un recurso de habeas corpus, sosteniendo que se había violado el derecho a ser juzgado por un jurado, la Corte rechazó el pedido, dijo que el error del litigante era doble: I) creer que la única razón por la cual se colocaba a los menores en esos establecimientos era la comisión de un delito, y II) estimar que ubicar a un menor en esos establecimientos era una pena.

delito. Los menores de edad no tenían un fuero especial de juzgamiento, ni penas especiales⁸. Recién en 1899 nace el primer tribunal de menores en la ciudad de Chicago a efectos de dar un fuero especial al menor⁹. En Rusia en 1897 se dispuso que los procesos a menores debían hacerse a puertas cerradas y con participación de sus padres. Sin embargo a pesar de estos cambios se mantenían los castigos al menor ya que era considerado como un objeto, al cual no se le reconocía sus derechos.

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

De lo desarrollado se puede concluir que en las diferentes épocas el menor no era sujeto de reconocimiento de derechos, pues era considerado como un objeto, al cual se le aplicaba medidas de represión, expiación y responsabilidad moral. A través del tiempo y con el crecimiento de la población y avances de ésta, el número de menores infractores se incremento. A principios del siglo XX, en 1913, Lombroso escribía en un artículo publicado en una revista inglesa, que la cantidad de delinquentes menores de edad había aumentado de 30.118 en 1890, a 67. 144 en 1900, y que el número de jóvenes condenados al año entre 1900 y 1910 había alcanzado un verdadero pico histórico¹⁰.

Asimismo Kemelmajer indica que países como EE.UU. que llevan seriamente el aumento de la delincuencia juvenil, se calcula que entre el 30 y 40 % de las personas de sexo masculino que

⁸ Solo habían instituciones donde cumplían su condena. En Alemania desde 1833 establece Institutos modelos para la readaptación de menores. En Inglaterra en 1854, se determino la reclusión en centros separados a los menores delincuentes. Lo mismo sucedió en España hasta que en 1893 los menores fueron remitidos a la cárcel común y todo avance sufrió un retroceso y obligo a dar nuevas leyes a partir de 1904.

⁹ En 1899, se creo el Primer Tribunal de este tipo (Juvenile Court Law), en Cook Country, Chicago, Illinois, instituido por la ley 21, sobre un proyecto del Juez Harwey B. Hurd. Antes de la creación de estos tribunales, los niños, o no eran juzgados, o eran juzgados en los mismos tribunales que los adultos, con la excepción de los que no habían alcanzado 7 años, cuyos actos siguiendo la tradición romana, eran equiparados a los de los animales.

El segundo Tribunal juvenil fue establecido en Denver en 1903, y en 1925, todos los Estados de los EE.UU, salvo dos, habían adoptado el modelo. Paralelamente en el resto del mundo se establecieron tribunales similares, en Holanda en 1905, Gran Bretaña y Canada en 1908, Polonia en 1909; Bélgica y Francia en 1912, Hungría en 1913, Austria y Argentina en 1919, España en 1920, Alemania y Brasil en 1923 (aunque en algunas ciudades alemanas datan de 1908); Nueva Zelanda en 1925, siendo los últimos en incorporarlos Italia (1934) y Suiza. Aunque Italia, ya en 1200, en la Constitución de Sicilia tenia procedimientos que establecían la inmunidad de penas para los niños que hubiesen cometido homicidio y exceptuaban de la pena de muerte a los menores de 18 años. El Código Penal del Perú de 1924 crea el primer Juzgado de Menores en Lima. Datos tomados de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 21.

¹⁰ Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 21.

viven en las ciudades serán arrestados antes de llegar a los 18 años¹¹. Se cree que esta situación, hoy en día, no sería ajena a las demás realidades de los demás países en el mundo, pues sea por una u otra causa el aumento de la delincuencia juvenil para en aumento, en especial, se cree en los países sub desarrollados, donde la pobreza y falta de apoyo del gobierno incentivan a que los menores infrinjan la ley, porque la situación los llevo a eso, o bien para poder procurarse la satisfacción de las necesidades básicas para si y para su familia.

Frente al aumento de la delincuencia juvenil nace consigo la exigencia de introducir normas o introducir reformas legislativas, que regulen la conducta de los menores contraria al sistema normativo. Y con ello también nacen los estudios de las causas por las que los menores de edad infringen la ley¹², del entorno en que se desenvuelve el menor, del análisis de eficacia y eficiencia de las leyes dictadas y formulación de nuevas leyes, el perfil del juzgador, el análisis del juzgamiento, las garantías y la imposición de la pena. Es así que a través del tiempo y paso de los años los gobernantes o el aparato estatal a través de sus órganos respectivos van tejiendo un sistema normativo para regular las conductas de los menores, donde, se proclaman varias doctrinas que le sirven de sustento, independientemente del enfoque doctrinario que cada país tome. Surgiendo cuestiones de discusión como, la imputabilidad del menor, las políticas de Estado, la edad mínima, la expresión para dirigirse al menor, etc.

A nivel mundial, en grandes líneas, los pasos históricos fueron¹³:

- a) Fines del siglo XIX y principios del siglo XX: nacimiento de los tribunales penales juveniles: modelo de protección.
- b) Década de 1960: política del Welfare. Sin abandonar el modelo anterior, comienzos del modelo educativo.

¹¹ “En 1992, se detuvieron mas de 1.700.000 jóvenes menores de 18 años, el 88% de esos arrestos eran por delitos no violentos, el 4% por ilícitos que no configuraban delitos penales, y el resto por crímenes violentos; aproximadamente 6 de cada 100 chicos entre 10 y 17 años es detenido cada año, según informes del FBI, en 1993, los jóvenes, que eran el 13% de la población, fueron responsables del 9% de todos los asesinatos cometidos en EE.UU., del 17% de los hurtos y del 13% de los asaltos agravados...; en 1992, los tribunales penales juveniles resolvieron aproximadamente 1.471.200 casos. En Francia, según datos del año 2000, los actos de delincuencia realizados por jóvenes menores de edad pasaron del 14 al 21% en dos años...”. Datos tomados de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, ps. 21, 22, según referencias allí establecidas.

¹² “... en Suecia se considera que la criminalidad de los adolescentes es parte de su proceso de socialización. Un estudio muestra que entre el 80 y el 90 % de los varones entre 13 y 19 años ha cometido, al menos una vez, un acto penado por la ley; con esta misma perspectiva, una encuesta practicada en los EE. UU, en 1972, mostró que de 800 jóvenes entrevistados con edades que oscilaban entre los 13 y 16 años, el 88% confesó haber cometido alguna ofensa condenable por la ley en los últimos tres años. La respuesta no debe extrañar: los juicios de valor de los jóvenes son muy diversos a los de los adultos; para los jóvenes, ciertas agresiones que el ordenamiento considera graves tienen poca importancia y, viceversa, juzgan gravemente violaciones que la ley sanciona levemente. Estas consideraciones son aplicables, aún más, a aquellos cuya conducta está ligada estructuralmente a problemas de tipo social o familiar; generadores de un aumento de alto riesgo en el que viven. Datos tomados de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 23, según referencias allí establecidas.

¹³ BARBERAN, Jaime M., La justicie réparatrice en Catalogne et le débat sur les alternatives, en mediare, bari, 200, p. 47, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 58.

- c) Década de 1980, acento sobre los derechos y garantías judiciales. Al mismo tiempo, necesidad de promover nuevas formas de reacción social. Trabajos sociales; desjudicialización, modelo de la retribución y de la responsabilización.

En Latinoamérica, se tiene que, a pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún delito. Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular. En el siglo XX surge los tribunales de menores¹⁴.

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

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

En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza

¹⁴ Tribunales de Menores en América Latina.- América Latina no permaneció ajena a este movimiento internacional de creación de los organismos especializados en minoridad, creándose tribunales de menores en Perú y México en 1926, Brasil en 1927, Chile en 1928 y Uruguay en 1934. Guatemala y Ecuador se dan estos tribunales en 1937 y 1938, respectivamente. D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Menores, p. 316.

el derecho penal de menores con una ideología defensista de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.

Las concepciones ideológicas del positivismo y de la Escuela de Defensa Social, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

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

SUB TITULO II

REFERENCIAS A NIVEL NACIONAL

En el Perú de la época pre-inca e inca no tenemos lenguaje escrito que nos pueda dar testimonio de lo que realmente ocurrió, pues solamente se cuenta con mitos, leyendas y creencias. Los datos mas resaltantes de esta época nos lo dan los cronistas como Inca Gracilazo de la Vega en su obra “Los Comentarios Reales” y Felipe Huamán Poma. De ambos lo que se puede extraer es que en ésta época el niño era considerado en su real importancia.

En la época de la conquista y el virreinato los abusos de los españoles hacia los indios, hizo que disminuyera su población pues se dice que de 11 millones de habitantes que tenía el Imperio de los Incas, al finalizar la Republica, solamente quedaron 800 mil habitantes. En esta época los niños indios no tuvieron protección, pues esta fue dada para los niños mestizos.

En la República, con la proclamación de la independencia en 1821¹⁵ y la Constitución de 1823, surge el inicio legislativo de la cuestión criminal y las bases del derecho peruano de menores. El menor fue tratado a través de normas administrativas y en los diferentes códigos que se iban dando, así tenemos:

- a) En el Código Civil de 1852: Se dio mayor realce al adulto que al menor de edad. Se legislo la discriminación de los hijos por razón de nacimiento clasificándolos como legítimos e ilegítimos, los primeros con derechos y los segundo sin derecho alguno.
- b) En el Código Civil de 1936: Mejora la situación del menor con respecto al código anterior, a pesar que seguía clasificando a los hijos, estableció derechos para ambos pero en forma desigual, así por ejemplo en el aspecto sucesorio el ilegítimo tenía derecho al 50% de un legítimo.
- c) En el Código Civil de 1984 (actual): Este se aplica en forma supletoria al Código de los Niños y Adolescente, en especial el Libro III referido al Derecho de Familia. Este código considera la igualdad de los hijos, pero los seguía clasificando, esta vez como matrimoniales y extra matrimoniales.
- d) En el Código de Procedimientos Civiles de 1912: Contenía los aspectos sustanciales para procedimientos referentes a menores de edad, por ejemplo emancipación, adopción, alimentos etc.

¹⁵ Luego se expide el decreto del 13 de noviembre de 1821, por el ministro Hipólito Unánue

- e) En el Código Procesal Civil de 1993 (actual): A pesar de que entro en vigencia un mes después del Código de los Niños y Adolescentes, se aplicó en forma supletoria a éste y se sigue aplicando en el aspecto adjetivo, en lo que corresponde.
- f) En el Código Penal de 1924: En el Libro I, Título XVIII, Arts. 137 a 147 se señalaban las medidas de seguridad social, o educativas a favor del menor que realizaba un acto reprimido por la ley como delito. Dichas medidas debían de dictarse previa investigación que permita el examen al niño y su entorno, y, variaba de acuerdo a su situación (abandono, en peligro, pervertido, etc.). En el Libro IV, Título V se estableció la Jurisdicción de Menores, disponiendo que en la capital funcionaría un Juzgado de Menores compuesto de un juez, un médico y un secretario, mientras en las provincias dicha labor la realizaría el Juez Civil, mencionando además a los Jueces de Paz como instructores en los distritos. Se especifica los requisitos para ser Juez de menores, nombramiento, la designación de inspectores de menores, la forma de realizarse la investigación en casos de adolescentes de 13 a 18 años que cometían actos reprimidos con prisión¹⁶.
- g) En el Código Penal de 1991(vigente): Se aplica de manera supletoria al Código de los Niños y Adolescentes, agrava la pena cuando la víctima es un menor de edad.
- h) En el Código de Procedimientos Penales, reemplazado por el actual Código Procesal Penal vigente en nuestra ciudad de Arequipa desde el 01 de octubre del 2008. Se aplica de manera supletoria al Código de los Niños y Adolescentes, en cuanto al aspecto adjetivo se refiere.

El Derecho de Menores¹⁷ tomo tiempo en cuajarse y mayor aún tomo el realizarse una codificación del mismo, las disposiciones referentes a la justicia penal juvenil entre otras materias referentes a los menores, estuvieron contenidas en normas administrativas y los ordenamientos civiles y penales, conforme se ha descrito en líneas arriba.

¹⁶ En cuyo supuesto al Sala Civil de la Corte Superior del lugar decidía el caso, y en las provincias que no había Corte Superior se constituía un Tribunal Especial.

¹⁷ El derecho de menores surge al desplazarse del derecho penal los conceptos jurídicos en relación al menor, por considerar que el acto antisocial cometido por el niño o por el adolescente sólo es un episodio en la existencia de éstos consecuentes al medio social y especialmente familiar, en que se desarrollan, o a peculiaridades caracterológicas debidas, generalmente, a deficiencias o anormalidades orgánicas o psíquicas. Por eso esto es que la tutela jurídica en orden a los menores, en doctrina, y en la legislación comparada, se ha orientado hacia la prevención, comprendiendo la política de asistencia y previsión social que protege a la madre y, en general, a la familia, que atiende a la higiene y educación del niño y del adolescente para su normal desenvolvimiento en mira a una adecuada actividad social. CHUNGA LAMONJA, Fermin, Manuel de Legislación sobre Menores, ps. 25 a 26.

Los juristas, buscaron a partir de la segunda década del siglo XX, compilar todas esas disposiciones en un ordenamiento único, esto es en un código al que se denominaría Código de Menores, pero este ordenamiento debía tener especial tratamiento debido a que se regularía lo relacionado a los menores de edad pero sin dejar de ser un ordenamiento independiente y eficaz. Al respecto el Dr. Ildefonso E. Ballon, Presidente de la Comisión encargada del Proyecto del Código de Menores, en una conferencia dada en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima en diciembre de 1933, decía pues si un Código ha de ser el compendio de energías sociales, en fórmulas de regular y constante eficacia, que aseguren la perenne y siempre actual vitalidad que el Derecho, por esencia, corresponde; un Código de Menores- si cabe diferencias- ha de tener mayor virtualidad, mayor prontitud en la eficacia de sus mandatos, en la total seguridad de sus providencias, dada la propia natural ineptitud de los niños, su peculiar estado de transformación y su inapreciable valor como factor social. De ahí que si los códigos generales son normas de regulación y de simple ordenación, el Código de Menores, a más de ser ley de amparo, de protección, de complemento humano y racional de la deficiencia propia del menor, debe reunir caracteres de sabia previsión social, conceptos más fuertes de solidaridad racial y de unidad histórica¹⁸.

En el aspecto de la justicia penal, el Dr. Ildefonso E. Ballon, también se refería a que el objeto del Código de Menores que se proyecta es continuar la obra legislativa de nuestro Código Penal, en el sentido de la evolución de las ideas jurídico-sociales y de la aplicación de los principios científicos; sin querer con esto decir que el Código de Menores haya de ser o pueda ser un simple Código Penal para menores, con solo variantes derivadas de las precarias condiciones de éstos¹⁹. Pues el derecho que al que iban a llamar derecho de menores era un concepto nuevo, con características propias, de peculiaridad inconfundible²⁰.

El problema planteado por el hecho real de antisocialidad - hasta ahora denominada delincuencia – infantil, al aplicar a los menores los enunciados definitivos postulados de la

¹⁸ BALLON Ildefonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 6.

¹⁹ BALLON Ildefonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 6.

²⁰ El Derecho Penal moderno, puede legítimamente considerarse como antecesor y casi generador del Derecho de Menores, porque en las crisis del ánimo colectivo- al igual que en la desgracia privada y personal – aguzada la inteligencia en la angustia producida por la trasgresión violenta del Derecho - que es la materia privativa del hasta hoy llamado Derecho Penal- al buscar con vehemencia el remedio de los conflictos, se ha llegado a procurar su solución dentro de los principios de la defensa social del Derecho; a la vez que con un consciente sentimiento de solidaridad, se trata de asegurar la regeneración y readaptación del culpable, para bien suyo y para provecho general, fines ambos sólo posibles mediante recursos médico-sociales y dentro positivamente de los modernos y humanitarios principios de la asistencia social, creadores también de la condena y liberación condicional, la individualización de la pena, su indeterminación y flexibilidad, del nuevo régimen de las prisiones y otras tantas conquistas de la ciencia penal, que cooperan a las fines indicados, lejos de los conceptos simplistas de la reacción vengativa, del castigo, de la represión y hasta de la pura responsabilidad psicológica clásica, y completamente al margen del anticuado derecho individualista. BALLON Ildefonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 7.

ciencia penal - ha encontrado el invaluable tesoro de las inherentes virtualidades del niño para la consecución de los altísimos fines que esa ciencia persigue, y para los más elevados aún del fin jurídico- social; y abierto el campo a la investigación especulativa, ésta se ha hallado frente al axioma histórico de que “mas vale prevenir que corregir o castigar” y junto a la sencilla verdad de que “los niños de hoy son los hombres de mañana” – desbordando, entonces, los cauces iniciales y propios de la penalidad, para hacerse lugar a la formación de principios nuevos, que traducidos en copiosas expresiones legislativas de noble y superior anhelo social, y florecidos en la obra grande, generosa y tierna de mil instituciones públicas y privadas destinadas a la formación y al amparo del niño – especialmente del menor desvalidos individual o socialmente y por causas físicas, mentales o morales – constituyen lo que hoy se llama la obra tutelar de asistencia social de los menores²¹.

Fermin Chunga nos dice que la escuela positiva del derecho penal es la base del derecho de menores, pues la sanción que desde el plano represivo y retributivo viene a orientarse para fines de la prevención y la consideración de la antisocialidad determinada por factores biológicos psíquicos y sociales crean el ámbito para el derecho de menores. En este caso las normas que se dictan es de la sociedad para el individuo antes que éste para con aquélla²².

²¹ BALLON Ildelfonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 8.

²² CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, p.

SUB TITULO III

SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL PERU

ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL PERÚ

La Historia de la Justicia Penal Juvenil en el Perú ha sido un proceso singular de nacionalización de la Convención Internacional de los Derechos del Niño²³.

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

1. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924

Las primeras normas jurídicas codificadas las encontramos en el Título XVIII del Libro Primero del Código Penal de 1924.

En este código existía una visión del niño desde la doctrina de la situación irregular. Se rechazaba la idea de castigo. Se afirmaba la inimputabilidad, aplicando tratamiento correctivo a los adolescentes de modo represivo, “acentuando el concepto de medida tutelar educativa, aplicable no sólo después de la comisión de los hechos reprimidos como delitos, sino a modo de prevención...los niños no son susceptibles de castigo. El Estado les debe simplemente una acción de tutela sea para prevenir su mala vida cuando se hallan en abandono, sea para corregirlos cuando han caído en la delincuencia”²⁴.

HERNADEZ ALARCON también nos dice que en esta línea la administración de justicia tendría que tener como norte que su finalidad es básicamente de protección. Para este efecto se realizaba una investigación sin ningún tipo de garantías.

Había una división en la forma de investigación por edades, menores de 13 años, y de 13 a 18 años. Una etapa de investigación a cargo del juez de menores indelegablemente si era mayor de 13 y con la posibilidad de ser delegada en el caso de que sea menor de 13 años. Luego de la instrucción, el juez (tratándose de menores de 13) resolvía previa deliberación en presencia de sus padres, médico de menores y delegado del consejo o patronato. En el caso de ser mayor de

²³ HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la pagina web www.teleley.com.

²⁴ Ob.cit., hace referencia a la Exposición de Motivos del Código Penal de 1924 en ESPINO PEREZ, Julio Código Penal, Editorial Cuzco, 1988, p. 13, 26.

13 años, la resolución estaba cargo de la Sala Superior²⁵. Es decir, el tratamiento que se les dispensaba estaba adecuado a la edad.

Así, si un menor de 13 años de edad hubiere cometido un hecho reprimido como delito o falta, la autoridad competente, investigaba la situación material y moral de la familia; el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto. La investigación podía ser completada por un examen médico. En el caso de un adolescente de 13 a 18 años de edad, infractor de la ley penal, el Juez le imponía *medidas educativas* colocándolo en la Escuela de Artes y Oficios, granja, escuela o en una correccional por un tiempo indeterminado no menor de dos años. Podía el Juez, suspender incondicionalmente la medida.

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

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

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

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

2. EN EL CÓDIGO DE MENORES DE 1962

La doctrina que adopta el primer Código de Menores del Perú²⁶, son las que sustentan:

- La Declaración de los Derecho del Niño, formulada en Ginebra en 1924.

²⁵ HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la pagina web www.teleley.com

²⁶ EL Titulo Preliminar del Código de Menores promulgado en uso de la autorización contenida en la Ley N° 13968, constaba de cinco artículos y en el quinto declaraba y señalaba el sustento doctrinario que lo informaba o sustentaba, convirtiéndose así en el primer Código de Menores de América que lo hacía.

- Los principios proclamados al respecto por la Naciones Unidas; aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, un 20 de noviembre de 1959. Que, a decir de Fermin Chunga Lamónja el espíritu del documento se manifiesta en el preámbulo, el que en parte dice que “*la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle*”²⁷. Además considero que su espíritu también está expresado en la segunda parte del principio 2 del preámbulo, al referirse que “*al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*”, en base al cual las disposiciones y medidas que se establezcan serán las más beneficiosas al menor.
- Los Derechos del Niño Americano, de la Organización de los Estados Americanos.
- El Código de Declaración de Oportunidades del Niño, formulada en Washington en el año 1942.
- Carta de los Derechos de la Familia Peruana, formulada en el año 1943.

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

A través de los 31 años de existencia que tuvo el Código de Menores, sufrió una serie de modificaciones, en su mayoría no sustanciales²⁸.

La jurisdicción de menores fue tratada en la Sección Segunda, constaba de cinco títulos, del V al X, comprendía los artículos del 51 al 129.

Estableció que la jurisdicción especial está constituida en primera instancia por los juzgados de menores y en segunda instancia por los tribunales de apelación; en Lima se creó el único al que en 1968 lo convirtieron en tribunal correccional²⁹.

Dentro de la orientación tutelar propugna un modelo procesal verbal, sin formalismos donde las normas del derecho procesal eran secundarias, a cargo de un juez con amplias facultades para

²⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermin G, Manual de Legislación sobre Menores, p. 13.

²⁸ Ver mayor detalle en CHUNGA LAMONJA, Fermin, Código de Menores del Perú.

²⁹ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 88.

investigar la personalidad psíquica del menor, su medio familiar y social.³⁰ Una investigación de esta naturaleza encubría arbitrariedad dentro de un manto de protección, donde de lo que se trataba era de buscar las causas de la conducta delictual (factores endógenos y exógenos). El Juez figura central de este sistema, por un lado, no veía un hecho típico, sobre el cual tenía que establecer una responsabilidad; sino un conflicto social y personal que resolver, enfrentaba no a un acto cuya autoría tenía que acreditar; sino, un autor que corregir³¹.

El proceso penal tenía las siguientes características: una investigación oral en un plazo de tres meses prorrogable a seis meses, la actuación de pruebas y la presencia de abogados no eran obligatorias, salvo en segunda instancia, en caso de haberlos “debían ser defensores especializados en Derecho de Familia y Menores que cooperara con el Juez antes de entrarlo con argumentos de defensa”³². La decisión podía reformarse, siempre y cuando el adolescente no fuera peligroso, decisión sobre la cual no podía apelar sino a través de sus padres o abogado.

3. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 1992

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

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

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

4. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL 2000

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

³⁰ HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la pagina web www.teleley.com, cita a CHUNGA LA MONJA, Fermin, Exposición de Motivos del Código de Menores, p. 79, citado en Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000, p. 26.

³¹ HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la pagina web www.teleley.com

³² HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la pagina web www.teleley.com, cita a CHUNGA LA MONJA, Fermin, Exposición de Motivos del Código de Menores, p. 79, citado en Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000, p. 79-80.

HERNADEZ ALARCON, expresa³³, en nuestro país, la promulgación del Código de los Niños, significo un cambio de paradigma en el tratamiento legal frente a los adolescentes, por la superación en el plano legal de la llamada doctrina de la situación irregular en nuestro país.

Se propugna un proceso judicial en el marco de una justicia especializada que tiene en cuenta el conflicto jurídico como un problema humano. (Art. IX Título preliminar), lo que se condice con el hecho de que el adolescente tenga derecho a expresar su opinión libremente en el proceso por ser un asunto que le afecta y además que tenga el derecho a que se tenga en cuenta sus opiniones (Art. 9 CNA). Reconociéndose el respeto de sus derechos individuales (Art. 185- 138 CNA) y de las garantías del proceso y Administración de Justicia consagradas en la Constitución, Convención de los Derechos del Niño y en las leyes de la materia (Art 192 CNA), recurriendo en caso de vacío a la aplicación supletoria de las normas sustantivas y adjetivas penales (Art. VII, Título Preliminar)³⁴.

5. EL DECRETO LEGISLATIVO 990

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

El Decreto Legislativo 990, modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, relativos a su capacidad y responsabilidad penal: Asimismo, regula de modo particular el concepto de pandilla perniciosa, define normativamente la infracción a la ley penal, diferenciando una forma de comisión leve y otra agravada, señala las medidas socioeducativas aplicables par los líderes y miembros de una Pandilla Perniciosa, otorgándole posibilidades de archivo al Fiscal de Familia frente al resarcimiento del daño y perdón del ofendido, dando facultades a los gobiernos locales y regionales para atender el gasto de implementación y ejecución de las medidas socioeducativas y de protección.

A manera de conclusión: Estos son los dispositivos que sobre justicia penal juvenil se ha expedido en nuestra historia, en cada uno de ellos se trata de dar mayor protección al menor infractor y garantizar con mayor auge sus derechos por su especial condición de ser un sujeto de derechos en proceso de desarrollo, motivo por el cual el actual Código del Niño y Adolescente deja de lado la doctrina de situación irregular y recoge la doctrina de la protección integral. Sin embargo a pesar de las modificaciones dadas aún existen muchos defectos y vacíos que subsanar, las cuales darán paso a nuevas modificaciones en el futuro.

³³ FERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente”, publicado en pagina web. www.teleley.com

³⁴ HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la pagina web www.teleley.com

SUB TITULO IV

TEORIA DEL PROCESAL PENAL DEL ADOLESCENTE

El estudio de la parte adjetiva del derecho de menores, implica utilizar principios, metodología y temática propios, a efectos de marcar diferencias debido a sus fines específicos.

El problema fundamental en la teoría procesal del derecho de menores es cómo adaptar lo sustantivo y lo adjetivo y permitir que el organismo jurisdiccional, que debe actuar conforme a la ley, tenga que aplicarse inoperablemente al principio del interés superior del niño³⁵.

1. ANTECEDENTES

Para antecedentes del proceso penal de menores, se tiene que, Estados Unidos fue la primera nación en crear una corte juvenil, en Chicago, Estado de Illinois, en 1899; donde se tuvo en cuenta las consideraciones sociales sobre las limitaciones lógicas a que se somete un menor en un proceso. En la Carta Magna de la Minoridad de dicha nación, el proceso del menor infractor penal es de naturaleza eminentemente proteccional y tiene como principios: espíritu tutelar, sistema de prueba y procedimiento especial.

Estos principios fueron tomados y expandidos por todo Estados Unidos, Europa y América Latina, se dejó de lado los procedimientos ordinarios y el formalismo judicial, y se adoptó un nuevo sistema donde primaba la flexibilidad y amplias facultades a los jueces. “Se constituyeron más tarde los tribunales de menores o las cortes juveniles, con una naturaleza tutelar y no represiva y atendiendo a que su finalidad era socio pedagógica”³⁶.

Con ellos, se elaboró una nueva teoría del proceso, en la que se consideraba que, con relación al menor infractor, no había una pugna entre el ciudadano y el Estado, sino la tutela de aquel por parte de éste. Pues no se trataba de la regulación de un proceso de partes estrictamente jurisdiccional donde había acusado y acusador, sino de protegido y protector. Aquél el menor es tomado como un objeto, al cual que haya proteger, lo malo es que esa protección luego se convirtió en abuso y represión al menor.

Hoy en día todo proceso, procedimiento, medida concerniente al menor se hace en función al principio interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.

³⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 63.

³⁶ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 64.

2. EVOLUCION DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL EN EL PERU

“La evolución del derecho procesal penal en el Perú, no lo conocemos en sus etapas preincaica e incaica sin embargo, a tenor de lo que han dejado los cronistas podemos señalar que en materia del juzgamiento de menores de edad, estos habrían sufrido las mismas penas que los adultos por la comisión de delitos. No obstante, en algunos casos, esas penas quedaban aminoradas por circunstancias especiales”³⁷.

En la época inca tanto la política como el derecho se basaron en el cumplimiento de tres principios:

- Ama Sua (no seas ocioso)
- Ama Quella (no seas mentiroso)
- Ama Llulla (no sea ladrón)

Durante el coloniaje imperaron las leyes de la Madre Patria y las llamadas leyes de Indias. En la república, surge una serie de proyectos y códigos procesales.

En 1863 se promulgaron el Código Penal y de Enjuiciamiento. No legislo sobre menores. En 1920 se aprobó el Código de Procedimientos en materia criminal. En 1939 se promulgó el Código de Procedimientos Penales, que entró en vigencia en 1940, éste código que aún rige en algunos distritos judiciales, en el artículo 18 señalaba: siempre que en una instrucción por delitos o faltas aparezcan implicados menores de 18 años, acreditada la edad se cortará el procedimiento respecto de ellos y se pondrá a disposición del juez de menores.

El Código Penal de 1924 señaló una jurisdicción especial para el tratamiento de menores infractores a los que denominó peligrosos, señaló medidas especiales y creó el primer juzgado de menores.

El 29 de julio del 2004, se promulgó el Código Procesal Penal, el que actualmente se aplica en el distrito judicial de Huaura, Arequipa, Moquegua, Tacna, Puno, Cuzco, y otros, en su artículo 74 y 75 se refiere a los menores.

3. DERECHO PROCESAL PENAL

Fermin Chunga Lamónja³⁸, para definir al derecho procesal penal³⁹ menciona a los siguientes autores:

³⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 85.

³⁸ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, ps. 64 y 65.

Según Hugo Alsina “el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que la integran, y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso”.

Para Julio Mayer, en su Libro Derecho Procesal Penal Argentino, dice “el derecho procesal penal es una rama del orden jurídico interno de un Estado cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplina los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal regulando así el comportamiento de quienes intervienen en ellos”

Según Piero Calamandrei, en su Libro Estudios sobre el Proceso Civil, nos dice que no se puede confundir, instrumento que sirve para explotar y aclarar con la relación de decidir que es la meta de esta explotación y de esta aclaración. Hay una sistemática distribución entre el instrumento de la actividad intelectual del juez, que es el continente y el tema de la decisión que es el contenido.

Y concluye diciendo, que el proceso penal referido a menores, adolescentes, es el conjunto de actos que, a través de procedimientos especiales, va a permitir el pronunciamiento de una decisión jurisdiccional acerca de la participación que ha tenido el adolescente en el evento delictivo y si resulta culpable, la imposición de la medida socioeducativa proporcional a la gravedad del hecho, teniendo en consideración el principio del “interés superior del niño y el derecho de la sociedad a ser protegido”.

4. SISTEMAS RESPECTO AL PROCESO PENAL

Se han reconocido tres sistemas: acusatorio, inquisitivo y mixto, de los cuales se hará una referencia sumaria como referencia, pues no es objeto del presente trabajo.

a) Sistema Acusatorio⁴⁰

El proceso se desarrolla según los principios de la contradicción, la oralidad, y la publicidad del debate. Las partes ofrecen pruebas, el juez resuelve en base a dichas pruebas y conforme a lo

³⁹ El derecho penal procesal, tiene un carácter instrumental, porque norma y regula la composición de los organismos encargados de ella; hace posible la aplicación del derecho a situaciones específicas; y da a conocer, en forma integral, de lo que es y debe ser el proceso penal.

⁴⁰ Desaparece la conmixtión procesal, puesto que una persona desempeña la función de juez, otra la de acusador, y otra la de defensor. Del principio acusatorio se derivan los principios: Iudex ne procedet ex officio, Nemo Iudex sine actore, Iudex ne eat ultra petita partium, Iudex secundum allegata et probata a partibus debet. CHOCANO NUÑEZ, Percy, Teoría de la Prueba, p. 115.

que aparece en juicio lo demás no existe. “El juez no puede proceder sino a consecuencia de una acusación presentada por el órgano acusador, y sin escuchar previamente al imputado”⁴¹.

b) Sistema Inquisitivo

El proceso se desarrolla según los principios de la escritura y del secreto, el juez busca y valora la prueba independientemente de las partes, es decir el juez tiene la carga de la prueba, hay una posición activa del juzgador. Se da la identidad de funciones jurisdiccionales y persecutorias. En este sistema las preguntas las hace el juez y los demás lo hacen a través de él. Se busca establecer la verdad formal y la tortura y la confesión son métodos legales para obtenerla.

c) Sistema Mixto

Este sistema toma aspectos de los dos sistemas anteriores. Surge como reacción a las denuncias secretas, las confesiones forzadas y la tortura. En este sistema se respeta a todo ciudadano a ser juzgado públicamente en un proceso oral público y contradictorio, pero conservando un elemento del sistema anterior, el de la acusación oficial. Además, se conserva una fase de investigación secreta, escrita y no contradictoria, que a diferencia del sistema inquisitivo no sirve de base a la sentencia, sino a la acusación. La sentencia sólo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio.

Por esa mezcla de caracteres se le denomina sistema mixto y se caracteriza porque el poder estatal no abandona a la iniciativa de los particulares la investigación y la persecución de los delitos, pero el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio.

5. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA PROCESAL PENAL DE MENORES

Considerando que el tratamiento jurídico del menor es tuitivo y con fines de rehabilitación y que el juzgamiento es a través de un proceso especial, donde debe de tenerse presente condiciones sicosomáticas y entorno del menor, es necesario establecer los principios estructurales de la teoría procesal penal de menores, para lo cual se sigue la agrupación que realiza Fermin Chunga Lamónja⁴² en dos grupos, aunque no se siga en forma total su contenido, pues este varía de acuerdo a las posiciones que se toma en este trabajo:

a) La hermenéutica jurídica:

⁴¹ CHOCANO NUÑEZ, Percy, Teoría de la Prueba, p. 114.

⁴² CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, ps. 67 a 68.

En todo acto procedimental debe prevalecer el interés superior del niño y del adolescente, sin descuidar el interés público. En la interpretación de la ley, debe primar el derecho prevalente del menor y la legislación especial atinente a él, y en caso de conflicto de las disposiciones aplicables debe aplicarse la que más le favorezca. Teniendo en cuenta ello hay que tener en cuenta las siguientes reglas:

- Interés superior del niño
- Presunción de inocencia
- En la duda se presume la minoridad
- Carácter retroactivo
- Aplicación de la Convención
- Aplicación Preferente
- Celeridad Procesal
- Reparación suficiente del juzgador

b) Constitución de Organismos Jurisdiccionales:

- Juez Unipersonal o Tribunal Colegiado
- Equipo multidisciplinario

6. COMPETENCIA

Se sigue la clasificación de Fermin Chunga⁴³.

a) En razón de la persona:

Referido a la edad del menor infractor que es sometido a investigación penal. En la mayoría de países en entre los 14 y 18 años. Así pues el niño y el adolescente hasta los 14 años no es sometido a un proceso penal sino a una investigación tutelar interviniendo el juez en la imposición de una medida de protección. Mientras el adolescente mayor de 14 años será sujeto de una investigación penal.

b) En razón de la materia:

Referido a las atribuciones de los organismos jurisdiccionales de menores en las diferentes materias, el procedimiento no es el mismo para atender a cada una de ellas. Es por ello que surge diferentes sistemas:

- Primero: La competencia es exclusiva para menores autores de delitos y faltas y menores abandonados, entonces corresponde un procedimiento tutelar y proteccional especial, diferente al proceso común ordinario.

⁴³ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 69.

- Segundo: Los jueces no solo pueden intervenir en aquella clase de asuntos sino en otros como alimentos, adopción, tutela, etc. En el Perú los Juzgados de Familia asumen este sistema.
- Tercero: separa al menor de la familia. Un tribunal especial, cuya nota característica es tutelar los intereses del menor, jamás antepone los intereses de la familia a los del menor cuando está en juego la persona y el interés superior del menor.

RESUMEN

En el presente capítulo se ha desarrollado el tratamiento del menor infractor de la ley penal a través de la historia en cuatro subtítulos. En el primero se desarrollan las referencias a nivel mundial y en Latinoamérica, a efectos de tener un panorama de su evolución fuera de nuestro sistema normativo.

Luego se desarrollan las referencias a nivel nacional, desde la época pre-inca hasta la época de la república, para seguidamente desarrollar la evolución de la justicia penal juvenil en nuestro país, pero ya introducida en los códigos como sistema independiente, aunque el Código Penal de 1924 no fue exclusivo para menores, pero dedicó todo un Título en el Libro Primero para legislar sobre éstos. En estos dos subtítulos, se desarrolla la evolución legislativa – en búsqueda de una legislación independiente de otras-, y la concepción del menor a través de la misma.

Para finalmente, en el último subtítulo, desarrollar la teoría del proceso penal del adolescente infractor de la ley, exponiendo sus antecedentes, evolución, conceptos, sistemas del proceso penal, principios estructurales del mismo y la competencia de los jueces de menores.

COMENTARIO

Para poder entender nuestro actual ordenamiento, es de suma importancia tener conocimiento de los antecedentes del tratamiento del menor a través de la historia no solo a nivel nacional, sino a través de referencias a nivel mundial, a efectos de verificar los avances en la justicia penal juvenil.

Así vemos, que inicialmente el menor, no fue objeto de tutela y protección, pues los sistemas de la sociedad no se ocupaban del menor en ninguna situación, luego en el avance de la historia, se quiso proteger al menor, sin embargo éste terminó siendo objeto de represión y abuso, siendo tratado como un objeto. El conocimiento de la evolución de la justicia penal juvenil y el tratamiento del menor infractor de la ley penal, nos permite no incurrir en los mismos errores del pasado y formular propuestas diferentes en las que se reconozca derechos al menor y en especial aquéllos que han incurrido en situación especial como es la infracción a la ley, pues ese menor merece mayor atención y protección, así como una estricta observancia y cumplimiento de las garantías y derechos procesales en su juzgamiento.

Por ello, es propicio decir que del pasado se construye el presente del derecho de menores.

CAPITULO II
EL MENOR INFRACTOR

Sub Título I : Delimitación de Términos

Sub Título II : Doctrinas referentes al Menor de Edad

Sub Título III : Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Menor

Sub Título IV : Capacidad, Imputabilidad y Responsabilidad Penal

*En pocas áreas de la política para la infancia
se han concentrado tanto mitos
como en el campo de los adolescentes
en conflicto con la ley penal.*

Emilio García Méndez

SUB TITULO I

DELIMITACION DE TERMINOS

Siguiendo las recomendaciones de los diversos autores que escriben sobre derecho de menores así como de los ponentes de congresos, respecto a la unificación de criterios en el uso de términos atinentes a los menores, es preciso definir previamente los siguientes términos.

1. MENOR DE EDAD

No se puede hablar de leyes para menores o derechos para menores sin tener bien en claro quienes son catalogados como menores de edad, por eso es importante su definición.

Se define como la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad (Etimología: Del latín minor y aetas)⁴⁴.

El termino menor según el vocabulario multilingüe, polivalente y razonado en la terminología usual de la protección de menores, elaborado por los doctores Rafael Sajon, Pedro Achard y Ubaldino Calvento, publicado por el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la OEA, señala que es la “condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad”, consecuentemente no es como afirma Emilio García Méndez un término peyorativo que implica una inferioridad y marca una diferencia entre los menores de edad. Es simplemente una etapa de la vida del ser humano en que mayormente rige la capacidad de goce y no, a plenitud, la capacidad de ejercicio⁴⁵.

La Convención sobre los Derechos del Niño promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 1 definió al niño como: “para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado la mayoría de edad”.

Nuestro Código Civil no precisa una definición del menor de edad, pero en su Artículo se refiere que tienen capacidad de ejercicio de los derechos civiles las personas que haya cumplido los 18 años de edad⁴⁶, salvo las excepciones dispuestas en los artículos 43 y 44. Además de la

⁴⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, p. 531.

⁴⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 16.

⁴⁶ "Niño", según la mayoría de las normas jurídicas internacionales, es toda persona menor de 18 años. La mayor parte de los países del mundo han fijado asimismo la mayoría de edad civil en los 18 años. Amnistía Internacional utiliza esta definición, al igual que la mayoría de ONG y los grupos de defensa de los derechos del niño... Los conceptos que ayudan a definir la infancia, como la madurez y la edad de la responsabilidad penal, se

capacidad que se adquiriera por emancipación, sea por matrimonio o título oficial, sin que por eso pierda la calidad de menor de edad, solo se le esta otorgando facultad para realizar determinados actos⁴⁷.

Se considera menores de edad, conforme al artículo 1 del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente - Ley 27337- a todo niño o niña hasta cumplir los 12 años de edad y adolescentes desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Encontrando aquí una definición precisa de menor de edad, y una distinción entre niño⁴⁸ y adolescente. Definición con la que se trabajará de aquí hacia adelante.

2. MENOR INFRACTOR

Tanto el niño como el adolescente son susceptibles de infringir la ley penal. Pues el Código de los Niños y Adolescentes – Ley 27337- ha penalizado los actos de los niños y adolescentes denominándolos **adolescente infractor de la ley penal**, tanto a los primeros como a los segundos, los que son susceptibles de cometer faltas o delitos⁴⁹.

Efectivamente el mencionado ordenamiento en su artículo 183, establece que “se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal”, señalándose a continuación en el artículo 184 que aquel será pasible de medidas, refiriéndose expresamente al niño y adolescente.

basan en gran medida en factores sociales y culturales. Ver mayor detalle en la página web: <http://www2.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html>

⁴⁷ La minoría de edad es el periodo de vida que abarca desde el primer año de existencia hasta la edad legal necesaria para convertirse en adultos. Entendiendo lo anterior debemos concordar en que ser menor de edad es cuando, legalmente, un individuo aún no ha alcanzado la edad adulta. La persona se encuentra por debajo de los 18 años, según la legislación en la mayoría de los países. Anteriormente, varias décadas atrás, se llegaba a esa edad tras cumplir los 21 en nuestro país. Un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar legalmente. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad y tras superar esta etapa entonces se hace responsable por sí mismo, si no entra dentro del cuadro de los incapaces. Ver mayor detalle en la página web: <http://www.monografias.com/trabajos58/menores-de-edad/menores-de-edad.shtml>. Escrita por José Góngora. Panamá.

⁴⁸ Niñez: Es la etapa de la vida del ser humano que termina en la adolescencia.

Niño: Llamase a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad.

Adolescencia: Se define como el período que transcurre en el ser humano desde que comienza la pubertad hasta que llega a la madurez somática.

Adolescente: Se considera adolescente a todo ser humano desde los 12 años hasta cumplir los 18 años de edad.

Términos extraídos del vocabulario razonado de CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, ps. 514, 515, 532.

⁴⁹ Según el artículo 11 del Código Penal, se considera delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

Entonces se puede decir que, el código otorga responsabilidad tanto a los niños como a los adolescentes que infringen la ley penal, estableciendo que el adolescente infractor mayor de 14 años, será pasible de medidas socio educativas. Y el niño o adolescente infractor menor de 14 años, será pasible de medidas de protección.

3. INFRACCION A LA LEY PENAL

Cuando el menor incurre en delito o falta entendidos como la acción u omisión dolosa o culposa penadas por la ley de acuerdo al Código Penal. Los niños y adolescentes pueden infringir la ley penal y por lo tanto ser responsables y merecedores de una medida⁵⁰.

4. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El término interés superior describe de manera general el bienestar del niño. Se considera que a raíz que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el interés superior del niño. Por esta misma razón, el interés superior del niño debe de ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso.

Sin embargo, si se nos exigiera una definición del mismo, “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior⁵¹.

5. DERECHO DE MENORES

Es la rama del derecho que, tomando en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas e instituciones referidas al menor de edad. El Derecho de Menores presenta como su más destacada nota distintiva el carácter tutelar y protectorio, que orienta todas sus normas y pertenece a la esencia de esta rama del derecho⁵².

Como principios generales, establece que el menor de edad merece una consideración especial dentro del ordenamiento jurídico, ya que su presencia es garantía de continuidad y de futuro, pero por encontrarse en una etapa evolutiva, especial, debe ser tratado de un modo singular, que comprende una educación humanística, amplia, de medios y de posibilidades⁵³.

⁵⁰ En el diccionario de Cabanellas el término infracción penal es considerada como sinónimo de delito o falta.

⁵¹ CILLERO BRUNOL, Miguel, El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Ver página web: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>.

⁵² D’ANTONIO Daniel Hugo, Derechote Menores, p. 3.

⁵³ CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, 1995, p. 71.

6. CODIGO

El diccionario de la Lengua Española define la palabra código como el cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático, recopilación de leyes o estatutos de un país.

Nuestro Código de los Niños y Adolescentes recoge el concepto de la doctrina de la protección integral del menor y en especial el principio del interés superior del niño y del adolescente, los derechos y garantías de la Constitución.

7. ESTADO DE MINORIDAD

El estado de la persona natural constituye uno de sus atributos caracterizadores del cual carece la persona jurídica, y se lo define como el conjunto de cualidades que la ley toma en cuenta para atribuirle efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades. El sector de la minoridad, como integrado por seres en formación y con desarrollo incompleto, da lugar a que el ordenamiento social lo contemple de manera especial. La regulación jurídica que le corresponde debe estar de acuerdo con la especificidad del sujeto al cual se dirige, en la especie, congelando fundamentalmente que no ha culminado su desarrollo⁵⁴.

⁵⁴ D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Menores, p. 79.

SUB TITULO II

DOCTRINAS REFERENTES AL MENOR DE EDAD

Actualmente existen dos doctrinas referentes al menor. Una es la denominada de la situación irregular y la otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común: el reconocimiento de derechos y la protección integral del menor en base al interés superior del mismo, para lograr su pleno desarrollo e inserción en una sociedad democrática, convirtiéndose en un sujeto al que se le reconozca su dignidad de ser humano y contribuya eficientemente a la sociedad, en base a principios de igualdad, libertad y justicia.

1. DOCTRINA DE LA SITUACION IRREGULAR

Aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar tal como lo señalaba el recordado maestro español Luís Mendizábal Oses, otros sólo en que se dé protección jurídica y rehabilitación o readaptación a los llamados menores en situación irregular tal como lo afirmaba el jurista brasileño Alyrio Cavallieri⁵⁵.

La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad⁵⁶. Y con esta definición solo se estaría abarcando a los menores en situación irregular, concepto que predomina.

Así esta doctrina fue fuertemente apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina hasta los años 80, se sostuvo porque se basó en la idea de que se protege a los niños en situación de abandono, o en peligro, o delincuentes a través de una tutela organizada del Estado que reeduca, socializa y corrige al niño separándolo del ambiente que contribuye a su desviada formación, para evitar así que se convierta en un delincuente cuando llegue a ser adulto. Es decir esta doctrina trataba por igual a los menores abandonados como aquellos que infringían la ley. La tutela del Estado y la exclusión del menor implica una discrecional intervención que resulta violatoria de todos los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano posee en un Estado de derecho.

⁵⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, pag. 43 y 44.

⁵⁶ GARCIA MENDEZ, Emilio, Infancia y Derecho Humanos –Estudios Básicos de Derechos Humanos II, p. 298.

La justificación de esto, resulta de la utilización de eufemismos tales como que el Estado no aplica medidas de privación de libertad sino que actúa como guardián de los menores, considerados éstos últimos “objeto de tutela”, no distinguiendo entre **la infancia que es víctima de delito, imputada de delito o simplemente que posee necesidades insatisfechas**. El Estado puede, con una discrecionalidad ilimitada, a través de los jueces disponer de los menores como considere más adecuado y por el tiempo que considere conveniente, es decir el menor no era un sujeto de derecho sino que adquiriría la calidad de objeto digno de compasión, represión, etc., era una persona sin derechos individuales ni garantías procesales en el juzgamiento.

La característica predominante de esta doctrina es que no diferencia el ámbito tutelar del penal, tratando por igual al adolescente en estado de abandono y al adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal.⁵⁷ Promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar del problema penal y un tratamiento penal del problema tutelar. Asimismo criminaliza la pobreza y el juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones (arbitrariedad). Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección. Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

Así mismo en cuanto a los menores infractores se refiere, dicha doctrina expresa que, “la mayor connotación la encontramos en que se sostiene que al menor no se le puede imputar la realización de actos considerados como faltas o delitos, y en base a esta premisa el menor de edad sólo realiza actos antisociales y como el Juez de Menores se convierte en el padre, el defensor, el protector se deja a su libre arbitrio las medidas “protectoras” que debe discernir a favor del prenotado. Consecuentemente teniendo como fundamento lo anteriormente expuestos el menor antisocial no contaba con derechos individuales ni garantías procesales”⁵⁸.

Christian Hernández Alarcón, en su Tesis *el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*, nos indica que siguiendo a García Méndez⁵⁹, se puede señalar que existen tres corrientes que sustentan la doctrina irregular:

⁵⁷ HERNANDEZ ALARCON, Christian, Tesis *El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*, p. 42.

⁵⁸ CHUNGA LAMONJA, Fermin, *Derecho de Menores*, ps. 43 y 44.

⁵⁹ GARCIA MENDEZ, Emilio, “Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina, Modelos y Tendencias” en “Los Adolescentes y la Justicia” CEAPAZ, Lima 2000, p 60 y 61. El artículo original fue preparado para un evento denominado “La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, un derecho penal para la libertad y la

a) Conservadurismo Jurídico Corporativo

Cuya característica esencial es el uso de los eufemismos y expresiones de buenos deseos muy distantes de la realidad, donde las maravillosas frases que componen estas legislaciones no han impedido que se hacinen en hogares a los niños y adolescentes en abandono y a los infractores con tiempo indeterminado.

El elemento central de este tipo de intervención el es juez, quien debe ser un buen padre de familia. Al respecto, es oportuno recordar, que hasta hace un tiempo se exigía que el juez de familia sea casado y con hijos. En esta perspectiva, un buen juez con poder ilimitado es el ideal, por el contrario, cualquier recorte a sus facultades era perjudicial al logro de una labor positiva y correctiva en favor de la infancia. Nada más lejos de la realidad.

b) El Decisionismo Administrativista

Se basa en que para resolver el problema de la infancia se necesita la intervención decidida de la administración estatal completamente desprovista de las trabas y formalidades del poder judicial. Para este sistema el marco legal ideal se construye teniendo como base legislaciones escuetas, con múltiples vacíos que han de ser llenados por la buena fe de la administración e incluso se considera positivo y necesario el traslado de algunas competencias del ámbito jurisdiccional al administrativo. De este modo se han trasladado al ámbito administrativo decisiones trascendentales en la vida de las personas históricamente reservadas sólo al juez como por ejemplo la adopción internacional.

c) El Basismo de la Acción Directa

Parten de la idea de que la ley es tarea de los jueces y que las acciones por la infancia son tarea de las organizaciones no gubernamentales. Este sistema desconoce de este modo la importancia de la ley como instrumento del cambio social. La consecuencia es la realización de múltiples acciones a favor de los niños en distintas instancias y niveles, las cuales al ser segmentalizadas, aisladas y descoordinados no pasan de constituir un gasto ineficaz de tiempo y recursos.

2. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL (un cambio de paradigma)

Surge con motivo de la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 de la “Convención sobre Derechos del Niño” la que considera, un nuevo paradigma, niño sujeto de derecho⁶⁰.

responsabilidad PNUD, El Salvador, 1995. Citado por HERNANDEZ ALARCON, Christian, Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, ps. 41, 42.

⁶⁰ CHUNGA LA MONJA, Fermin, Derecho de Menores, p. 47.

Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos⁶¹ que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades, esta como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.

Esta doctrina en materia penal considera los hechos cometidos por el menor como faltas o delitos sobre los que tiene responsabilidad. El menor se convierte en infractor a ley penal, se le sigue un proceso de juzgamiento especial siguiendo las normas aplicables – en nuestro caso el Código de los Niños y Adolescentes - y no se le aplica la pena para el adulto sino medidas de protección o medidas socioeducativas. El menor no podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal es decir se sigue el principio "no hay pena sin delito" se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres, al no estar conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

En otras palabras mientras en la Doctrina de la Situación Irregular al menor que mataba o robaba se decía que había cometido un acto antisocial; ahora de acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral aquellos menores que cometen los actos anteriores se les califica con su verdadero nombre: homicida o ratero. Antes el Juez de Menores calificaba el acto según su propio criterio ahora el Juez de Familia debe verificar que el acto cometido esté previamente tipificado como falta o delito en el ordenamiento penal en virtud del principio de legalidad. Antes no había plazo en la medida, no tenía derechos expresamente señalados el menor; ahora hay plazo en la medida y tiene derechos individuales y garantías procesales⁶².

La característica del nuevo paradigma se basa en considerar al niño como sujeto de derechos, ya no se define al niño como incapaz, sino **como una persona en desarrollo**, que puede ver sus derechos amenazados o vulnerados y por lo tanto las medidas asistenciales que se aplicarán deberán ser diferenciadas de las sanciones penales aplicables a aquellos en conflicto con la ley penal, es decir a los adultos.

Con relación a niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal, será fundamental fijar una edad por debajo de la cual el Estado renuncie a la aplicación de todo tipo

⁶¹ Hacer referencia a derechos humanos es hacer referencia a justicia, pues en la actualidad existe consenso respecto a que la justicia consiste básicamente en respetar los derechos humanos, pues la realización de los derechos humanos permite la realización de la justicia. No debiendo diferenciarse derechos humanos de derecho del niño, pues los primeros se adecuan al ejercicio que de ellos puedan hacer los niños y adolescentes como sujetos de derechos.

⁶² CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, p. 48, 49.

de medidas. Para aquella fracción etárea que se pueda imputar la comisión de un delito (esto es declararlo responsable) deberán reconocérsele todas las garantías del debido proceso. Se aplicará la privación de libertad como medida de último recurso, y por el tiempo más breve que proceda, considerándose medidas alternativas.

El juez, ya no es “un buen padre de familia”, sino un juez técnico que ejerce funciones jurisdiccionales, abandonándose la utilización de eufemismos que otorgaban absoluta discrecionalidad para intervenir en cuestiones penales como así también indistintamente asistenciales. Es así, como dentro de este ámbito, donde los problemas asistenciales, fueron excluidos de las cuestiones justiciables y por tanto surge la imperiosa necesidad del trazado de políticas públicas que garanticen la satisfacción plena de los derechos de los niños.

Los representantes más conocidos de esta doctrina son los doctores Emilio García Mendez, Alejandro Barata, Elías Carranza, Antonio Amaral Da Silva.

SUB TITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR

Con la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes, nuestro ordenamiento capta la doctrina de la protección integral y deja de lado la doctrina de la situación irregular. Con este cambio de perspectiva, el menor deja de ser objeto de compasión y represión y pasa a ser sujeto de derechos.

El Código de los Niños y Adolescentes, tiene en cuenta los principios de la Constitución Política del Estado Peruano, así como la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas internacionales, las cuales establecen que el Estado protege de manera especial al niño y al adolescente como sujetos de derechos y protección en su condición de personas en desarrollo. En tal sentido se ha establecido una normatividad exclusiva para los menores infractores, quienes son pasibles de medidas de protección (niño y adolescente menor de 14 años) o socioeducativas (adolescente mayor de 14 años), perfectamente diferenciadas del menor en presunto estado de abandono pasibles de medidas de protección de acuerdo a su situación.

Conforme ya se ha dejado establecido en el primer sub titulo de este capitulo, nuestro Código de los Niños y Adolescente considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad, y adolescente desde los 12 hasta los 18 años de edad.

De acuerdo al texto original del Código de los Niños y Adolescentes, el niño (hasta los 12 años de edad) era pasible de medidas de protección y el adolescente (de 12 hasta los 18 años de edad) era pasible de medidas socioeducativas, del mismo modo que el adulto de penas⁶³. Así la responsabilidad penal se iniciaba con la adolescencia, esto es al cumplir los 12 años de edad.

Pero el Decreto Legislativo 990, modificó esto y elevo acertadamente el límite inferior de la edad de intervención del sistema de responsabilidad penal de los 12⁶⁴ a los 14 años de edad⁶⁵, aceptándose la modificación propuesta por el CERIAJUS⁶⁶

⁶³ Siendo las medidas socio educativas y las penas la respuesta de la función punitiva del Estado (ius puniendi), que se origina en su soberanía para determinar punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente. VILLAVICENCIO TERREROS., Felipe, Lecciones de Derecho Penal, p. 45.

⁶⁴ Un problema evidente en los adolescentes infractores era que el adolescente entre 12 y 13 años que cometía una infracción era sancionado al igual que los adolescentes mayores de 14 años, obstaculizando su desarrollo personal e impidiendo que supere los problemas de conducta que presenta.

Las normas pertinentes prescriben "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales" (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Artículo 40° inciso 3).

Para Alessandro Baratta⁶⁷ nos encontramos en ambos casos con una intervención penal frente a una responsabilidad penal, por ser tanto la pena como la medida socio educativa: a) una respuesta a la realización culpable de una figura delictiva perpetrada por un adulto o un adolescente y b) por significar ambas una restricción de derechos y en consecuencia una sanción negativa.

Lo que lleva a concluir rápidamente que las medidas, no son más que una pena disfrazada de otro nombre, pero que no pierde su contenido esencialmente punitivo y sancionador y por lo tanto no deja de ser una pena. Pero consideración personal se tiene que, si bien esta pena restringe derechos y libertades, esta no tiene la misma naturaleza que la pena aplicada para un adulto y menos tiene un sentido negativo como nos dice Baratta, ya que el Código de los Niños y Adolescentes no se ocuparía de establecer las mismas, sino que al menor se le impondría las mismas penas que las del adulto ya señaladas en el Código Penal, pues lo contrario significaría que el legislador estaría trabajando insulsamente en dos dispositivos legales cuando se puede aplicar uno solo. El tratamiento especial del menor de edad responde a su condición, cuyo estado físico, psicológico y social esta en proceso de formación y desarrollo, considerando que,

A nivel internacional, se ha declarado que "en todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental.

La normativa peruana no establecía indicaciones sobre la distinción entre los grupos etáreos de adolescentes, es decir, se encuentran en el mismo grupo los de 12 hasta 17 años.

Las soluciones posibles aluden al Derecho Comparado donde se ha señalado la edad de 14 años como la edad mínima para considerar infractor penal a un menor que haya incurrido en una conducta sancionada por la ley.

La elevación de edad mínima del infractor penal evitará que haya internos de 12 y 13 años junto a otros con edades entre 14 y 17 años, con serias desventajas a las personas de menor edad.

Un argumento a favor de esta propuesta es la existencia de un bajo número de delitos cometidos por adolescentes del grupo etáreo menor. De un grupo de 425 adolescentes internos, 2 tenían 12 años y 9 tenían 13 años. Las infracciones cometidas eran: 8 por delito contra la libertad sexual, 2 por robo agravado y 1 por pandillaje.

La aprobación de una norma que haga realidad esta propuesta implica la concordancia efectiva del Código de los Niños y Adolescentes y la aplicación de la recomendación de Naciones Unidas por el Estado Peruano. Mesa de Trabajo de la Asociación de Jueces, Lima octubre del 2004.

En página web: <http://www.jusdem.org.pe/articulos/JusticiadeFamilia.pdf>

⁶⁵ Hernández Alarcón Christian, en "Comentario al Decreto Legislativo 990", cita a Juan Bustos Ramírez, indica que el límite inferior donde comienza la responsabilidad penal, debe ubicarse en relación a la obligación educativa del Estado, en razón de que sólo se puede exigir una respuesta de una persona, en la medida en que se le ha brindado las bases de formación para tal capacidad de respuesta. En este sentido, aunque estemos lejos de conseguir el acceso de todos los niños a la educación básica y la tasa deserción escolar alcanza a uno de cada 4 adolescente entre los 12 y 17 años, la edad de responsabilidad penal fijada en los 14 años responde mejor a este criterio. En pagina web: <http://iejs.net/Expo/ComentariosalDecretoLegislativo990---corregido.htm>

⁶⁶ Proyecto 10 de Modificaciones al Código del Niño y el adolescente, del CERIAJUS "Comisión Especial de estudio del Plan nacional de Reforma Integral de la administración de Justicia". Página web: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/iniico.htm>

⁶⁷ Citado por HERNANDEZ ALARCON, Christian en Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, p. 46.

si, su conducta ha sido contraria a ley, es necesario revisar las circunstancias que lo llevaron a la misma, lo cual no implica desaparecer su responsabilidad, sino atenuarla, para que el Estado como ente protector, puede a través de sus dispositivos y organismos enderezar esa conducta desviada y consiga los fines de la doctrina integral, esto es, que el menor sujeto de todos los derechos se inserte en una sociedad y contribuya con la misma.

De lo que se concluye que las medidas son una clase de pena de naturaleza totalmente distinta de las previstas para los adultos en Código Penal, motivo por el cual están contenidas en un ordenamiento especial, debido a la calidad y naturaleza del sujeto a las que van dirigidas, esto es a menores de edad. La aplicación de eufemismos responde a la protección al menor que el Código de los Niños y Adolescentes brinda al menor.

Además debe considerarse que si bien el Código Penal no hace referencia a la aplicación de medidas para los menores infractores, se debe a que su dación es del año 1991, es decir anterior a la entrada en vigencia del Código de los Niños y Adolescentes, en el año 1993. De lo contrario el Código Penal haría referencia a las medidas como penas dentro del sistema penal juvenil.

A continuación veamos las medidas aplicables a menores de edad infractores de la ley penal⁶⁸:

a) Las medidas de protección que se aplica al niño que comete infracción a la ley penal están previstas en el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 242 y las diferencian de las medidas de protección al niño y adolescente en presunto estado de abandono. El código no las define únicamente las detalla y se imponen en función a la edad del menor infractor, esto es a los menores de 14 años de edad.

Conforme a lo dicho anteriormente se tendría que el Código en este caso lo que hace en encubrir una sanción, disfrazándola con el nombre de *medida de protección*. Pues el menor de 14 años es considerado infractor de acuerdo a lo establecido en los artículos 183 y 184 y por lo tanto merecedor de una pena a la que se le llama medida de protección, debido a que existe un nexo causal entre la medida de protección y la infracción. Consecuentemente según este análisis se considera que el niño y adolescente menor de 14 años, según nuestro código no estaría excluido del sistema de responsabilidad penal, ya que de estarlo no le sería pasible ni siquiera la imposición de la medida de protección por el solo hecho de estar excluido y/o por la comisión de un hecho frente al cual no tendría responsabilidad penal. Salvo que el legislador se refiera al procedimiento seguido, proceso tutelar en lugar de un proceso de investigación penal.

⁶⁸ Artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Sin embargo, conforme se advierte del artículo 243, las medidas de protección de las que son posibles el niño y adolescente en presunto estado de abandono, serían las mismas – con variaciones mínimas, pero no trascendentales y con excepción de la adopción (inciso e) del artículo bajo comentario) – a las medidas de protección señaladas en el artículo 242 de las que serían posibles el menor que comete infracción a la ley penal. En este sentido, el Código de los Niños y Adolescentes sub divide a los niños y adolescentes posibles de medidas de protección en dos grupos⁶⁹. El primero formado por los que han cometido infracción a la ley penal a quienes el Juez les puede aplicar las medidas de protección (artículo 242) y el segundo formado por los que no habiendo cometido infracción a la ley penal se encuentran en alguna de las causales señaladas en el artículo 248 del citado código, a quienes el MINDES puede aplicar alguna de las medidas de protección (Artículo 243).

Lo cual puede llevar a confusiones, pues a pesar de que se distinguen al menor infractor del menor en estado de abandono, en las medidas aplicables a los mismos no hay diferencias. Por lo que podemos decir que hay una diferenciación no diferenciada. “Aunque para quienes consideran que el menor de 14 años está excluido del sistema de responsabilidad penal, indican que las medidas de protección no solo deben responder a la comisión del ilícito, sino que además deben concurrir causales que la justifiquen”⁷⁰.

Por lo que concluyo que el niño y adolescente menor de 14 años, no está excluido del sistema de responsabilidad penal, el cual debe entenderse como un sistema independiente y especial, es decir es responsable del hecho ilícito que cometió, pero por su especial condición y estado de desarrollo no se le puede aplicar la misma pena que la de un adolescente mayor de 14 años y menos la de un adulto, sino medidas de protección, por cuanto la situación del menor de 14 es de mayor vulnerabilidad.

⁶⁹ Comentario al Decreto Legislativo 990 que modifica la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes referentes al Pandillaje Pernicioso. Hernández Alarcón, Christian. En página web: <http://iejs.net/Expo/ComentariosalDecretoLegislativo990---corregido.htm>.

⁷⁰ Estamos de acuerdo que a los menores de 14 años, a quienes se les ha excluido del sistema de responsabilidad penal, se les aplique una medida de protección; pero, no estamos de acuerdo en que dicha medida responde a la comisión de ilícito penal alguno, pues de lo contrario no se le estaría excluyendo del sistema de responsabilidad. Consideramos por ello, que para la razonable aplicación de alguna de las medidas de protección a un menor de catorce años que cometió infracción a la Ley Penal, debe encontrarse éste también dentro de alguna de las causales que justifiquen y fundamenten dicha protección, como por ejemplo, que sea expósito, que 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 y las demás señaladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, no siendo suficiente la acreditación de la comisión de la infracción a la Ley Penal. Comentario al Decreto Legislativo 990 que modifica la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes referentes al Pandillaje pernicioso. Hernández Alarcón, Christian. En página web: <http://iejs.net/Expo/ComentariosalDecretoLegislativo990---corregido.htm>

b) Las medidas socioeducativas⁷¹ para el adolescente infractor esta prevista en el artículo 231 a 235 del Código de los Niños y Adolescentes. El código tampoco las define. Únicamente en el artículo 229 señala que las medidas socioeducativas tienen por objeto la rehabilitación del menor infractor y en el artículo 230 señala que el juez al imponerla tendrá en cuenta la capacidad del adolescente para cumplirla.

Christian Hernández Alarcón, señala que en la doctrina de la situación irregular si encuentra un concepto de medida socio educativa, pues indica que según Luís Mendizabal Oses “son aquellas en las que la finalidad esencial no es la de penar ni la de intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular porque fundamentalmente se trata de proteger jurídicamente al menor contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento y contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás, por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida”. Agrega que en Latinoamérica se ha mantenido el término medida socioeducativa propio de la situación irregular, aún dentro de legislaciones adscritas a la doctrina de la protección integral pues ha existido una resistencia tanto en la ley como en la jurisprudencia de aceptar la naturaleza penal de la medida socioeducativa. Dice así por ejemplo en nuestro país: la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 29 de setiembre de 1999, en la sentencia de vista del Expediente 183505-1998-0274, del Quinto Juzgado de Familia, declaró nula la resolución que amparó la prescripción de la medida socioeducativa señalando entre sus fundamentos: que “1) Conforme lo señala el inciso c, del artículo 227 del Código de los Niños y adolescentes, la sentencia tratándose de la comisión de hechos delictuosos por menores y adolescentes debe contener una medida socio educativa que se imponga y no se le impone una pena. 2) Las Medidas Socio educativas aplicables a los menores y adolescentes, por su naturaleza no son prescribibles”. La Fiscalía Superior de Familia de Lima, en dicho expediente plasmada en el dictamen 350-99 del 22 de setiembre de 1999, manteniendo el mismo razonamiento y previo a la resolución comentada señaló “...que se debe tener en cuenta que la sanción penal tiene una naturaleza jurídica y una finalidad distinta a la medida socio educativa para los adolescentes, ésta última no es una sanción sino debe entenderse que es un medio por el cual se quiere reeducar al adolescente infractor para su beneficio y reinserción en la sociedad”. Ambas decisiones de los magistrados superiores de nuestro poder judicial relativamente recientes expresan una visión tutelar de la justicia penal juvenil en el poder

⁷¹ Respecto al nombre de medidas socioeducativas, nuestro código ha acogido la terminología de medidas socioeducativas del Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil, pero en Latinoamérica no se observa antecedentes de la misma, y cada país asume terminología distinta para señalar la pena al adolescente infractor.

judicial y el Ministerio Público, donde una de las expresiones más frecuentes de su visión asistencial, es el uso reiterado de eufemismos con los que se pretende encubrir que se está juzgado a un adolescente responsable penalmente por sus actos y pasible de sanciones si es hallado responsable. Así mismo Hernández Alarcón, nos dice, nosotros hemos opinado al respecto, señalando que atribuirle a la medida socio educativa una naturaleza distinta a la penal atenta contra su esencia misma, ya que los nombres no cambian los contenidos en ellos. Además, decisiones como la comentada, representan un retroceso a la doctrina de la situación irregular, la cual aunque parece superada en todos los foros en los que se habla del tema, mantiene su vigencia en la legislación y en la praxis judicial. Señalando que para Baratta, este maquillaje terminológico es muy peligroso, especialmente para los adolescentes pues va en desmedro del gran valor pedagógico que tiene el hecho de que comprendan las consecuencias que para ellos mismos tienen sus actos y su responsabilidad frente a los mismos, pues solamente reconociendo la naturaleza restrictiva de derechos de la medida socio educativa podemos asegurarle al adolescente tanto en el proceso como en la ejecución de las medidas las garantías de justicia que no deben ser menores sino mayores a las que goza el infractor adulto⁷².

Después de lo detallado, la posición que se toma respecto a este tema es que no importa la denominación que se le otorgue a la sanción que se aplica al menor infractor, lo importante es que ésta no pierda el sentido de su finalidad y su naturaleza, esto es, que es una sanción o pena (aunque su finalidad sea la de reeducar al adolescente) ante una conducta que lesiona un bien jurídico y por lo tanto constituye un tipo penal previsto como delito o falta, acción que si resulta típica, jurídica y culpable de ser castigada previo un juzgamiento que debe estar inmerso de las garantías de justicia suficientes - incluso mayores a las que goza un adulto- y para esto únicamente deberá de respetarse sus derechos como sujeto de derechos en proceso de desarrollo, en el que además deberá considerarse las deficiencias que el adolescente ha tenido en su desarrollo y que tal vez lo han motivado a delinquir algunas veces por necesidad y otras por influencias negativas de adultos.

Asimismo debemos tener en cuenta que el Código establece tomar en consideración el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, pues toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, o del Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás instituciones, así como la acción de la sociedad civil, deberá considerar el respeto a sus derechos.

⁷² HERNANDEZ ALARCON, Christian en Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, p. 48, 49.

SUB TITULO IV

CAPACIDAD, IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL

Es importante determinar estos términos, por la intención del código de establecer medidas distintas a la sanción del derecho penal de adultos.

a) Capacidad⁷³

La capacidad (*de capacitas*) es la aptitud que tienen las personas para el goce y el ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico. Goza de un derecho el que es su titular; lo ejerce el que lo practica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos. Quien tiene la capacidad puede adquirir derechos y contraer obligaciones, así como ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Estos dos elementos, el goce y el ejercicio de un derecho, reunidos, constituyen la plenitud de la capacidad de un sujeto. Separados, dan lugar a dos clases de capacidad: capacidad de goce y capacidad de ejercicio⁷⁴. La primera se adquiere con el nacimiento y la segunda al cumplir los 18 años de edad, salvo excepciones establecidas en la ley.

Si bien es cierto hasta los 18 años⁷⁵ no se tiene la capacidad de ejercicio, salvo las excepciones que señala nuestro Código Civil, esto no quiere decir que el menor sea un incapaz sino que es una persona en desarrollo físico e intelectual, sujeto de derechos, pues tiene la capacidad de goce. Entonces no se puede decir que el menor sea un incapaz absoluto o relativo con carácter de permanente sino que es una persona humana cuyos derechos de acción son restringidos en

⁷³ La capacidad como excepción: Desde la ratificación por nuestro Estado de la Convención internacional de los Derechos del Niño, y la posterior promulgación del Código de los Niños y Adolescentes, se reconoció al niño como sujeto de derechos modificándose su estatus jurídico de objeto de protección. No obstante estas modificaciones, la legislación civil ha permanecido impávida ante los cambios. Así no obstante que la doctrina de la protección integral que subyace en estas nuevas normas modificó la legislación interna, el código civil por ejemplo ha seguido considerando al menor de 16 años como incapaz absoluto (Art. 43, 1) y relativamente incapaz al mayor de 16 y menor de 18 años (Art. 44, 1).

Posteriormente este cuerpo normativo ha reconocido la posibilidad de que los menores de 16 puedan realizar algunos actos, siendo por ello, en nuestra legislación, la condición de sujeto de derechos más una excepción autorizada por ley que una regla de reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos. Así por ejemplo nuestro código ha regulado en su artículo 43 que los mayores de 14 años pueden reconocer a sus hijos, ser parte, reclamar y demandar por gastos de embarazo, parto, alimentos, tenencia y régimen de visitas de sus hijos.

En el mismo sentido, en el caso de los mayores de 16 años, la capacidad se obtiene por excepción legal, así por ejemplo el artículo 46 del CC señala que la incapacidad relativa de los mayores de 16 años cesa por obtener título oficial de profesión u oficio, cesando totalmente la capacidad en el caso de matrimonio, cuando sus padres asienten el mismo y que sin este sucede lo que en doctrina se conoce como matrimonio ilícito, es decir un matrimonio válido pero que tiene efectos en la subsistencia de la incapacidad, así el adolescente que contrae nupcias sin el asentimiento de sus padres pierde conforme lo señala el artículo 247 del CC la administración, usufructo y gravamen de sus Bienes. HERNANDEZ ALARCON, Christian, Artículo ¿Son incapaces los menores de edad? En página web: http://www.teleley.com/articulos/art_250607.pdf

⁷⁴ TORRES VASQUEZ, Anibal, Introducción al Derecho, ps. 383, 384, 385, 389.

⁷⁵ Según el artículo 30 de la Constitución Política del Estado, a los 18 años se adquiere la mayoría de edad.

razón de la edad. En tal sentido el artículo IV del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescente expresa: “Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo...”

Asimismo por razón de la edad, no puede discernir, esto es no puede distinguir entre lo bueno y lo malo, sin embargo podemos decir que conforme avanza en la edad y de acuerdo a las circunstancias que lo rodean y desarrolla el menor puede ir discerniendo, aunque no completamente, siendo posible que existan influencias negativas en el mismo. Por lo tanto no se esta de acuerdo cuando Fermin Chunga Lamonja dice que en el mundo globalizado en que vivimos el niño adquiere discernimiento a corta edad, pues una visión somera en nuestra sociedad nos revela que no todos los menores reciben la misma educación ni tiene el mismo acceso a la mismas a través de los diferentes medios.

Por ello, frente a un menor infractor de la ley penal, no solo hay que verificar la realización del hecho antijurídico, sino también las circunstancias que rodean al menor.

b) Imputabilidad y Responsabilidad Penal

Al referirnos al termino imputabilidad, se puede apreciar que esta tiene dos acepciones de un lado imputabilidad es atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable, y por otro cuando hablamos de imputabilidad nos referimos a la persona menor o mayor de edad, a la que se indica como presunto autor, de la comisión de un delito o falta, siempre que no sea un incapaz permanente⁷⁶.

Asimismo se dice que, se es imputable cuando se posee la facultad de discernir - la razón o la conciencia la llaman algunos autores- del carácter delictuoso de sus acciones u omisiones y la obligación penal de responsabilidad⁷⁷.

Así tenemos que, en términos generales se considera menor de edad a quien por su desarrollo físico y psíquico no tiene la capacidad de autodeterminación del hombre adulto, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta. En el ámbito jurídico-penal la capacidad de autodeterminación recibe el nombre de imputabilidad de ahí que quien no satisfaga el límite de edad que señala la ley, se le considerara un inimputable.

⁷⁶ La imputabilidad ha sido definida por el Código Penal italiano como la *capacidad de entender y de querer*, capacidad que requiere satisfacer un límite físico, o sea la mayoría de edad que señala la propia ley, y un límite psíquico que consiste en la posibilidad de valorar la propia conducta en relación a la norma jurídica.

⁷⁷ http://www.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=I

La mayoría de las legislaciones penales contienen una norma referida a la inimputabilidad de los niños y adolescentes. Nuestro Código Penal no es la excepción, así en el inciso 2 del artículo 20 se señala que, se encuentra exento de responsabilidad penal el menor de dieciocho años⁷⁸. Es decir establece que el menor de edad es inimputable.

Siendo esto así parecería que, el Código Penal no condice con el Código de los Niños y Adolescentes, surgiendo una contradicción en el sistema jurídico de control social, toda vez que por un lado se plantea la inimputabilidad del menor de edad y por otro se reconocen sistemas de responsabilidad al adolescente infractor en cuya intervención se usan las normas procesales y penales en forma supletoria.

La duda que surge es, si es posible que un inimputable sea responsable penalmente, si se supone que no tiene la capacidad suficiente de autodeterminación y tampoco ha sido motivado adecuadamente debido a su edad y los medios del Estado y la sociedad.

Entonces cabe preguntarnos si son los adolescente capaces de motivarse hacia el respecto de las normas penales y por lo tanto responsables al infringirlas? En la actualidad, el Derecho Penal doctrinario ha abandonado el concepto de culpabilidad, situado en el sujeto capaz de discernir para ubicarlo en la “motivación por la norma del autor de un hecho antijurídico” cimentando la idea de una motivación suficiente⁷⁹.

Como ya se señaló anteriormente se define la imputabilidad como “la capacidad de comprensión y autodeterminación, como capacidad de motivación o motivación normal, como consecuencia se ha sostenido que el niño es inimputable por carecer de capacidad de comprensión y autodeterminación, de motivación o por ser motivable en forma anormal o disminuida”⁸⁰, debido a su situación de desarrollo en que se encuentra y debido al medio donde se desarrolla.

Pues en un país como el nuestro donde la educación y el acceso a los medios de comunicación solo es de algunos privilegiados, no se puede decir que todos los adolescente puedan motivarse

⁷⁸ En nuestra patria el Código Penal de 1924, consideró la inimputabilidad absoluta de los menores hasta los 18 años. El código Penal de 1991, mantuvo esa edad al señalar en el art. 20 inc. 2 que están exentos de pena los menores de 18 años; sin embargo, el 17 de junio de 1992 por Decreto Ley N° 25564 se modificó el prenotado inciso agregándole “con excepción de aquél que sea autor o haya participado en hechos tipificados como delito de terrorismo en cuyo caso deberá ser menor de 15 años”. Por Ley 26447 se volvió al status anterior. CHUNGA LAMONJA; Fermin, Derecho de Menores, 1995, ps. 54, 55.

⁷⁹ HERNANDEZ ALARCON, Christian. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente. En pagina Web: http://www.teleley.com/articulos/art_penal2110106.pdf

⁸⁰ HALL, Ana Paola. Citado por HERNANDEZ ALARCON, Christian, Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente. En pagina Web: http://www.teleley.com/articulos/art_penal2110106.pdf

adecuadamente tanto en el conocimiento de la norma penal y el respeto a la misma. Es decir un menor se encuentra en situación de desventaja de motivarse con respecto a otro adolescente y mayor aún respecto a un adulto, debido los medios proporcionados por el Estado, a la propia edad y experiencia, sea en uno y otro caso, esto no significa que haya un criterio discriminatorio entre adolescentes y entre estos y los adultos, sino un criterio de protección integral al menor de edad, ya que el sistema de justicia penal juvenil tiene un rol tutelar y de protección al menor, al que debe reconocer todos sus derechos como persona humana, pero tomando en cuenta que este proceso de desarrollo y por lo tanto no se le puede exigir suficiente motivación sin tomar en cuenta las posibilidades de motivación y las circunstancias que lo rodearon. Es decir no puede responder como adulto sino como quién a sido capaz de motivarse por la norma como adolescente y como tal habrá que exigírsele, no teniendo la pena que se le aplique un carácter totalmente distinto del sistema penal para adultos, el cual es el rehabilitar al adolescente.

Por lo tanto el adolescente es inimputable debido a que no es capaz de autodeterminarse y motivarse por el derecho, igual que un adulto, pues el menor debido a su proceso de desarrollo y formación y a que no recibe lo necesario – la mayoría de adolescentes infractores - su capacidad de motivación puede ser anormal o disminuida. Sin que esto quiera decir que “la motivación suficiente del adolescente no se encuentra ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo, sino básicamente a sus posibilidades de motivación teniendo en cuenta las prestaciones positivas que la sociedad debe de realizar para el ejercicio pleno de sus derechos, es motivado por la norma en la medida que tiene no la capacidad, sino la posibilidad de conocerla, esencialmente mediante el sistema educativo”⁸¹. Ello no significa que aceptar esto, sea disminuir el respeto y reconocimiento a su calidad de persona sujeta a derechos y el desconocimiento de sus derechos y garantías⁸².

El adolescente es inimputable, pero debido a que con su conducta habría incurrido en un tipo penal debe merecer una respuesta por el ente estatal, pues éste es quién tiene el deber brindar lo necesario e indispensable para que el menor se desarrolle, por lo que dentro de un proceso donde las garantías deben ser incluso mayores que las de un adulto debe determinarse su responsabilidad en el hecho y ser merecedor de una pena (como ya lo hemos dicho) pero de diferente dimensión y naturaleza que la de un adulto, como son las medidas de protección o

⁸¹ HERNANDEZ ALARCON, Christian. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente. En pagina Web: http://www.teleley.com/articulos/art_penal2110106.pdf

⁸² Aquí volvemos a la trilogía básica sobre la que gira, en gran medida, el proceso de menores: tutela, garantías, castigo. La base del problema consiste en no haber logrado una adecuada integración de estos términos. Seguir sosteniendo que en el caso de menores infractores no es necesario establecer un sistema de garantías porque no se utiliza el castigo, sino que se protege al menor, es una faceta de tal naturaleza que sólo puede encubrir algún interés o ser el resultado de una ceguera absoluta. Mayor detalle en BINDER, Alberto M., Política Criminal: De la Formulación a la Praxis, pag. 240.

socioeducativas que ha previsto el Código de los Niños y Adolescentes, y atendiendo a las circunstancias en que se incurrió en ilícito, lo cual servirá para la determinación de la pena a establecerse; a efectos de eliminar la desviación de su educación y conducta, y rectificado pueda ser un sujeto de bien para la sociedad, pero esto no quiere decir que se aplique el autoritarismo de la doctrina de la situación irregular sino las garantías y respeto de sus derechos conforme lo proclama la doctrina de la protección integral.

Entonces, el adolescente es un inimputable debido a que carece de capacidad suficiente para determinarse, pero es penalmente responsable debido a que su conducta tiene como respuesta una pena, no igual que la de un adulto y no dentro del sistema penal, sino dentro de un sistema paralelo, tomando únicamente del primero los elementos constitutivos de cada tipo penal, para saber si el adolescente a incurrido en los mismos y se ha configurado algún tipo penal. Y verificar que circunstancias lo motivaron a realizar dicha conducta, para efectos de la imposición de la pena. El menor es un inimputable por su condición de menor, pero responsable dentro de un sistema paralelo al de adultos. Imputabilidad que debe ser entendida como inaplicación de las penas para adultos.

Si el delito es una conducta (acción) típica, antijurídica y culpable. Sus niveles de análisis son: el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad. La concurrencia de los dos primeros constituyen el injusto penal. La culpabilidad reúne a un conjunto de aspectos de la responsabilidad del agente: capacidad de culpabilidad (imputabilidad), conocimiento de prohibición y exigibilidad⁸³. Es decir la imputabilidad, es un presupuesto de la culpabilidad. Justamente porque falta el elemento imputabilidad es que no se establece las sanciones penales de adultos.

Por eso es que, en el sistema de justicia penal juvenil, no se esta aplicando el derecho penal de autor, sino el derecho penal de acto, pues el fundamento de la incriminación, determinación de su culpabilidad y reprochabilidad no se esta realizando en base a su situación de menor, sino en base a su responsabilidad en el hecho; sin embargo se considera que el Código de los Niños y Adolescentes si toma este derecho penal de autor para la fijación de la sanción, por considerar su especial situación de persona en proceso de desarrollo, a su condiciones personales y sociales, las cuales debe aplicarse solo para disminuir la sanción, nunca para agravarla, para desjudicializar y extraer al menor del juzgamiento pero nunca para incluirlo, y para una medida alternativa al internamiento⁸⁴. El Estado, debido a las deficiencias en las prestaciones a favor de los menores, así como tiene la potestad de atribuirles responsabilidad frente a un ilícito, también

⁸³ VILLAVICENCIO TERREROS., Felipe, Lecciones de Derecho Penal, ps. 127, 133.

⁸⁴ Es que por eso nuestro código señala en el artículo 215 inciso d, que a efectos de emitirse sentencia se deberá tomar en cuenta el informe multidisciplinario.

tiene la obligación de aumentar las garantías en el juzgamiento, ya que, “la colisión de la desigualdad material con la igualdad formal proclamada por la ley, exige la materialización de la igualdad proclamada legalmente en situaciones concretas (V gr. Proceso judicial). Así, la igualdad deja de ser igualdad en la ley para ser igualdad ante la ley, igualdad entendida como el derecho de los desiguales a que los poderes públicos los traten desigualmente a fin de lograr la igualdad material”⁸⁵.

Así, mientras la determinación de la responsabilidad proscribire y debe hacerlo cualquier referencia a la situación personal, familiar, social, intelectual etc., del adolescente, la determinación de la sanción concreta, debe apoyarse en dichas características y especialmente en los hallazgos de la psicología evolutiva que se ha encargado de señalar que los niños y adolescentes se encuentran en una etapa de desarrollo donde a pesar de poseer características similares aunque no sean idénticas, a las de una persona adulta, esto no significa que sean inferiores, sino diferentes⁸⁶.

Conforme a Juan Bustos Ramírez y Ana Paola Hall⁸⁷, podemos señalar que el reconocimiento que los niños y adolescentes no tienen posibilidades de participar plenamente en el sistema social y en consecuencia su capacidad de respuesta frente a las exigencias sociales y normativas, no sean iguales a la de un adulto, no significa valorarlos menos que los demás integrantes de la sociedad; por el contrario, al reconocer la existencia de los obstáculos que impiden sus participación plena dentro de la sociedad, por la insatisfacción de sus necesidades, también se reconoce que en tanto no se satisfagan la sociedad no puede exigir la misma responsabilidad y el mismo tratamiento.

Por ello es que se concluye que los menores son inimputables, pues no merecen las penas de los adultos por su especial situación, pero si son responsables de acuerdo a su capacidad de entender y comprender los alcances de su conducta de acuerdo a su proceso de formación y medio de desarrollo. Cuyo juzgamiento se realiza en un sistema paralelo al penal para adultos, donde se exige mayor recelo en las garantías del proceso, que al final no son más que el cumplimiento de los derechos del menor.

⁸⁵ HERNANDEZ ALARCON, Christian. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente. En página web: http://www.teleley.com/articulos/art_penal2110106.pdf

⁸⁶ HERNANDEZ ALARCON, Christian. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente. En página web: http://www.teleley.com/articulos/art_penal2110106.pdf

⁸⁷ Citados por HERNANDEZ ALARCON, Christian. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Adolescente. En página web: http://www.teleley.com/articulos/art_penal2110106.pdf

Esta posición que se asume en este trabajo guarda relación con la desarrollada por Juan Bustos Ramírez e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, pero es disímil de Fermin Chunga Lamónja⁸⁸ y Christian Hernandez Alarcón⁸⁹, quién considera que el adolescente infractor (refiriendo a mayores de 14 años) son penalmente imputables y penalmente responsables, por considerar que si son responsables son imputables⁹⁰.

Asimismo se puede concluir que, en realidad no habría contradicción alguna entre el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, pues se toma la teoría de responsabilidad sin imputabilidad, a efectos la rehabilitación de un sujeto de derechos en proceso de desarrollo y por lo tanto en proceso de formación, en que hay corregir la desviación de su conducta, y lograr el pleno goce de su capacidad de ejercicio como ciudadano capaz de contribuir de manera positiva con la sociedad.

Así, si el niño o adolescente cometen un acto típico, antijurídico y culpable (delito) se le imputará la figura que corresponda al tipo penal respectivo de acuerdo y respetando el principio de legalidad. Si es culpable no se le aplicará una pena sino una medida de protección si es menor de 14 años o una medida socioeducativa si es mayor de 14 años y menor de 18 años. Al primero, no se le someterá a un proceso con características penales sino a una investigación tutelar. Al segundo si se le someterá a un proceso penal, pero especial, al que se le denomina en nuestra legislación como investigación. Por lo que se puede decir que existe un derecho penal especial de menores, cuyo fin es de la prevención antes y después de la comisión del ilícito, protección que debe el Estado a la sociedad y para lograr eso, debe lograr la resocialización, a través de tratamientos específicos que enderecen la conducta desviada del menor y permitan su desarrollo integral, psicosomático⁹¹.

⁸⁸ En el Perú y en los países latinoamericanos, la minoría de edad forma parte del Derecho Penal que recoge las causas de inimputabilidad y esto nos motiva a señalar que el menor de 18 años siendo imputable es inimputable para los efectos de la imposición de la pena, pero es responsable (culpable) y se hace acreedor a una medida. En efecto, si el niño o adolescente cometen un acto típico, antijurídico y culpable (delito) se le imputará la figura que corresponda al tipo penal respectivo de acuerdo y respetando el principio de legalidad. Sin embargo, si es culpable no se le aplicará una pena sino una medida de protección si es menor de 14 años o una medida socioeducativa si es mayor de 14 años y menor de 18 años. En caso del primero, no se le someterá a un proceso con características penales sino a una investigación tutelar, en el segundo caso sí habrá un proceso penal especial, denominado en nuestra legislación como investigación. Según se señala que por razones de conceptualización de términos, el menor de edad es imputable de la comisión de delitos y faltas pero a la vez es inimputable teniendo en cuenta que la edad no le permite valorar en forma correcta el ilícito penal en su real sentido. En consecuencia podemos afirmar que existe un derecho penal especial de menores, cuyo fin es de la prevención antes y después de la comisión del ilícito, protección que debe el Estado a la sociedad y para lograr eso, debe lograr la resocialización, a través de tratamientos específicos que enderecen la conducta desviada del menor y permitan su desarrollo integral, psicosomático. CHUNGA LAMONJA, Derecho de Menores, p. 36.

⁸⁹ HERNANDEZ ALARCON, Christian en Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil.

⁹⁰ Mayor detalle en HERNANDEZ ALARCON, Christian en Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, ps. 49, 54.

⁹¹ CHUNGA LAMONJA, Derecho de Menores, p. 36.

RESUMEN

En el presente capítulo está compuesto de cuatro subtítulos. El primero referido a la delimitación de términos que resulta importante conocer en el desarrollo del presente trabajo, como concepto de menor, menor infractor, entre otros. Luego en el siguiente subtítulo se desarrolla las doctrinas referentes a la conceptualización del menor, la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral, desde las cuales se concibe al menor como un objeto y sujeto de derechos respectivamente.

A continuación se desarrolla la naturaleza de la responsabilidad del menor y se concluye con la capacidad, imputabilidad y responsabilidad penal del adolescente infractor de la ley penal, ello en virtud a la naturaleza y la condición del menor de edad en proceso de desarrollo, capaces de motivarse con la norma, de acuerdo al medio que los rodea y la educación e información recibida. Los menores son inimputables pero responsables por hecho ilícito, y como tal, merecedores de una pena diferente a la de los adultos, a la que se les denomina medidas dentro de un sistema paralelo especial que el sistema penal de adultos.

COMENTARIO

De acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes, el menor de edad, es aquella persona cuya edad no supere los 18 años, haciendo la distinción entre niño y adolescente. Estos por diversas causas incurren en hechos ilícitos previstos como delitos y faltas por la ley penal, por lo tanto deben responder por los mismos pero no como un adulto, sino como un menor en proceso de desarrollo, previo un juzgamiento, que debe ser paralelo al de los adultos, en el cual se tenga mayor recelo en el cumplimiento de garantías procesales, esto debido a la especial condición del menor y además se diría debido a que, es el Estado quién habría fallado al no proporcionar los medios necesarios para que dicho menor se integre paulatinamente a la sociedad conforme a su desarrollo.

La evolución de la justicia penal juvenil, se ha desarrollado a través de dos doctrinas, la primera consideraba al menor un objeto pasible de represión y opresión, la segunda considera al menor un sujeto de derechos, siendo ésta última la que ha asumido nuestro actual Código de los Niños y Adolescentes, la cual se considera acertada y con la que se puede decir que el derecho de menores ha dado un gran paso. Ambas doctrinas apuntan a un mismo objetivo, la protección integral en base al interés superior del niño, pues ambas desde diversas perspectivas, buscan proteger al menor para que este logre un desarrollo e inserción en la sociedad contribuyendo con la misma. Para lo cual deben de desarrollarse políticas adecuadas, programas y acciones pertinentes conforme a las convenciones adoptadas y el código vigente. Tal como lo señala la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada en 20/11/1989) y raíz de la cual surgió la doctrina de la Protección Integral, doctrina que resulta aceptada y aplaudida para proteger al menor, pues si se le garantiza el reconocimiento de sus derechos se le garantiza el respeto como persona y a su dignidad como tal, no siendo considerado mas un objeto al que haya que aplicar medidas de represión sin reconocimiento de sus derechos y donde el Juez asume el papel de un padre inquisidor.

En base a la doctrina de la protección integral, es que se considera que si el menor es sujeto de derechos, también debe responder por sus hechos, claro ésta que no en la misma situación que la de un adulto, responderá de acuerdo a su proceso y ámbito de desarrollo, y se le impondrá una pena denominada medida. Y en este sentido el menor es un inimputable responsable. Inimputable de las penas de un adulto, pero responsable del hecho y acreedor de una pena en un sistema paralelo, el cual acudirá a aquel para delimitación de la conducta y aplicación de ciertos principios, que no están previstos por el sistema especial que recién esta empezando a tomar forma legislativa, como el es Código de los Niños y Adolescente. Y que tampoco necesitaría repetir los mismos, pues basta la delimitación especial.

CAPITULO III
EL ESTADO RESPECTO AL MENOR INFRACTOR

Sub Título I : Control Social dirigido al Menor Infractor

Sub Título II : Modelos de Justicia Penal Juvenil

Sub Título III : La Delincuencia Juvenil

Sub Título IV : Menores Infractores Reincidentes

*Tengamos muy presente que los niños
de todas las edades poseen una cosa común:
cierran los oídos al consejo y abren los ojos al ejemplo.*

Sn. Bosco

SUB TITULO I

CONTROL SOCIAL DIRIGIDO AL MENOR INFRACTOR

No podemos imaginar ninguna sociedad sin reglas ni orden, pues estas son necesarias para que los individuos que forman la misma se respeten mutuamente y exijan sus derechos, y las cuales se tratara de alcanzar a través de las diferentes instituciones que la propia sociedad crea en el avance del tiempo y es por medio de estas instituciones que el hombre se adapta a dichas reglas y normas, es decir a la convivencia, adquiere valores y fija los límites de su libertad para el respeto de los derechos de los demás.

Es así que se puede decir conforme al español García Pablos de Molina Antonio, que el control social, sirve para asegurar la supervivencia del “estado de cosas” en la sociedad, pues al mismo tiempo que traza el marco que circunscribe los modos de ser y actuar socialmente aceptables, castiga los comportamientos nocivos por medio de un complejo sistema de sanciones y reglas, que persiguen la disciplina social: sometimiento y conformidad del individuo a las normas de convivencia. Para ello, el control social dispone de un sin número de sistemas normativos: religión, derecho, ética; diversos portadores u órganos: familia, escuela, iglesia, medios de comunicación; diversas estrategias: premios, buena reputación, sanciones morales, negativas o rechazo social, sanciones pecuniarias y penas⁹². Existen dos factores de control social: el informal y el formal.

El control informal referido a que el menor no tiene voluntad y por lo tanto es sumiso y se somete a lo que se le impone, es que por eso conforme a la doctrina de situación irregular, el menor no era un sujeto de derecho, sino un objeto al cual se le señalaba patrones de comportamiento a través de diferentes instancias, la familia, el colegio y la iglesia. Pudiéndose distinguir dos niveles de control social conforme lo señala Christian Hernández en su tesis “*El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*”; por un lado el activo que busca prevenir cualquier desajuste por medio de una educación en patrones de comportamiento social y por otro lado el reactivo que es el que se establece una vez que ya se ha producido la violación de las reglas sociales y se puede dar por medio de dos vertientes: a nivel psíquico expresado en las burlas y el reproche y la física o la violencia aplicada como medio de adaptación social por parte de las instituciones tradicionales como la familia y el colegio. Sin embargo este control informal no ha dado resultado favorable pues la aplicación de la violencia ha originado mayor violencia y rebeldía de los adolescentes dando lugar al surgimiento de mayor número de delincuencia juvenil la que mayormente se comete a través de las pandillas. Por lo que es necesario que la

⁹² Citado por HERNANDEZ ALARCON, Christian, Tesis *el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*, p. 34.

familia, el colegio y la iglesia recuperen su función socioeducativa positiva sin violencia e imposiciones.

⁹³Según Felipe Villavicencios Terreros, el fracaso de los medios de control social informal ha ocasionado que la sociedad se vea obligada a recurrir al mecanismo artificial del sistema penal a fin de que controlar lo que los medios naturales no pueden. Así, el control formal se realiza por medio de agencias de control penal: policías, fiscales, jueces; quienes actúan usando un conjunto de normas: Código Penal, Código de los Niños y Adolescentes, que se relacionan en un complejo dinámico de Funciones, cuyas sanciones a diferencia de las del control social informal nunca son neutras sino negativas y estigmatizantes, estando por este motivo, sometidas a normas que tratan de asegurarle objetividad y respeto de las garantías de las personas involucradas en el conflicto. Además es por esta razón que es subsidiario del informal, reservándose su intervención sólo para los conflictos más agudos.

No obstante, hoy en día, existe una tendencia a la ampliación de la intervención del derecho penal, usada especialmente por los políticos quienes a fin de cubrir el déficit de funcionamiento de otros mecanismos de legitimidad social, crean figuras penales que responden a la conyuntura, protegiendo penalmente bienes jurídicos de difícil identificación, “ofreciendo engañosamente a la opinión pública una solución de problemas que no se verifican en la realidad” en el entendido que de ese modo se evitará la propagación y el incremento de la delincuencia juvenil. Cuando por el contrario, si es que se busca evitar la delincuencia, no se debe crear nuevos tipos penales; sino, debe existir una mejor coordinación entre ambos sistemas como único camino para una efectiva labor de prevención del delito. Pues, no disminuye el delito incrementando el control formal; sino, mejorando la coordinación del control penal con el control informal, ponderando la efectividad con el costo social y tomando “todas las posibles medidas positivas de tipo jurídico o político social que ayuden a evitar los delitos sin acudir al Derecho Penal” a fin de lograr una intervención penal necesaria y proporcionada, cuando un adolescente infringe la ley penal⁹⁴.

Mas ante la necesidad de una política prevencional, habrá que determinar y el tipo de medidas preventivas necesarias, la cual tiene que hacerse con un criterio que se podría denominar existencial, es decir atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar de una sociedad, lo cual requería de métodos y técnicas de estudio e investigación.

⁹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Lecciones de Derecho Penal, p. 23.

⁹⁴ HERNANDEZ ALARCÓN, Christian, Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, p. 39, 40.

Entonces deberá de aplicarse una política de asistencia y previsión social, y sistematizando, por otro una tutela jurídica privativa. Esto implica la función del Estado y la acción de la comunidad toda: familia, escuela, instituciones privadas, y atiende a la protección de la madre y la familia como base del medio adecuado para el desarrollo del menor, atendiendo a este desarrollo a través de la infancia y la adolescencia, sin descuidar ni una acción psicosocial apropiada ni la que se relaciones con el afianzamiento de los valores éticos y culturales⁹⁵.

La obra, ante todo tiene que ser de previsión y de preservación; después de completo de toda insuficiencia individual, familiar y social, que afecte la vida de los niños; y, por último, de rectificación y regeneración, dentro de la unidad del problema del menor y de la integralidad de su vida con toda independencia de su "estado". Habrá, pues, que preparar su advenimiento, allanar y facilitar su camino armarlo personalmente de condiciones para el triunfo, como individuo y como factor social, suplir su capacidad, educar y tonificar su libertad, corregir sus defectos congénitos adquiridos; seguirlo después especialmente en su primeros pasos, inciertos por la debilidad e inexperiencia, para fortalecer aquella y evitar los efectos bruscos y penosos de la segunda; orientado, educado, estimulando, mas tarde, y propulsando aptitudes positivas y constructivas, - a la vez que neutralizando y regenerando los elementos y disposiciones nocivas y para cualquier interferencia. Con respecto a las fuerzas familiares, la verdad de los principios impone comenzar por el cuidado de la madre, robusteciendo, en primer término los conceptos sociales que informan las condiciones de regularidad de las uniones sexuales, de tal modo que su maternidad la coloque realmente en el sitio que a tan a gusta dignidad corresponde⁹⁶.

⁹⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermin G., Manuel de Legislación sobre Menores, p. 32.

⁹⁶ BALLON Ildelfonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 10, 11.

SUB TITULO II

MODELOS DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

Se ha sostenido que el menor es inimputable, pero responsable de la comisión de una infracción penal y como tal se le realiza un juzgamiento dentro de un sistema paralelo al sistema tradicional para adultos, aunque se aplica en forma supletoria de este último las normas pertinentes. Es decir, no se está considerando al menor exento de responsabilidad, como lo hacía la doctrina de la situación irregular, de cual nuestro sistema se ha apartado, pues el menor ya no es considerado un objeto al que hay que reprimir sino, un sujeto de derechos en proceso de desarrollo y como tal se le reconoce sus derechos, aunque algunos de ellos no los pueda ejercer hasta cumplir la mayoría de edad. Se considera “que la inimputabilidad del menor debe valorarse como una exoneración de responsabilidad penal común. Es decir, toda medida que se le aplique debe ser fruto de una decisión de carácter valorativo”⁹⁷.

El juzgamiento penal que se le sigue a un menor debe ser diferente del seguido para un adulto, y si el menor es encontrado culpable, la medida socio-educativa que se le aplique, tiene que tener fines adecuados para lograr la rehabilitación del menor, mejor dicho la corrección de la conducta desviada del menor, que está en proceso de formación y es susceptible de desviación por muchos factores del entorno en que se desarrolla.

Es por eso que debe de hablarse de un derecho penal especial para los menores, no en la configuración de los tipos penales, porque eso ya lo ve el Código Penal, pero sí en el procedimiento del juzgamiento y la imposición de la sanción. En lo que respecta al juzgamiento, se debe garantizar todos sus derechos y libertades, aplicando de manera supletoria el código procesal penal para adultos. En cuanto a la pena, fijar estas atendiendo a la etapa de evolución sicosomática y entorno del menor.

En la doctrina se habla de un derecho penal de menores, con caracteres especiales, presidido por las reglas y principios que emergen de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que define la intervención estatal sobre tres líneas directrices: la protección, la participación y la prevención. Es decir los Estados deben legislar en base a estas líneas⁹⁸. Sin embargo se considera que no se puede hablar de la autonomía del derecho penal de menores,

⁹⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermin, *El Adolescente Infractor y la Ley Penal*, p. 45.

⁹⁸ SCIVOLETTO, *Sistema penale e minori* cit., p.19, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Justicia Restaurativa*, Buenos Aires, p.40. Los Estados deben legislar y tomar todo tipo de medidas a la luz de estas tres líneas, o sea, los niños deben ser protegidos pero, fundamentalmente, el problema debe prevenirse, y para cumplir ambos fines, debe comprometerse la participación social.

pues este es parte de un sistema normativo cuyo sustento lo encuentra en otras ramas del derecho, como en el constitucional, derechos humanos, derecho civil. KEMELMAJER dice es impensable una ley penal juvenil que se limite a establecer penas inferiores para los infractores juveniles que para los adultos. El derecho penal juvenil responde a exigencias y postulados que apunta a la protección integral con pleno respeto de las garantías constitucionales.

En la justicia de menores han convergidos diversos modelos. Así KEMELMAJER⁹⁹ nos indica que la sistematización de los diversos modelos por parte de la doctrina no es uniforme; ello obedece a que la llamada “justicia penal juvenil” no constituye una realidad inmutable, pues ha experimentado, y sigue experimentando, continuas transformaciones, es decir que no existen modelos puros, sino que coexisten elementos de varios modelos con predominio de algunos de ellos. Asimismo nos indica que durante la mayor parte del siglo XX, la respuesta a la delincuencia juvenil péndulo entre la idea de bienestar o modelo del bienestar (*welfare*) o modelo asistencial y el modelo de justicia (*justice*). Y estas dos ideas responderían a dos ideas distintas del delincuente; el necesitado de cuidados y el que merece pena.

La justicia de menores ha estado presidida por tres modelos, siendo estos:

1. MODELO TUTELAR, ASISTENCIAL, CARITATIVO O DE PROTECCIÓN (*Welfare Model*):

También llamado modelo de bienestar.

El inicio de este modelo se ubica con la creación del tribunal de Chicago de 1899. Esta basado en los postulados del positivismo criminológico y en la doctrina de la situación irregular. Los niños se defienden como personas desprotegidas y necesitadas de cuidado y rehabilitación. Considera la delincuencia como el reflejo de una pérdida social más amplia que no se corrige imponiendo penas. La persona está especialmente constreñida por sus antecedentes y, en cierta medida, no es responsable por sus acciones. El delito refleja una suerte de fracaso del funcionamiento de las instituciones sociales o una enfermedad social. La delincuencia es una suerte de grito de ayuda. Por eso en lugar de un sistema adversarial, lo que se necesita son personas que curen estas enfermedades¹⁰⁰.

Este modelo se origina como consecuencia del nacimiento de la sociedad industrial, las desigualdades sociales que van a originar brechas en la sociedad. El Estado, en cierta forma es indiferente al menor que delinque y son las clases sociales altas que, con propósitos

⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 58.

¹⁰⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 59, 60.

filantrópicos, luchan por una exclusión de los menores del sistema penal, creando un sistema de protección que incluye a los mendigos, a los pobres y a los menores. La política asumida tiene rasgos positivistas ya que los menores eran considerados como anormales, enfermos, a los que había que separarlos de su medio para reeducarlos. El modelo protector tiene objetivos de caridad, piadosos, cuyo objetivo es proteger a los más necesitados y ejercer control sobre ellos substituyéndose al ejercicio de la patria potestad. Las medidas que se les aplicaban eran la mayoría de las veces penas libradas al libre arbitrio del juzgador¹⁰¹.

Este modelo concibe al menor desde puntos de vistas psicológicos. Se toma al menor como un enfermo y como tal debe recibir ayuda, KEMELMAJER dice debe ser corregido y enmendado, pues indica el menor es un enfermo y un incapaz.

Asimismo se considera que el menor no es un adulto y no se lo define por lo que es sino por lo que no es, olvidando que conforme a la moderna psicología que los menores no son seres inmaduros o incapaces, sino que tienen una madurez para comprender su comportamiento y las consecuencias del mismo.

Este modelo plantea que las respuestas del estado frente a la delincuencia juvenil debe tener fines educativos y terapéuticos, de tal manera que se sustituya el sistema de penas por medidas de seguridad cuyo efecto sea el de proteger al menor que se ve desvalido o carente de la satisfacción de su necesidades acordes a su edad y que se supone que el Estado debe de brindarlas. Por lo que la delincuencia juvenil es un reflejo del fracaso de las instituciones estatales.

Las medidas de seguridad deben ser dictadas no en función a la gravedad del hecho sino de la peligrosidad del autor. Y por tiempo indeterminado.

Este modelo se caracteriza por una amplia intervención judicial y por la reducción de las garantías procesales, pues el menor sale del derecho penal, donde el sistema adversarial garantiza el cumplimiento de esas garantías procesales, para ser apartado a un sistema donde los tribunales tienen competencia para reformar y proteger a los niños.

KEMELMAJER indica que este doble nivel de competencias – protectoras y de corrección-terminó por mezclar a los dos en un sistema híbrido pleno de riesgos; los riesgos de conversión de las intervenciones de corrección en puro paternalismo protector, pero sobre todo el riesgo de transmitir a la intervención de corrección llevando al conjunto del sistema a funcionar de manera

¹⁰¹ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 45, 46.

represiva; una represión que funcionó sin las garantías ordinarias¹⁰². Esto hizo que las medidas tutelares dictadas a los menores sean vistas como intervenciones punitivas¹⁰³.

Este modelo imperó en América Latina en la época de los años 30, bajo el nombre de doctrina de la situación irregular o modelo tutelar. El Perú adoptó la doctrina del “menor irregular” en el Código Penal de 1924 que indebidamente legisló sobre él en situación anómica; luego, en el Código de Menores de 1962 califica de “menores peligrosos”, dentro de la nomenclatura que señaló, a los que cometían “actos antisociales”. En 1990 al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y luego promulgar el Código de los Niños y Adolescentes en 1992 (Decreto Ley N° 26102), reemplazado por el actual en el año 2000 (Ley N° 27337) varía su política penal referida al niño y al adolescente infractor penal, creando para el primero un tratamiento desjudicializado (Investigación Tutelar) y para el segundo una investigación penal muy especial. Crea medidas de protección para los niños y medidas socio-educativas para el adolescente¹⁰⁴.

2. MODELO EDUCATIVO

El modelo educativo comenzó a finales de la segunda Guerra Mundial (1948-1949) y llegó aproximadamente hasta 1975. Su razonamiento se basa en considerar al Estado como un guardián de seguridad y responsable en la erradicación de la pobreza. Apunta a una política asistencial. En el campo de la justicia de menores evoluciona en los años 60. Se fundamenta en la idea de evitar la inclusión de los menores en la justicia penal buscando soluciones alternas. Para lograr el objetivo anterior participan jueces, policías, educadores y trabajadores sociales los que buscan soluciones extrajudiciales evitando un gran porcentaje del ingreso del menor al circuito penal. Se evitaban los métodos represivos, los que fueron reemplazados por acciones educativas. Se evitaba el internamiento en correccionales. El tratamiento en medio abierto, se incluía a la familia y a su entorno social y mediante medios educativos se trataba de lograr el cambio de actitud conductora. Preconiza la libertad vigilada, con el clásico puente que colabora: juez-menor-familia-comunidad. Sin embargo los trabajadores sociales no distinguieron entre menores infractores y necesitados de ayuda, y así la justicia queda como el último eslabón del trabajo social¹⁰⁵.

¹⁰² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 60.

¹⁰³ “El modelo no reconoce los derechos fundamentales de los que gozan los adultos en primer lugar, y tuvo como consecuencia el aumento de la violencia y la marginalidad que se pretendía evitar con la intervención protectora del Estado, en segundo lugar”. CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 46.

¹⁰⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 46.

¹⁰⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 47.

3. MODELO DE JUSTICIA O DE RESPONSABILIDAD O MODELO JURIDICO *(Justice Model)*

Este modelo se desarrollo, especialmente, en los años ochenta, y se fundo esencialmente, en el escaso éxito del intervencionismo que había operado hasta ese entonces. Se crítica este modelo por cuanto se considera que el intervencionismo puede significar violación de los derechos del menor, pues con la excusa del delito, se investiga y se entra a al esfera íntima no solo del menor sino de la familia, recogiendo información privada.

Asume que cada persona es responsable de los que hace, el presupuesto es que los delitos son cometidos como el resultado de una decisión racional, pesando beneficios y costos. El niño es una persona desprotegida, pero necesita de pena y corrección.

Enfatiza las ideas de prevención y retribución. La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido. Subyace la idea de igualdad, por lo tanto, los que han cometido delitos semejantes merecen penas análogas.

Propicia un sistema adversarial, manejado por el principio de la libertad, los individuos se presumen inocentes hasta que no se prueba la culpa. El menor tiene derecho: a que se le informen los cargos, a ser oído, a tener representación legal y protección contra las investigaciones ilegales y las confecciones coaccionadas, a mantenerse callado, y a ser condenado solo si se ha superado la prueba de más allá de toda duda razonable.

Fermin Chunga¹⁰⁶ nos dice que un antecedente del modelo de responsabilidad lo tenemos en el pronunciamiento del consejo de Europa en torno a la justicia de menores, en un documento sobre reacción social de la delincuencia juvenil, elaborado por el comité restringido de expertos en 1987. Entre otras, sus principales recomendaciones fueron:

1. Adoptar una justicia de menores ágil, que prevea al menor tiempo posible entre la comisión del hecho y la imposición y ejecución de la medida.
2. No permitir que ningún menor sea juzgado por ninguna jurisdicción penal ordinaria.
3. Reconocer y reforzar los derechos del menor en el proceso, entre ellos: la presunción de inocencia, derecho a la defensa, a la presencia de los padres, derechos a aportar testigos en su defensa, derecho a la palabra, derecho de apelación, derecho de revisión de medidas.
4. Proporcionar formación especializada a todas las personas que intervengan en el proceso de menores.

¹⁰⁶ CHUNGA LAMONJA, Fermin, *El Adolescente Infractor y la Ley Penal*, p. 47, 48.

5. No hacer constar los antecedentes penales de los menores. En su caso, solo deberían poder comunicarse a la autoridad judicial, sin hacer en una divulgación de los mismos, ya que se afectaría la reinserción social del menor.
6. Adoptar medidas con características como: que sean aplicables en su medio natural, en lo posible, que no entorpezcan su plena integración social. Además se recomendó que fuera de duración determinada y no superior a dos años, así como la previsión del internamiento como último recurso, prefiriendo en su lugar otras medidas como reparación, mediación, etc.

SUB TITULO III

LA DELINCUENCIA JUVENIL

1. LA EXPRESION DELINCUENCIA JUVENIL

La expresión delincuencia juvenil comenzó a usarse hacia 1815, cuando un tribunal de *Old Baley*, Inglaterra, condenó a cinco niños de 8 a 12 años, a los que consideró merecedores de la pena de muerte. Ahora bien, dar una definición de “delincuencia juvenil que sea aceptada por todos los operadores del Derecho, cualquiera sea el país, es una misión difícil, casi imposible, desde que las conductas deben ser ubicadas en un contexto sociocultural muy variado. Cualquiera sea su extensión, la voz “*delincuencia juvenil*” tiene mala fama, y los autores prefieren no usarla; algunos por ejemplo, la sustituyen por “*infractor juvenil*”. En algunos países (por ej., los escandinavos) la expresión “delincuencia juvenil” es desconocida pues la edad del autor no implica ni status especial, ni existencia de tribunales específicos para juzgar los hechos delictivos; de los menores infractores se ocupan organismos de tipo de la seguridad social. La omisión de la voz delincuencia no quiere decir, pues, que las autoridades suecas no reaccionan si un joven se emborracha, se va de la casa, o comete actos que son peligrosos para su desarrollo; por el contrario, hay respuesta, pero el actuar de la autoridad tiene el carácter de “medida social” y está regulada por la legislación social, no por la legislación penal¹⁰⁷.

Si nos remontamos a años atrás en el año 1977, Fermín Chunga Lamonja, al hablar de los fundamentos del proyecto del Código de Menores de 1962 se refería a que en el Seminario Latinoamericano reunido en Río de Janeiro en el año 1953 se estableció que es técnicamente inadecuada la expresión delincuencia juvenil por no reunir los elementos esenciales del concepto doctrinal del delito, sin embargo mas adelante menciona “aunque el término delincuencia es inadecuado no hay otro con que sustituirlo y que sea tan preciso como él, por lo que debe continuarse utilizando”¹⁰⁸.

De muchas maneras las comunidades han denominado los grupos de jóvenes y adolescentes calificados en "riesgo social" por sus actitudes, costumbres, situación de vida. Esos nombres varían: pandillas, barras, huelgas, maras, chapulines, gamberros, hooligan, etc.; pero tienen en común dos cosas: por un lado la preocupación y la alarma social que provocan, y por otro la falta de distinción entre lo que constituye una actividad delictiva propiamente dicha y un

¹⁰⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, justicia restaurativa, p. 44 a 46. Quizá, si retornáramos a la etimología de la palabra, tendríamos una mejor comprensión del problema. La palabra delincuencia está compuesta del vocablo *linc* o *link* que en inglés significa ligamen, cadena. “*De*” es una partícula negativa, por lo que la palabra delincuencia, etimológicamente, significa ausencia de ligamen, ausencia de vínculos. La propia palabra nos indica que la respuesta correcta a la delincuencia se encuentra en los métodos que son hábiles para reforzar los vínculos originarios, y no los que producen mayor aislamiento, mayor ruptura, mayor alejamiento del infractor.

¹⁰⁸ Ver mayor detalle en CHUNGA LAMONJA, Fermin G., Manuel de Legislación sobre Menores, p. 27.

comportamiento simplemente desviado de las costumbres y tradiciones, o lo que es peor, "desviado" por los condicionamientos socio-económicos en que se encuentran y la ausencia de una familia¹⁰⁹.

El término delincuencia juvenil, involucra a los niños y adolescentes que con su conducta han infringido la ley penal. Sin embargo en la doctrina, en autores como Chunga Lamónja nos dice que el término delincuencia juvenil involucra a los menores responsables (de 12 a los 18 años) y a los jóvenes también responsables (de 18 años cumplidos hasta los 25)¹¹⁰. Es decir no considera a los niños.

2. CAUSAS DE TRANSGRESIÓN A LA LEY POR EL MENOR

Sin lugar a dudas, la delincuencia juvenil es un fenómeno muy representativo desde el siglo pasado, la delincuencia juvenil es uno de los problemas criminológicos que crece cada día más, no solo en nuestro país, sino también en el mundo entero; es una de las acciones socialmente negativas que va a lo contrario fijado por la ley y a las buenas costumbres creadas y aceptadas por la sociedad, poniendo en riesgo la seguridad pública de la sociedad.

La delincuencia juvenil es un fenómeno de ámbito mundial, pues se extiende desde los rincones más alejados de la ciudad industrializada hasta los suburbios de las grandes ciudades, desde las familias ricas o acomodadas hasta las más pobres, es un problema que se da en todas las capas sociales y en cualquier rincón de nuestra civilización. Determinar sus causas, resulta importante a efectos de encontrar posibles soluciones a través de medidas preventivas, que deberá ejercitar el estado, como parte del control social. Los estudios criminológicos sobre la delincuencia juvenil señalan el carácter multicausal del fenómeno, pero a pesar de ello, se pueden señalar algunos factores que parecen decisivos en el aumento de la delincuencia juvenil.

a) **La Violencia:** La violencia es un elemento que se encuentra comúnmente en la delincuencia juvenil y es uno de los factores que influyen a los jóvenes a cometer actos ilícitos. Las causas de la violencia pueden ser:

- **Biológicas:** se habla de niños hiperquinéticos y trastornos hormonales producto de la menstruación en mujeres,
- **Psicológicas:** trastornos de la conducta, comportamientos desviados, el individuo actúa bajo el impulso del momento y no muestra arrepentimiento por sus actos. Inicialmente esta violación persistente de las reglas se manifiesta

¹⁰⁹ GONZALES ALVAREZ Daniel, Artículo "Delincuencia Juvenil y Seguridad Ciudadana". <http://www.seguridadidl.org.pe/infodocs/delinc-juvenil.doc>

¹¹⁰ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 18.

como vandalismo; crueldad con los animales; inicio precoz de una vida sexual promiscua, sin cuidado respecto al bienestar de la pareja; incorregibilidad; abuso de sustancias; falta de dirección e incapacidad de conservar trabajos; etc. Salvo que tengan una gran inteligencia o que presenten formas menos graves del trastorno, fracasan en todo tipo de actividades, incluyendo las criminales, ya que carecen de disciplina, lealtad para con sus cómplices, proyección a futuro, y siempre están actuando en respuesta a sus necesidades del momento presente.

- b) Causas Sociales:** La desigualdad económica es causa de que el individuo desarrolle desesperanza. La gran diferencia entre ricos y pobres y sobre todo la imposibilidad de progresar socialmente sí causa violencia, la frustración se suma a la evidencia de que no hay otra alternativa para cambiar el destino personal.
- c) Entorno Familiar:** En la familia, los dos factores que con más frecuencia se asocian al desarrollo de violencia es tener familiares directos que también sean violentos y/o que abusen de sustancias. Un entorno familiar disruptivo potencia las predisposiciones congénitas que algunos individuos tienen frente a la violencia y por sí mismo produce individuos que perciben a la violencia como un recurso para hacer valer derechos dentro de la familia.

La irregularidad constitucional o funcional de la familia, que se traduce en abandono, descuido, omisión, negligencia o abuso de las obligaciones derivadas de la generación y en positiva anormalidad en el hogar: alcoholismo, vicio, taras hereditarias, con su secuela ineludible de degeneraciones y deficiencias individuales, ignorancia, promiscuidad, pobreza, industrialismo, urbanismo, trabajo de la madre, trabajo del menor en la calle o en medios peligrosos; licencia y pornografía, diversiones ilícitas y juegos; y todas las complicaciones de la rápida, libre y urgente vida moderna, que va disolviendo la familia, son causas u ocasión más o menos directa, de la antisocialidad infantil, en la proporción que la estadista universal asigna a cada uno de esos factores. Sería exagerado pretender que el niño, inerme, no resultase víctima de la funesta conjuración de tan poderosas fuerzas sociales creadoras del mal. Su caída fácil solo confirma su debilidad. Los temibles delincuentes fueron también un tiempo niños de corazón sencillo, cuya candor solo invitaba a la caricia, y no hubieran perdido ese estado original si la sociedad dispusiese y usará los recursos de cuidados eficaces y propios a su conservación. Hasta la predisposición hereditaria negativa es posible anular o siquiera atenuar, mediante acción educadora y preventiva. Ninguno de nosotros podría responder sin vacilar, si no habríamos llegado también al precipicio, al carecer de padre o hubiésemos crecido sin el amor de nuestras madres, sin calor de nuestro hogar, tarados, ineducados, descuidados, en abandono moral y

material, o en un ambiente corruptor. Tiene razón el ilustre profesor Albo y Marti, al decir que de cualquier niño podría preguntarse “si ha robado” y solo podría contestarse “aun no”; dejando con ello suspendida la mas terrible y pavorosa incertidumbre. Urgía pues, evitar que la marca ponzoñosa del mal llegará al alma de los niños. Según el anhelo expresado por el penalista Juan P. Ramos. Un político sueco dice “gastamos en los niños, porque somos los bastante ricos para gastar en criminales”¹¹¹. Es decir si el Estado invirtiera mas en los niños su gasto seria menor al dedicado a sostener los penales para adultos, los cuales se encuentran abarrotados y en lugar de lograr los fines de la pena, no hacen más que producir una inmersión del que cumple la pena en mundo de la delincuencia.

En el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño se establece que considerando que, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento y considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesen en el bienestar del niño. Al estudiar las trasgresiones en que incurrir los menores, se presentan de bulto varios hechos de innecesaria demostración. Es el primero que todos los niños al nacer no sólo representan, sino que personifican la inocencia y la pureza propia de las cosas acabadas de salir de las manos de Dios, según la hermosa frase de un sabio americano; y luego, que, sustancialmente buenos, con facultades y aptitudes potenciales bastantes y adecuadas para los altos fines propios del ser humano, nada les impediría conseguirlos, si el péndulo preciosos de la libertad – regulador esencial de su naturaleza y de su vida superior y atributo exclusivo, que abre abismo insalvable entre el hombre y las demás especies animales – no sufriera mayormente en el menor perturbadora influencia proveniente de causas accidentales, originarias o adventicias; y así la sociedad por sus defectos y miserias, es la causa directa y eficiente de su desviación¹¹².

Chunga Lamonja nos dice que en lo que se refiere a las causas de la delincuencia de los menores, los estudios al respecto hechos hasta hoy, esto en el año 1977, llegan a la conclusión de que en realidad no existen factores determinantes específicos de la delincuencia de menores, por mas que en general se ha considerado que esos factores están en situaciones familiares, en la miseria, en condiciones hereditarias, o en características de anormalidad o subnormalidad psicológica; ya que todo acto delictivos es una forma del comportamiento humano y como tal

¹¹¹ BALLON Ildelfonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 9, 10.

¹¹² BALLON Ildelfonso E., El Nuevo Derecho de Menores, p. 9.

viene determinado por una pluralidad de factores en los que están estrechamente ligados las causas y los motivos, nociones éstas distintas de los factores, siendo la causa la condición necesaria y el motivo o móvil el propio elemento psicológico, muy difícil de apreciar, tanto mas si se ha de tener en cuenta, por un lado la dinámica del inconsciente, y por el otro la motivación estimativa de toda conducta humana, que no excluye a los niños, los que siempre tiene un sentido del bien y el mal como hubo de reconocerse, para los efectos de su tratamiento reeducativo, en el XII Congreso penal y penitenciario realizado en la Haya el año 1950¹¹³.

Esto se refería a que el acto criminal es un acto humano y como cualquier otro acto humano nace de una concatenación de causas, de la concurrencia de distintos factores sean biológicos, psicológicos o sociológicos, por ésta no puede entenderse como una mera concurrencia de factores sino que debe estudiarse en aplicación al caso individual, concreto, desde un punto de vista dinámico, atendiendo a la evolución de la personalidad dentro de su ambiente o circunstancias sociales determinantes. Surgiendo la dificultad de establecer exactamente las causas de la delincuencia juvenil, para los efectos de la prevención.

Así, si bien el denominar común en la etiología de la delincuencia del menor es el que atañe a un medio desfavorable para el desarrollo de su personalidad y el centro de ese medio se encuentra, indiscutiblemente en la familia, en la organización social de nuestra cultura; aquella situación desfavorable puede deberse a un retardado desarrollo económico y a una incipiente política de bienestar social, como ocurre en nuestro país, o puede deberse a un avanzado proceso industrial y técnico, como en los Estados Unidos de Norte América, que también desquicia las bases de la familia y promueve otros factores criminógenos. Por eso es que entre nosotros la política de bienestar social bien puede considerarse como directamente preventiva de la delincuencia juvenil, ya que esta se engendra, indudablemente, en la vivienda mísera: callejón, casa de vecindad o barriada en lo al medio urbano se refiere. La condición económica inferior determina una circunstancia de vida, una educación, unas distracciones, que predisponen a la delincuencia. El menor de día no cabe en los míseros cuartuchos, que sus padres, cuando los tienen, suelen abandonar por el trabajo, y como no va a la escuela sino en horas de la mañana o de la tarde, merodea por el barrio asociado a las pandillas que encuentran compensación al sentimiento de inferioridad, inherente a la condición de sus componentes, con la rebeldía a toda norma establecida. De noche, la pomiscuidad en la estrechez de todo orden de la casa, le despierta los instintos hostiles y sexuales. No obstante, se la que fuere la importancia que tiene el mejoramiento de las condiciones económicas, no se puede deducir que ese mejoramiento sea de automática prevención de la delincuencia, como lo demuestran los países de altas condiciones de vida donde se da también un alto porcentaje de delincuencia juvenil. De

¹¹³ Ver mayor detalle en CHUNGA LAMONJA, Fermin G., Manuel de Legislación sobre Menores, p. 28

partirse, pues de una política de bienestar social para finalmente atender los casos concretos con medidas directas, llamadas de acción psicosocial preventiva, para el diagnóstico y orientación de los menores que ofrecen problemas de conducta, educación especial de subnormales, tratamiento de anormales, etc.¹¹⁴

3. LA DELINCUENCIA JUVENIL Y EL ENTORNO SOCIAL

El estudio de la criminalidad juvenil constituye un tema de actualidad, no sólo del derecho penal, sino también de la criminología y de las ciencias conexas. El constante aumento de los conflictos sociales, y con ellos el de la delincuencia, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como también en los llamados países periféricos, como son los de América Latina, dentro de los cuales se encuentra nuestro país.

Para comprender el interés por el análisis y la búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual y la heterogéneidad de zonas, costa, sierra y selva, donde la madurez de cada menor varía. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

La delincuencia juvenil se ubica, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes ubicados dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales, violencia y desintegración familiar. A estos grupos sociales se les ha negado todos los derechos humanos, esto es el derecho al desarrollo.

Sumado a este contexto, hay que agregar que la sociedad actual se caracteriza por un debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para el desarrollo de la niñez y de la adolescencia. Así tenemos **La Familia**: Los medios de comunicación, sobre todo la televisión, han suprimido la jerarquía y hegemonía que la familia tenía como formadora de costumbres sociales. Además, la incorporación de la mujer al sistema laboral, por necesidad u oportunidades de desarrollo, y otros cambios en la estructura familiar, como la ausencia generalizada del padre, replantean las relaciones del niño y del joven. **La Escuela**, se caracteriza por un marcado énfasis academicista y por la competitividad feroz, borrando el sentido comunitario y la promoción del desarrollo integral de los jóvenes. **Los Sistemas de Asistencia y Recreación**, como apoyos alternativos, son mínimos y siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil.

¹¹⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermin G., Manuel de Legislación sobre Menores, p. 29 a 30.

La delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social. Se presenta en toda sociedad, en donde los antivalores de violencia, agresividad, competencia salvaje, consumo, se imponen a los valores supremos de la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia. En nuestro país los niveles de delincuencia juvenil han aumentado debido a múltiples factores de riesgo, como el consumo de drogas, la deserción escolar, el abandono familiar, etcétera; motivos por los cuales, cada vez es mayor el número de adolescentes que deben ser sometidos a un sistema especializado de justicia. Según la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 153, a febrero del 2007, existían 1347 adolescentes atendidos por el Servicio de Reinserción Social de Adolescentes Infractores, observando que la edad promedio de estos adolescentes es 17 años; y que el robo agravado, es el delito que registra mayor comisión.

A manera de conclusión, se puede decir que pueden ser varias las causas por la cuales el menor puede infringir la ley penal, y los contrastes pueden ser de un extremo a otro, pues puede delinquir aquel menor acomodado económicamente como aquel que sufrió la pobreza, pues un caso la falta de amor y atención de la familia lo llevaron a sumergirse en un mundo inhóspito donde el alcoholismo, las drogas y la violencia se apoderaron de él y son muestra de su protesta; y el otro debido al hambre y miseria no tuvo mas remedio que involucrarse en ese mundo a efectos de poder satisfacer sus necesidades y la de su familia. El Estado juega un rol importante en este medio, pues el Estado es quién tiene como política primordial la protección del niño y adolescente, y así lo señala nuestra Constitución Política, sin embargo en la realidad y de acuerdo a los índices de pobreza de nuestro país, hay lugares en que la protección de Estado no llega, sea en educación, alimentación, etc, y por lo tanto la formación y desarrollo de los menores en nuestro no es homogénea, mas aún si consideramos, a parte de los estratos sociales- que el desarrollo de los menores es heterogénea debido a las zonas – costa, sierra, selva- en que se encuentren, donde influyen las costumbres y modos de crianza.

SUB TITULO IV

MENORES INFRACTORES REINCIDENTES

Hay que distinguir ente aquellos factores que están presentes en todos los menores que cometen delitos y los que deforma significativa acompañan a los delincuentes juveniles con una carrera delictiva mas intensa¹¹⁵. De los primeros nos hemos ocupado en el anterior capitulo, de los segundos se podría perfilar a los siguientes factores como determinantes:

1. FACTORES DE LA PROBLEMÁTICA FAMILIAR

Hay una gran coincidencia entre los investigadores en considerar el género como uno de los factores estrechamente asociados a la delincuencia: los varones cometen muchos más delitos que las mujeres. En este marco, la moderna investigación criminológica incide en el importante rol de las instituciones de socialización en la evitación de la conducta delictiva, resaltando el papel de la familia como crucial para explicar el comportamiento adaptado. Así a pesar de todos los cambios, la familia sigue siendo el agente más importante de socialización, entendida como un conjunto de relaciones, una forma de vivir juntos y de satisfacer necesidades emocionales mediante la interacción de sus miembros, que junto con el amor, el odio, la diversión y la violencia constituye un entorno emocional en el que cada individuo aprende las habilidades que determinarán su interacción con otros en el mundo que le rodea; la familia es un entorno de intimidad donde ideas, afectos y sentimientos se aprenden e intercambian, al mismo tiempo que conforman un reflejo de la sociedad.

La socialización aparece como el proceso a través del cual el ser humano adquiere un sentido de identidad personal y aprende las creencias y normas de comportamiento, valoradas y esperadas por las personas que le rodean. *Esto se adquiere en la niñez y adolescencia y son influenciados por los cambios que se viven durante esa transición..*

Los hijos “instrumentalmente competentes” son producto de hogares en los que los padres se comportan de una determinada manera (padres afectivos, establecen normas racionales y claras a la vez que permiten al hijo autonomía dentro de esos límites y son capaces de comunicar con claridad sus expectativas y las razones de tales expectativas). Frente a ello, las historias de vida de los menores infractores presentan un alto índice de hogares en los que frecuentemente se observa la ausencia de las figuras parentales, la presencia de padres y hermanos con antecedentes penales, la falta de armonía familiar, la privación socioeconómica, el estilo educativo y un control poco consistente, desempleo, etc.

¹¹⁵ En el desarrollo de este Sub título se ha extraído información del siguiente texto: El Menor Infractor, Posicionamientos y Realidades. Coordinación de Fco. Javier Rodríguez díaz y Carlos Becedóniz Vásquez.

Este panorama familiar descrito suele identificarse para los menores infractores más persistentes. La investigación criminológica actual ha puesto de manifiesto que los adolescentes, en comparación con niños y adultos, se implican con más probabilidad en comportamientos temerarios, ilegales y antisociales. Se puede afirmar que muy pocos jóvenes superan la adolescencia sin haberse implicado en algún tipo de conducta delictiva o desviada.

Las diferencias entre los grupos de reincidentes y no reincidentes se encuentra en la mayor o menor presencia de factores como: el estar o haber estado el menor institucionalizado en un centro de protección, la situación laboral de los padres o responsables varones del cuidado del menor, los antecedentes penales del padre, los ingresos de la unidad familiar, la presencia de normas en la familia y su cumplimiento o no por parte del menor, la presencia de vínculos afectivos del menor con sus padres o personas responsables de su cuidado, la permanencia del menor en una misma familia o el paso sucesivo por varias unidades familiares, la presencia de drogodependencias en los padres o responsables y, por último, la presencia de amigos o compañeros del menor en situación de conflicto social.

Se puede afirmar que la combinación de variables de identificación, tales como la edad y el sexo, con el clima familiar, así como la presencia de factores problemáticos en la familia nos va a permitir pronosticar el riesgo de que el menor lleve a cabo comportamientos infractores. En otras palabras se debe entender la adaptación social del menor como resultado de un proceso de socialización que de forma primordial tiene lugar en la familia, principalmente cuando predomina en ésta un estilo educativo fundamentado en el apoyo y el diálogo.

Se podría sugerir que a los menores, además del diálogo y el control hay que ofrecerles apoyo y orientarlos hacia comportamientos que se sustenten en la cooperación y la empatía como dos elementos, indudablemente que no son los únicos, que pueden ayudar a mejorar su integración social. Obviamente, la familia no es el único lugar en el que estos recursos se potencian, en tanto la escuela también cumple esa función.

2. FACTORES DE RIESGO ESCOLARES

La inadaptación del adolescente, necesitamos interpretarla desde una doble perspectiva: de un lado, bajo un tinte evolutivo, es decir, aquella etapa en la que hay momentos o periodos donde se tiende a apartarse de los grupos principales de referencia (padres, escuela...) - la inadaptación será esporádica, pasajera y no tiene una mayor relevancia en el proceso de socialización- de otro, la inadaptación estaría referida por la incapacidad para integrarse en los contextos sociales

que rodean a los mismos. Lo que nos lleva a preguntarnos porque algunos de ellos son reincidentes y otros no lo son.

Se pone de manifiesto que la adolescencia es una etapa que produce un gran número de conductas conflictivas. Se puede afirmar, que muy pocos jóvenes superan la adolescencia sin haberse visto involucrados en algún tipo de conducta delictiva o desviada. Un suceso totalmente normal en la vida de los jóvenes que en ningún caso ha de ser expresión de un desarrollo defectuoso.

Elevar al nivel de normalidad el realizar alguna vez un delito, debe entender con esto que, por regla general, su comisión no es consecuencia de algún déficit estructural ni sus autores precisan una educación compensadora por parte del Estado.

Así, desde el marco de la teoría general del delito y buscando una explicación de la conducta antisocial, se ha tratado de identificar aquellos procesos o situaciones en la persona o su medio que aumentan la posibilidad de aparición de una determinada alteración o disfunción. Así tenemos, las costumbres que se adquiere en la escuela, empleo negativo del tiempo libre y el desden por el estudio, abandono escolar.

Las principales formas de inadaptación sociales adolescentes infractores en el ámbito escolar se referirán tanto a las reacciones ante situaciones de rechazo, que generan en los menores tendencias de comportamientos frontalmente opuestos a lo que se considera socialmente aceptado, como las derivadas de formas de vida que por si se alejan de lo socialmente entendido como normal o adecuado, que deteriorará de manera considerable el desarrollo personal y social de los individuos con limitaciones que imposibilitarían una adecuada integración en el entorno. A partir de aquí, pues, es fácil comprender, de una parte, el fracaso y los escasos recursos formativos que le permiten adquirir herramientas suficientes para desenvolverse en una sociedad tan competitiva como la actual que le ha tocado vivir y, por otra, la marginación y la consecuente búsqueda de formas alternativas de vida generalmente inadecuadas a la realidad social de poder en la que está inmerso, lo que generará situaciones de riesgo tanto para su integridad física como emocional. La escuela se convierte, de esta manera, en uno de los principales predoctores de la futura conducta desviada, así como de su reincidencia, en tanto influye no únicamente en el grado de instrucción del menor sino también en su desarrollo evolutivo.

RESUMEN

En el presente capítulo se desarrolla la situación del Estado frente al menor infractor de la ley penal, analizando los mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen. Se puede identificar dos tipos de control: el informal y el formal. El primero referido a mecanismos naturales de regulación social como la familia, la educación, etc. Y el segundo referido a mecanismos artificiales como el llamado sistema penal.

En seguida se desarrolla tres modelos de justicia penal juvenil, de acuerdo al desarrollo del derecho de menores y la concepción del menor infractor. El primero referido al modelo tutelar o protector, que califica al menor infractor como “menores peligros” y los infracción como “actos antisociales, en este modelo el menor es un objeto no susceptible de incurrir en falta o delito. El segundo referido al modelo educativo que apunta a una política asistencial. Y por último el modelo de responsabilidad que determina que el menor es capaz de cometer faltas y delitos y responder por los mismos.

Así mismo se desarrolla el tema de la delincuencia juvenil, señalando sus posibles causas e implicancias. Para finalmente exponer los factores de reincidencia en los menores infractores.

COMENTARIO

Nuestro ordenamiento jurídico ha acogido el modelo de responsabilidad, que busca proteger al menor pero sin discriminarlo, no se considera al menor como un objeto de represión y se evita que bajo la apariencia protectora en realidad se sitúe en una situación de desventaja respecto del adulto, se busca educar en responsabilidad, donde se le reconozca todos los derechos como cualquier personas, pero teniendo en consideración que se trata de una persona en proceso de desarrollo, cuyo aspecto físico, psíquico, y social, se encuentra en proceso de formación y por ende merece de un tratamiento diferente al ordinario empleado para los adultos, sin que ello implique reducción de las garantías establecidas en el mismo, sino mayor recelo en las mismas. Motivo por el cual el legislador prevé un ordenamiento especial, como es el Código de los Niños y Adolescente, donde se señalan medidas en reemplazo de las penas fijadas para los adultos, como medio de tratamiento especial al menor.

El Estado debe invertir mas en los menores, preocupándose que todos tengan las condiciones óptimas para lograr un desarrollo plena, pues mientras no se trabaje en ellos la delincuencia seguirá aumentando. Pues el Estado debe entender que invertir en los menores resulta más barato que invertir en las cárceles. Y que invertir en los menores es inversión y no gasto.

CAPITULO IV
JUSTICIA PENAL JUVENIL

Sub Título I : Jurisdicción y Competencia

Sub Título II : Adolescente Infractor de la Ley Penal

Sub Título III : Investigación y Juzgamiento

Sub Título IV : Tratamiento del Menor y Justicia Restaurativa

Sub Título V : Niño y Adolescente menor de 14 años, Infractores de la Ley Penal

No juzguéis según las apariencias; juzgad según justicia.

Juan 7:24

Justicia Penal Juvenil

Sobre el niño y el adolescente infractor penal en el Perú la normatividad se encuentra en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, modificado en esta parte por el Decreto Legislativo N° 990.

El Código de los Niños y Adolescentes, establece en el Título Preliminar:

Artículo II: “El niño y el adolescente son sujeto de derechos, libertades y de protección específica...”

Artículo III: “Para la interpretación y aplicación de este código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo”.

Artículo IV: “Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo...”

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

Artículo X: “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

El Código dedica el Libro Cuarto a la Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente. Tema que no ocupa el presente capítulo.

SUB-TITULO I

JURISDICCION Y COMPETENCIA

1. JURISDICCION

La Jurisdicción es el poder o autoridad que tiene un Juez o Tribunal para administrar justicia en un territorio determinado. También se puede decir que es la facultad que le otorga el Estado al Juez para que administre justicia de acuerdo a la Constitución y a las leyes.

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 133 establece la jurisdicción en materia familiar, señalando: *“La potestad jurisdiccional del Estado en materia familiar se ejerce por las Salas de Familia, los Juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la ley determina. En casación resolverá la Corte Suprema. Los juzgados de Familia asumen competencia en materia civil, tutelar y de infracciones y se dividen en tales especializaciones, siempre que existan como Juzgados Especializados”*¹¹⁶.

A nivel de Corte Superior deben existir las Salas de Familia; sin embargo, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cada Corte Superior cuenta con las Salas Especializadas o Mixtas que señala el Consejo Ejecutivo del Poder judicial, según las necesidades de cada Distrito.

El Ministerio Público a través de sus representantes interviene en los casos específicamente señalados por la ley; y de acuerdo a su ley orgánica es el organismo autónomo del Estado que tiene entre sus funciones la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender la familia a los menores e incapaces y el interés social. Es decir en la jurisdicción de menores también interviene el fiscal de familia.

2. COMPETENCIA

La competencia es una restricción de la jurisdicción y facultad al Juez o Sala a conocer determinados asuntos por razón de lugar, cuantía, turno, especialidad, materia, etc.

2.1. JUZGADOS Y SALAS DE FAMILIA

El Código de los Niños y Adolescentes en los artículos 136 y 137 señala respectivamente las funciones y la competencia del Juez de Familia. Señalando que, el Juez es el director del proceso y como tal le corresponde la conducción, organización y desarrollo del mismo

¹¹⁶ Esta última parte se refiere que los Juzgados de Familia tienen competencia civil, tutelar y de infracciones, a falta de aquéllos es el Juez en lo Civil o el Juez Mixto.

observando las normas del debido proceso (artículo 136 CNA). En cuanto al menor infractor, las atribuciones del Juez de Familia Especializado, o quién desempeña dicha función, puede:

- a) Hacer uso de las medidas cautelares y coercitivas durante el proceso y en su etapa de ejecución, requiriendo el apoyo policial si fuere el caso.
- b) Disponer las medidas socio-educativas y de protección a favor del niño y adolescente, según sea el caso.
- c) Remitir al Registro del Adolescente infractor de la Corte Superior, sede del Juzgado, copia de la resolución que dispone la medida socio-educativa.

Estableciéndose en el artículo 135 los supuestos mediante los cuales se determina su competencia, siendo estos:

- a) Por el domicilio de los padres o responsables;
- b) Por el lugar donde se encuentra el niño o adolescente cuando faltan padres y responsables; y
- c) Por el lugar donde se cometió el acto infractor o por el domicilio del adolescente infractor, de sus padres o responsables.

Las atribuciones Mientras en el artículo 134 del mismo cuerpo normativo se señala la competencia de las Salas de Familia.

2.2. FISCAL DE FAMILIA

El artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes establece la competencia del Fiscal de Familia. Cuya función primordial, es velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes. Como titular de la acción tiene la carga de la prueba en los procesos al adolescente infractor, pudiendo solicitar el apoyo de la policía. Su ámbito de competencia territorial esta determinado por el que corresponde a los juzgados y salas de familia. Su falta de intervención en los casos previstos por la ley acarrea nulidad (artículos 138 a 145 del CNA).

Compete al Fiscal:

- a) Conceder la remisión como forma de exclusión del proceso.
- b) 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 el adolescente.

Es obligatoria su presencia ante la policía.

- c) Promover los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes. En este caso, corresponde al fiscal investigar su participación con el propósito de solicitar las medidas socio-educativas para su rehabilitación.
- d) Solicitar a las autoridades toda clase de información, pericias y documentos que contribuyan al esclarecimiento del hecho investigado, entre otras atribuciones.

2.3 ABOGADO

La Constitución Política del Perú señala como derecho fundamental el derecho a la defensa, por eso en el caso del adolescente infractor, el Estado, a través del Ministerio de Justicia, designa el número de abogados de oficio que se encargan de brindar asistencia judicial integral y gratuita a los menores que la necesiten. Ningún adolescente a quién se le atribuya una infracción debe ser procesado sin asesoramiento legal (artículos 146 a 148 del CNA)¹¹⁷.

2.4. ÓRGANOS AUXILIARES

Los órganos auxiliares son los que auxilian o prestan apoyo al juez y al fiscal para tratar de conocer, en primer lugar, la personalidad del adolescente infractor tanto en el campo psíquico como somático; el medio familiar en que se desarrolla y su medio comunitario, con el fin de que conociendo la causa de la infracción penal el Juez pueda dictar una resolución que, en función del interés superior del niño, permita su real y efectiva rehabilitación y por ende su reingreso a la sociedad como elemento útil, compatibilizándose así la protección que debe tener la sociedad agraviada y el derecho de desarrollarse integralmente que tiene el adolescente¹¹⁸. Los órganos auxiliares son:

2.4.1 Equipo Multidisciplinario

En la investigación del niño o adolescente infractor penal actúa el denominado equipo multidisciplinario, el cual estará conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales.

Cada Corte Superior de Justicia designará a los profesionales de cada área, los que ejercerán sus funciones en forma obligatoria en cada Juzgado que ejerza competencia en niños y adolescentes. Son atribuciones del equipo multidisciplinario:

¹¹⁷ El Código de los Niños y Adolescentes, considera una diferencia en cuanto a la intervención del fiscal y del abogado defensor en el proceso por infracción penal. En efecto, mientras que la falta de intervención fiscal en los casos previstos por la ley acarrea nulidad, la que es declarada de oficio o a pedido de parte (artículo 142) en el caso del abogado defensor del adolescente a quién se le atribuye la comisión de una infracción “la ausencia del defensor no posterga ningún acto del proceso, debiendo el Juez, en caso de ausencia nombrar provisionalmente un sustituto entre los abogados de oficio o abogados en ejercicio” (artículo 148). CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y La Ley Penal, p. 101.

¹¹⁸ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y La Ley Penal, p. 102.

- a) Emitir los informes solicitados por el Juez o el Fiscal.
- b) Hacer el seguimiento de las medidas y emitir dictamen técnico, para efectos de la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes
- c) Las demás que señale el Código de los Niños y Adolescentes.

2.4.2 Policía Especializada

Es la encargada de auxiliar y colaborar con los organismos competentes del Estado en la educación, prevención y protección del niño y el adolescente. Esta organizada a nivel nacional y coordina sus acciones con el PROMUDEH y con las instituciones debidamente autorizadas.

Esta clase de policía, además de los requisitos establecidos en sus respectivas normas, deberá tener formación en las disciplinas propias del derecho del niño y el adolescente y en derecho de familia, tener una conducta intachable y no tener antecedentes judiciales ni disciplinarios.

Sus funciones se encuentran detalladas en el artículo 155 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.4.3 Policía de Apoyo a la Justicia

La Policía de Apoyo a la Justicia en asuntos de niños y adolescentes es la encargada de efectuar notificaciones por mandato de la autoridad judicial y del Fiscal competente y de colaborar con las medidas que dicte el Juez¹¹⁹.

Sus funciones se encuentran detalladas en el artículo 157 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.4.4 Servicio Médico Legal

En el Instituto de Medicina Legal existe un servicio especial y gratuito para niños y adolescentes, debidamente acondicionado, en lugar distinto al de los adultos. Y debe ser atendido por personal profesional, técnico y auxiliar debidamente capacitado para la atención del niño y adolescente, según prescribe el Código de los Niños y Adolescentes.

2.4.5 Registro del Adolescente Infractor

El Código de los Niños y Adolescentes lo define como un registro especial a cargo de la Corte Superior, donde se registrarán con carácter confidencial, las medidas socio-educativas que sean impuestas por el juez al adolescente infractor¹²⁰. Debiendo anotarse en dicho registro:

¹¹⁹ El Manual de Procedimientos Policiales - Resolución Directorial N° 3106-DG-PNP/EMG-, señala en el capítulo IV, los procedimientos en relación al menor infractor penal.

- a) El nombre del adolescente infractor, de sus padres o responsables.
- b) El nombre del agraviado.
- c) El acto de infracción y la fecha de su comisión.
- d) Las medidas socio-educativas impuestas con indicación de la fecha.
- e) La denominación del Juzgado, Secretario y número de expediente.

¹²⁰ Este registro existe a pesar que la doctrina señala que el adolescente por su situación de ser una persona en desarrollo no debe ser estigmatizado al registrar como antecedentes la comisión de un acto que, si lo hubiese realizado un adulto, constituye falta o delito. Sin embargo se trata de salvar esta situación con el carácter de confidencialidad del registro.

SUB TITULO II

ADOLESCENTE INFRACTOR DE LA LEY PENAL

1. DEFINICIÓN

El Código de los Niños y Adolescentes define como adolescente infractor penal¹²¹ a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.

Luego establece que el adolescente infractor mayor de 14 años, será pasible de medidas socioeducativas. Y el niño y adolescente infractor menor de 14 años, será pasible de medidas de protección. Consecuentemente el niño y el adolescente pueden ser sujetos activos en la realización de un acto reprochable por la sociedad y calificado como delito o falta.

Actualmente la doctrina de la protección integral ha roto el mito que nos trajo la de la situación irregular (de irresponsabilidad absoluta) al señalar que el menor de edad puede cometer delitos o faltas y no como venía afirmando que solo cometía “actos antisociales” rechazando el término delito. Sin embargo, el concepto realista de la doctrina de la protección integral beneficia al adolescente infractor penal como al niño que, por su desviación social, comete un hecho considerado como una agresión que merece el reproche de la sociedad, en razón de que ha dado motivo a la creación de un Derecho Penal garantista el que aplicado a través de un procedimiento muy singular no impone al niño ni al adolescente una pena. Al niño y al adolescente hasta los 14 años lo excluye de actividad procesal judicial y solo a través de un procedimiento administrativo, investigación tutelar, el juez impone la medida de protección respectiva. El adolescente, de 14 a 18 años en una investigación judicial somera, le habrá de imponer el Juez una medida socio-educativa¹²².

El proceso o investigación penal del adolescente infractor tiene características muy especiales que se vera a continuación, y si bien es cierto que va ser juzgado por un hecho que por acción u omisión está tipificado como delito o falta, por ser un hecho antijurídico y culpable, al declararse como tal no se le impone una pena sino una medida socio-educativa. Esta puede ser restrictiva, limitativa o privativa de la libertad; y se podrán cumplir sin desarraigo de su núcleo familiar o en un centro juvenil.

2. DERECHOS INDIVIDUALES

¹²¹ Gracias a la Convención de los Derechos del Niño y a los Tratos Internaciones referidos al tema, el gran salto de justicia penal juvenil, es que, ya no se habla de menor peligroso, sino de menor infractor penal.

¹²² CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 110.

El Código de los Niños y Adolescentes, señala los derechos del adolescente infractor, los cuales no son de carácter excluyente sino enumerativo, a los que deberá de adicionarse los contenidos en la Declaración de los Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Estos derechos son:

- a) Ningún adolescente debe ser privado de su libertad sino por mandato escrito y motivado del Juez, salvo en el caso de flagrante infracción penal, en el que puede intervenir la autoridad competente.
- b) El adolescente puede impugnar la orden que lo ha privado de su libertad y ejercer la acción de Hábeas Corpus ante el juez especializado¹²³.
- c) La privación de la libertad del adolescente y el lugar donde se encuentre detenido serán comunicados al Juez, al Fiscal y a sus padres o responsables, los que serán informados por escrito de las causas o razones de su detención, así como de los derechos que le asisten y de la identificación de los responsables de su detención. En ningún caso será privado del derecho de defensa.
- d) Los adolescentes privados de su libertad permanecerán separados de los adultos detenidos.

3. GARANTIAS DEL PROCESO

Se ha indicado que el adolescente infractor está sujeto a un proceso especial y como tal sujeto a una serie de garantías, estas son:

- a) Principio de legalidad (*sine poene, sine lege*): Ningún adolescente podrá ser procesado ni sancionado por acto u omisión que la tiempo de cometerse no esté previamente calificado en las leyes penales de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con medida socio-educativa que no esté prevista en el Código de los Niños y Adolescentes.
- b) Principio de Confidencialidad y Reserva del Proceso: Son confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por los adolescentes infractores sometidos a proceso. En todo momento debe respetarse el derecho a la imagen e identidad del adolescente. EL procedimiento judicial a los adolescentes infractores es reservado. Asimismo, la información brindada como estadística no debe contravenirle principio de Confidencialidad ni el derecho a la privacidad.
- c) Rehabilitación: El sistema de justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminar a su bienestar. La medida tomada al respecto no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean.

¹²³ Pareciera que solo el adolescente puede impugnar la orden que lo ha privado de su libertad, sin embargo debe entenderse que la acción de hábeas corpus puede ser interpuesta por cualquier persona, esto en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño y del mismo Código de los Niños y Adolescentes.

- d) Garantías: En los procesos judiciales que se sigan al adolescente infractor se respetarán las garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes y las leyes vigentes sobre la materia.

El Código de los Niños y Adolescentes en el artículo VII del Título Preliminar indica que en su interpretación y aplicación se tendrán 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. Las normas del Código Civil, del Código Penal, del Código Procesal Civil y del Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria. También prescribe que cuando se trate de niños y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además del Código de los Niños y Adolescentes y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público.

SUB TITULO III

INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO

1. NORMAS APLICABLES

Hemos manifestado que al adolescente presunto autor de la comisión de una infracción penal, se le aplica normas que constituyen el diseño de un proceso penal especial que cuenta con derechos y garantías para los efectos de un debido proceso. En nuestra patria podemos señalar que el proceso penal especial de menores tiene de ser eminentemente garantista y tiene como fin, si resulta culpable el infractor, lograr su resocialización¹²⁴. Para tal efecto el Código de los Niños y Adolescente regula en el Título II, Capítulo V, las reglas que se debe cumplir estrictamente en la investigación y juzgamiento al adolescente presunto autor de la comisión de una infracción penal, para asegurar dichos derechos y garantías, así tenemos.

a) Detención

Como se ha visto al hablar de derechos individuales, el adolescente sólo podrá ser detenido por mandato judicial o aprehendido en flagrante infracción, en cuyo caso será conducido a una sección especial de la Policía Nacional. Todas las diligencias se realizarán con intervención del Fiscal y de su defensor (artículo 200).

b) Custodia

La Policía podrá confiar la custodia del adolescente a sus padres o responsables cuando los hechos no revistan gravedad, se haya verificado su domicilio y sus padres o responsables se comprometan a conducirlo ante el Fiscal cuando sean notificados (artículo 201).

Si ha mediado violencia o grave amenaza a la persona agraviada en la comisión de la infracción o no hubieran sido habidos los padres, la Policía conducirá al adolescente infractor ante el Fiscal en el término de 24 horas, acompañando el informe policial (artículo 202).

c) Declaración

El Fiscal, en presencia de los padres o responsables, si son habidos, y del Defensor, procederá tomar su declaración al adolescente infractor, así como al agraviado y a los testigos, si fuera el caso (artículo 203).

d) Atribuciones del Fiscal

En mérito a las diligencias señaladas el Fiscal podrá:

- Solicitar la apertura del proceso

¹²⁴ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, pag. 117.

- Disponer la remisión;
- Ordenar el archivamiento, si considera que el hecho no constituye infracción.

e) Impugnación

El denunciante o agraviado, puede apelar ante el Fiscal Superior de la Resolución del Fiscal que dispone la remisión o el archivamiento, dentro del término de 3 días. Si el Fiscal Superior declara fundada la apelación, ordenará al Fiscal la formulación de la denuncia. No procederá recurso impugnatorio contra la Resolución del Fiscal Superior (artículo 205).

f) Remisión

La institución de la remisión, es la facultad o atribución propia del Fiscal o del Juez o de la Sala de Familia, que permite que el adolescente, presunto autor de la comisión de una infracción penal, sea separado del proceso con el fin de que no sufra las consecuencias psicológicas que origina esta clase de trámite judicial¹²⁵. La remisión tiene por finalidad evitar un innecesario daño al menor que ha cometido una infracción penal que no reviste gravedad, permitiendo que continúe en el seno de su familia sin necesidad de erradicarlo de ella¹²⁶.

El Fiscal podrá disponer la remisión cuando se trate de infracción a ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el PROMUDEH o las instituciones autorizadas por éste y, si fuere el caso, procurará el resarcimiento del daño a quién hubiere sido perjudicado (artículo 206).

El Fiscal de Familia podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la ley penal no reviste gravedad y el adolescente hubiere obtenido el perdón del agraviado, por habersele resarcido el daño (artículo 206-A).

El Código de los Niños y Adolescentes precisa como concepto de la remisión la siguiente: “La remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso” (artículo 223).

La aceptación de la remisión no implica el reconocimiento de la infracción que se le atribuye ni genera antecedentes (artículo 224).

Son requisitos de la remisión que, al concederse deberá tenerse presente que la infracción no revista gravedad, así como los antecedentes del adolescente y su medio familiar (artículo 225).

¹²⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 119.

¹²⁶ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, p. 100.

Al adolescente que es separado del proceso por la remisión se le aplicará la medida socio-educativa que corresponda, con excepción de la internación (artículo 226), debe entenderse como medida de orientación.

Señala también el Código que, las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades (artículo 227).

Y finalmente respecto a la oportunidad para conceder la remisión se tiene que, antes de iniciarse el procedimiento judicial, el Fiscal podrá conceder la remisión como forma de exclusión del proceso. Iniciado el procedimiento y en cualquier etapa, el Juez o la Sala podrán conceder la remisión, importando en este caso la extinción del proceso (artículo 228).

g) Formalización de la denuncia por el Fiscal

El Fiscal especializado de familia, o quién desempeñe dicha función, si determina que la acción no ha prescrito, que esta debidamente tipificada la infracción penal e individualizado el autor, formulará la denuncia correspondiente ante el Juez de Familia o del que desempeñe dichas funciones.

La denuncia del Fiscal debe contener un breve resumen de los hechos, acompañando las pruebas reveladoras de la existencia de la infracción por parte del adolescente y los fundamentos de derecho. Asimismo, el Fiscal debe solicitar las diligencias que deban actuarse (artículo 207).

h) Resolución del Juez

El Juez en mérito a la denuncia, expedirá la resolución motivada declarando promovida la acción y dispondrá que se tome la declaración del adolescente en presencia de su abogado y del Fiscal determinando su condición procesal, que puede ser: la entrega a sus padres o responsables o el internamiento preventivo. En este último caso, la orden será comunicada a la Sala Superior (artículo 208).

El internamiento preventivo, debidamente motivado, sólo puede decretarse cuando existan:

- Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor.
- Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso, y
- Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

La internación preventiva se cumplirá en el centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial, donde un Equipo Multidisciplinario evaluará la situación del adolescente. El Estado garantiza la seguridad del adolescente infractor internado en sus establecimientos (artículo 211).

i) Impugnación

Contra el mandato de internamiento preventivo procede el recurso de apelación. Este es concedido en un solo efecto, formándose el cuaderno correspondiente, el que debe ser elevado por el Juez dentro de las 24 horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad. La sala se pronunciará en el mismo término, sin necesidad de Vista Fiscal (artículo 210).

j) Audiencia Única

La resolución que declara promovida la acción señalará día y hora para la diligencia única de esclarecimientos de los hechos, la que se realizará dentro del término de 30 días, con presencia del Fiscal y el Abogado. En ella se tomara la declaración del agraviado, se actuarán las pruebas admitidas y las que surjan en la diligencia, el alegato del abogado de la parte agraviada, el alegato del abogado defensor y su autodefensa. Las pruebas se ofrecerán hasta 5 días hábiles antes de la diligencia (artículo 212).

Si el adolescente, luego de haber sido debidamente notificado, no comparece a la diligencia sin justificación, el Juez establece nueva fecha dentro del término de 5 días. De no concurrir por segunda vez, el Juez ordenará la conducción del adolescente por la Policía Nacional (artículo 213).

k) Vista Fiscal y Sentencia

Realizada la diligencia, el Juez remitirá al Fiscal por el término de 2 días, los autos para que emita opinión en la que exponga los hechos que considere probados en el juicio, la calificación legal, la responsabilidad del adolescente y solicite la aplicación de la medida socio-educativa necesaria para su reintegración social. Emitida ésta, el Juez en igual término expedirá sentencia.

El Juez al emitir sentencia tendrá en cuenta (fundamentos):

- La existencia del daño causado.
- La gravedad de los hechos.
- El grado de responsabilidad del adolescente; y
- El informe del Equipo Multidisciplinario y el informe social

La sentencia establecerá (contenido):

- La exposición de los hechos.

- Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación del acto infractor.
- La medida socio-educativa que se imponga; y
- La reparación civil.

El juez podrá aplicar las medidas socio-educativas siguientes:

- Amonestación
- Prestación de servicios a la comunidad
- Libertad asistida
- Libertad restringida
- Internación en establecimiento para tratamiento.

El Juez dictará sentencia absolutoria cuando:

- No esté plenamente probada la participación del adolescente en el acto infractor, y
- Los hechos no constituyan una infracción a la ley penal. Si el adolescente estuviera interno, ordenará su libertad inmediata y será entregado a sus padres o responsables o, a falta de éstos, a una institución de Defensa.

I) Impugnación

La sentencia será notificada al adolescente, a sus padres o responsables, al abogado, a la parte agraviada y al Fiscal, quienes pueden apelar en el término de 3 días, salvo que se le imponga al adolescente la medida socio-educativa de internación, la cual será leída.

En ningún caso, la sentencia apelada podrá ser reformada en perjuicio del apelante. La parte agraviada sólo podrá apelar la reparación civil o la absolución.

Admitido el recurso de apelación, el Juez elevará los autos dentro de 24 horas contadas desde la concesión del recurso.

La apelación no suspende la ejecución de la medida decretada (artículo 219).

II) Segunda Instancia

Dentro de las 24 horas de recibido el expediente, éste será remitido a la Fiscalía Superior para que su titular emita Dictamen en el término de 48 horas. Devueltos los autos, se señalará día y hora para la vista de la causa dentro del término de 5 días. La sentencia se expedirá dentro de los 2 días siguientes. Notificada la fecha de la vista, el abogado que desee informar lo solicitará por escrito, teniéndose por aceptada por el solo hecho de su presentación. No se admite aplazamiento. La audiencia es reservada (artículo 220).

m) Conclusión del Proceso

El plazo mínimo e improrrogable para la conclusión del procedimiento, estando el adolescente interno, será de 50 días y, en calidad de citado, de 70 días (artículo 221).

n) Prescripción

La acción judicial prescribe a los 2 años de cometido el acto infractor. Tratándose de una falta señalada en el Código penal prescribe a los 6 meses. El plazo de prescripción de la medida socio-educativa es de 2 años, contados desde el día en que la sentencia quedó firme. El adolescente contumaz o ausente estará sujeto a las normas contenidas en el ordenamiento procesal penal (artículo 222).

ñ) Sobre las Medidas Socio-educativas

Las medidas socio-educativas son aquellas que teniendo en cuenta la familia en que vive el adolescente y su entorno social, mediante normas educativas lo resocializa y lo convierte o trata de convertirlo en un sujeto útil a la sociedad. En una simple amonestación y exhortación al adolescente y a los padres, y del cumplimiento de reglas de conducta, enfatizando el reconocimiento de valores, limitación, restricción de su libertad o en última instancia privándolo de su libertad con fines de tratarlo y rehabilitarlo, el Código de los Niños y Adolescentes tiene como finalidad beneficiar al menor de edad¹²⁷.

Las medidas socio-educativas tienen por objeto la rehabilitación del adolescente infractor (artículo 229). El Juez, al señalar la medida, tendrá en cuenta la capacidad del adolescente para cumplirla. En ningún caso se aplicará la prestación de trabajos forzados (artículo 230).

- **Amonestación:** Consiste en la recriminación al adolescente y a sus padres o responsables.
- **Prestación de Servicios a la Comunidad:** Consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de 6 meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales.
- **Libertad Asistida:** Consiste en la designación por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial de un tutor para la orientación, supervisión y promoción del adolescente y su familia, debiendo presentar informes periódicos. Esta medida se aplicará por el término máximo de 8 meses.

¹²⁷ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, pag. 125-126.

- **Libertad Restringida:** Consiste en la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente a cargo de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial, a fin de sujetarse al programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción. Se aplica por un término máximo de 12 meses.
- **Internación:** Es una medida privativa de libertad que no excederá de 6 años.

La internación sólo podrá aplicarse cuando:

- Se trate de un acto infractor doloso, que se encuentre tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de 4 años;
- Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves; y
- Por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta.

La internación será cumplida en Centros Juveniles exclusivos para adolescentes. Éstos serán ubicados según su edad, sexo, la gravedad de la infracción y el informe preliminar del Equipo Multidisciplinario del Centro Juvenil.

Durante la internación, incluso la preventiva, serán obligatorias las actividades pedagógicas y las evaluaciones periódicas por el Equipo Multidisciplinario.

En el cumplimiento de la internación el adolescente tiene derechos que se encuentran estipulados en el artículo 240 del Código de los Niños y Adolescentes -considera los derechos estipulados en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Perú y la Constitución Política del Estado-; estos derechos no tienen el carácter de excluyentes respecto a otros derechos que puedan favorecer al adolescente.

Beneficio de semilibertad: El adolescente que haya cumplido con las dos terceras partes de la medida de internación podrá solicitar la semilibertad para concurrir al trabajo o al centro educativo fuera del Centro Juvenil, como un paso previo a su externamiento. Esta medida se aplicará por un término máximo de 12 meses (artículo 241).

Excepción: Si el adolescente adquiere la mayoría de edad durante el cumplimiento de la medida, el Juez podrá prolongar cualquier medida hasta el término de la misma.

Asimismo, si el Juez Penal se hubiera inhibido, por haberse establecido la minoridad al momento de los hechos, asumirá competencia el Juez de Familia aunque el infractor hubiera alcanzado mayoría de edad.

En ambos casos, la medida terminará compulsivamente al cumplir los 21 años de edad.

2. PANDILLAJE PERNICIOSO

Legislado por el Decreto Legislativo N° 990 del 22 de julio de 2007, que modifica los artículo IV del Título Preliminar y los artículos 184, 193, 194, 195, 196 y 235 del Código de los Niños y Adolescentes e incorpora el artículo 194-A y 206-A en el citado cuerpo de leyes.

a) Definición

Se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 años de edad que se reúnen y actúan en forma conjunta, para lesionar la integridad física o atentar contra la vida, el patrimonio y la libertad sexual de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público (artículo 193).

b) Infracción

Al adolescente que, integrando una pandilla perniciosa, lesione la integridad física de las personas, atente contra el patrimonio, cometa violación contra la libertad sexual o dañe los bienes públicos o privados, utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, se le aplicará las medidas previstas en el código de acuerdo a su edad:

- Entre 12 y 14 años: medidas de protección.
- Entre más de 14 y 16 años: medida socio-educativa de internación no mayor de 4 años.
- Entre más de 16 años y 18 años: medida socio-educativa de internación no mayor de 6 años (artículo 194).

c) Infracción Leve

Al adolescente mayor de 14 años que, integrando una pandilla perniciosa, atenta contra el patrimonio de terceros u ocasiona daños a bienes públicos y privados- no utilizando los elementos descritos en el párrafo anterior-, se le aplicará las medidas socio-educativas de prestación de servicios a la comunidad por un período máximo de 6 meses (artículo 194-A).

Se considera que esta diferenciación de infracción leve, resulta inadecuada, pues dentro de los supuestos del artículo 194 del Código de los Niños y Adolescentes es posible aplicar una

medida diferente del internamiento, si las circunstancias valoradas en la comisión del hecho lo justifican.

d) Infracción Agravada

Si como consecuencia de las acciones antes referidas- artículo 194-, se causará la muerte o se infringiera lesiones graves a terceros o si la víctima de violación contra la libertad sexual fuese menor de edad o discapacitada, entonces se aplicará las medidas de acuerdo a la edad del adolescente:

- Entre 12 y 14 años: medidas de protección.
- Entre más de 14 y 16 años: medida de socio-educativa de internación no menor de 3 ni mayor de 5 años.
- Entre más de 16 y 18 años: medida socio-educativa de internación no menor de 4 ni mayor de 6 años (artículo 195).

Si el adolescente mayor de 14 años pertenece a una pandilla perniciosa en condición de cabecilla, líder o jefe, se le aplicará la medida socio-educativa de internación no menor de 3 años ni mayor de 5 años (artículo 196).

e) Cumplimiento de la medida socio-educativa de internamiento

El adolescente que durante el cumplimiento de la medida socio-educativa de internación alcance la mayoría de edad será trasladado a ambientes especiales de un establecimiento penitenciario primario a cargo del Instituto Nacional Penitenciario para culminar el tratamiento (artículo 197), es decir ya no deberá de permanecer en el centro juvenil, sin embargo la realidad nos dice que este dispositivo es letra muerta, pues en el Perú no existe tales ambientes especiales.

Lo interesante que se encuentra en el artículo 198, es que los padres, tutores, apoderados o quienes ejerzan la custodia de los adolescentes que sean pasibles de las medidas anteriormente descritas serán responsables solidarios por los daños y perjuicios ocasionados. Lo cual debe de cumplirse, ya que es responsabilidad de los padres –junto con el estado- formar al menor para que sea un sujeto capaz de incorporarse a la sociedad dentro de sus parámetros legales, sociales y culturales, pues es la familia de donde nacen los primeros valores y ítem de formación y si el menor muestra una desviación de conducta es por el defecto nació primeramente de allí, claro esta que también de evaluarse la condición de la familia, por eso es que cada caso es diferente al otro y el juez al aplicar la medida debe tener en cuenta ello.

f) Reducción de la Medida

El adolescente que se encuentre sujeto a investigación judicial, o que se hallare cumpliendo una medida socio-educativa de internación, que proporcione al juez información veraz y oportuna

que conduzca o permita la identificación y ubicación de cabecillas de pandillas perniciosas, tendrá derecho a acogerse al beneficio de reducción de hasta un 50% de la medida socio-educativa que le corresponda.

CAPITULO IV

TRATAMIENTO DEL MENOR Y JUSTICIA RESTAURATIVA

1. TRATAMIENTO DE MENORES

Se puede hablar de tres tipos de tratamientos que se puede brindar al menor en circunstancias difíciles, para lograr su protección y rehabilitación.

a) En Medio Abierto

Se aplica a menores en estado de abandono y para menores que han agredido la norma social, pero que no revista gravedad. En este caso se confía el cuidado del menor a la familia, la cual puede ser la biológica o un hogar sustituto.

b) En medio Semiabierto

Se aplica para menores que han cometido una falta o un delito pero no grave, en cuyo caso el menor puede volver a su propio hogar, pero no solo con una amonestación sino además con tratamiento que basándose en su libertad lo involucre a él, a su familia y la comunidad. Se dictarán normas de conducta, y se empleará la medida de libertad asistida u otras medidas socio-educativas de tratamiento externo.

c) En medio Cerrado

Se aplica en caso de abandono e infracción a la ley penal. Consiste en el internamiento.

2. CENTROS DE REHABILITACION

Según ley el Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF) tiene a su cargo la tutela estatal del niño. Sin embargo en la actualidad no se ha hecho esta transferencia de funciones, las cuales las sigue asumiendo el Poder Judicial a través de los Juzgados de Familia.

A nivel nacional, existen 10 centros juveniles bajo la responsabilidad de la gerencia respectiva del Poder Judicial. Estos son:

1. Centro Juvenil de Diagnóstico y rehabilitación de Lima.
2. Centro Juvenil Santa Margarita – Lima.
3. Centro Juvenil de Servicio de Orientación al Adolescente.
4. Centro Juvenil José Quiñónez Gonzáles – Chiclayo.
5. Centro Juvenil El tambo – Huancayo.
6. Centro Juvenil Trujillo – La Libertad.
7. Centro Juvenil Marcavalle – Cusco.

8. Centro Juvenil Pucallpa.
9. Centro Juvenil Miguel Grau – Piura.
10. Centro Juvenil Alfonso Ugarte – Arequipa.

El sistema utilizado en los centros de rehabilitación, se basa en normas internacionales y nacionales como son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (directrices RIAD), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad, las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (reglas de Beijing), la Constitución Política del estado y el Código de los Niños y Adolescente.

3. JUSTICIA PENAL RESTAURATIVA (o búsqueda de la tercera vía)

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la cual se basa nuestra legislación de menores no habla sobre justicia restaurativa, por ser un concepto posterior, sin embargo la orientación hacia la protección integral del menor ha dado lugar a su surgimiento.

En estos últimos años, el concepto de justicia restaurativa, que alguien calificó de “atractivo” ha ganado popularidad tanto entre los académicos cuanto en los operadores que determinan las políticas en el ámbito de la justicia penal. Sin embargo, las definiciones no son unívocas. Para algunos, incluso la definición no es posible porque: (I) no es una teoría académica del delito o de la justicia, y (II) los remedios propuestos son muy diversos; o sea, las iniciativas tiene naturaleza plural. Se afirma, entonces, que representa un modo ecléctico de responder exitosamente a determinados problemas penales merced a la experiencia acumulada¹²⁸.

Pero se puede definir a la misma como: “toda acción orientada a hacer justicia reparando el daño causado por el delito, en la que participan víctima, victimario incluida la familia, así como el Estado a través de sus operadores de justicia como tercero imparcial, con el fin de promover la reconciliación entre las partes y fortalecer la seguridad ciudadana.

La descripción del modelo de justicia restaurativa es de reciente elaboración, sin embargo, las ideas que la fundamentan vienen desde antiguo. La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos como el Código de Hammurabi y la Ley de las Doce Tablas, y existe desde muchos siglos en los pueblos de diversas culturas¹²⁹.

¹²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCI, Aida, Justicia Restaurativa, ps. 110, 111.

¹²⁹ Ver mayor detalle en KEMELMAJER DE CARLUCI, Aida, Justicia Restaurativa, ps. 117 y ss.

La justicia restaurativa es el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas:

- La que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación, y consecuentemente, la imagen de una comunidad perdida que es necesario revivificar;
- La corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente;
- La que propició el desarrollo de mecanismos tendientes a exaltar los derechos del hombre y, consecuentemente, también los de las víctimas.

La confluencia de estas tres corrientes explicaría la ambigüedad del modelo y las dificultades para determinar su verdadera naturaleza jurídica¹³⁰.

4. MECANISMOS DE DESJUDICIALIZACIÓN

Las primeras legislaciones aprobadas con posterioridad a la Convención sobre los Derechos del Niño – Perú y Brasil- establecen la remisión como única forma de salida anticipada del proceso...Las legislaciones posteriores incorporan otros mecanismos como el principio de oportunidad, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba¹³¹. Además de la reparación del daño y las ordenes de orientación y supervisión.

Se debe hacer una modificación del Código de los Niños y Adolescentes en este extremo, pues con estas medidas resultan mas educativas como resultado de una fase fuera del proceso judicial, que como orden del juez en sentencia condenatoria.

Se debe preferir medidas no privativas de libertad, como la amonestación, la libertad asistida y la prestación de servicios a la comunidad. Pues a través de ellas se logar mejores resultados como son: una respuesta efectiva, se programa la vida del menor en libertad brindándole asistencia psicosocial; y, se tiene como finalidad que el menor comprenda que la sociedad o determinada persona ha sido lesionada por su conducta y que los servicios que presta contribuyen su reparación, respectivamente.

¹³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCI, Aida, Justicia Restaurativa, p. 119.

¹³¹ CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, pag. 54.

CAPITULO V

NIÑO Y ADOLESCENTE MENOR DE 14 AÑOS INFRACTORES DE LA LEY PENAL

El Código de los Niños y Adolescente, según lo establece en su artículo 183 penaliza los actos de los niños y adolescentes a quienes los denomina infractores de la ley penal. Sin embargo, el capítulo V, del Título II, del Libro Cuarto, de dicha norma legal, está dedicado a los adolescentes mayores de 14 años, a quienes se les aplica medidas socio-educativas.

Al niño y al adolescente hasta los 14 años lo excluye de actividad procesal judicial y solo a través de un procedimiento administrativo, investigación tutelar (Artículo 245 y siguientes), el juez impone la medida de protección respectiva.

Por eso es que se dice que al niño y adolescente menor de 14 años se le ha excluido del sistema de responsabilidad penal. Sin embargo se considera que ello no es así, ya que como se ha dicho, el menor no sería merecedor de una medida de protección, pues aunque se trate de disfrazarla ésta no deja de ser una pena frente a una conducta contraria a ley penal. La doctrina de la protección integral ha roto el mito de la situación irregular (de irresponsabilidad absoluta) al señalar que el menor de edad puede cometer delitos o faltas.

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.

Las medidas no se aplican solo con la acreditación de la infracción sino también el Juez deberá de ver el entorno familiar, las condiciones y necesidad del menor.

RESUMEN

En el presente capítulo se desarrolla el tema de justicia penal juvenil en cinco sub títulos. El primero esta referido a la determinación de la jurisdicción y la competencia de los operadores de justicia, en el materia de derecho de menores infractores de la ley penal.

El segundo sub título esta referido a la conceptualización del niño y adolescente en el Código de los Niños y Adolescentes, señalando los derechos individuales de los menores y las garantías que deben de observarse estrictamente en un proceso judicial seguido al adolescente infractor.

Luego, en el siguiente subtítulo se ha desarrollado la etapa de la investigación y el juzgamiento. Etapa en la que se puede verificar el cumplimiento de los referidos derechos individuales y garantías. Se especifica el procedimiento a seguir desde la intervención a un menor infractor de la ley penal hasta el cumplimiento de las medidas impuestas, en caso resulte responsable.

Seguidamente se ve el tratamiento del menor infractor de la ley penal en caso de ser responsable de ilícito penal, el cual puede ser de tres formas: en medio abierto, en medio semi abierto y en medio cerrado. El primero referido a cumplir la medida impuesta en el seno de la familia. El segundo sin ser separado de la familia ser sometido a tratamiento en que se involucra la familia y la sociedad, se trabaja sobre la libertad del adolescente. Y el tercero es el cumplimiento de la medida de internamiento en un centro de rehabilitación. Así mismo se analiza la desjudicialización de la justicia penal juvenil, en la que indica otras medidas alternativas a las medidas socio-educativas, dentro de la cual esta la justicia restaurativa.

Finalmente se analiza el procedimiento al que es sometido el niño y adolescente menor de 14 años, quiénes son extraídos del proceso judicial e inmersos en una investigación tutelar, en la que se procura proteger al menor, debido a su edad.

COMENTARIO

La violencia juvenil y el fenómeno de las pandillas son problemas que han venido incrementándose en forma alarmante en los últimos años. Las medidas preventivas del Estado y la sociedad civil resultan aún insuficientes y no responden a un enfoque ni a una política integral de atención a favor del adolescente. Como respuesta al problema se ha optado por un enfoque represivo y la medida de internación, sin embargo esta solución no coincide con la aplicación del principio de interés superior del niño y adolescente, establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño y los fines de reinserción social.

Por ello que es necesario evaluar el sistema de justicia juvenil en el país, no solo identificando sus alcances sino también sus limitaciones y dificultades en su aplicación, para efectos de poder desarrollar medidas preventivas que respondan a un modelo de justicia restaurativa y medidas socio-educativas de medio abierto, que coincidan con el principio de interés superior del niño y del adolescente. Además debe evaluarse su conflicto con la ley penal.

Pues el incrementar las penas y sistemas normativos, no es la solución. Es mas barato cambiar la ley e incrementar las sanciones que invertir en la realidad y atacar las causas de la violencia: falta de educación, salud, empleo, y en suma de futuro para jóvenes.

EPILOGO

En el presente trabajo se ha desarrollado el tratamiento del menor infractor a través de la historia, el surgimiento y la evolución de la justicia penal juvenil y, su actual aplicación. Así tenemos que inicialmente las disposiciones referentes a menores estuvieron contenidas en disposiciones administrativas, siendo el Código Penal de 1924 el primer dispositivo normativo. En 1962 se promulgo el Código de Menores. Estos dispositivos adoptaban la doctrina de la situación irregular, que consideraba al menor “objeto” y lo denominada “menor en estado peligroso” al que cometía un ilícito, pero que no era calificado como delito ni falta sino como “actos antisociales”. En este sistema la aplicación de medidas por el Juez eran eufemísticamente calificadas de medidas protectoras, al igual que al menor en estado de abandono.

En 1990 el Perú ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 y se obligó a cumplirla, basada en una nueva doctrina llamada de la protección integral del menor y el principio del interés superior del niño y del adolescente. En 1992 se promulga el Código de los Niños y Adolescentes, significando un cambio de paradigma en el tratamiento legal frente a los adolescentes, los niños y adolescentes no son ya objeto de compasión y represión sino sujetos derechos en proceso de desarrollo; y, en el ámbito penal se establece una normatividad exclusiva para el adolescente infractor diferenciándolo del menor en estado de abandono.

En agosto del 2000 se promulga el actual Código de los Niños y Adolescentes, adicionando en sus dispositivos al pandillaje pernicioso. Fue modificado por el D.L. 990. El código desarrolla el sistema de justicia penal juvenil, dividiendo a los menores en niños y adolescentes pasibles de medidas de protección y medidas socio-educativas respectivamente. Se establecen los procedimientos y las garantías al menor infractor de la ley penal.

Sin embargo, en esta evolución hay aspectos controversiales, como son la naturaleza jurídica de la responsabilidad del menor infractor de la ley y la determinación de la imputabilidad y responsabilidad del menor en base a su capacidad.

Al respecto hay posiciones encontradas para algunos autores el menor infractor de la ley penal es imputable por el solo hecho que merece una pena denominada medida. Mientras que para otros el menor es un inimputable pero responsable de sus hechos en la medida que pueda motivarse con la norma. Tendiendo en ambas posiciones, el entorno y medio de desarrollo del menor.

En el presente trabajo he asumido la segunda posición, pues se considera que el menor es inimputable tal como lo señala el Código Penal, debiendo entenderse esa inimputabilidad para la inaplicación de las penas previstas para un adulto, pues el menor debido a que es un sujeto de derechos en proceso de desarrollo, no es capaz de determinarse y comprender la norma al igual que un adulto, por eso el Código de los Niños y Adolescentes señala medidas de protección y socio –educativas. Lo cual implica que su juzgamiento sumergido de garantías y respeto de sus derechos. El cual se considera como un proceso especial y paralelo al de los adultos.

El otro aspecto de controversia es, si las medidas de protección y socio-educativas son penas o tienen una naturaleza distinta. También en ellas existen posiciones contrarias. Para efectos del presente trabajo se ha considerado que ambas son penas por el hecho que hay una relación entre el hecho y la imposición de la misma. Y que la aplicación de eufemismos, responder a la protección del menor.

Se concluye el presente trabajo con el desarrollo de la aplicación de la justicia penal juvenil según nuestro actual Código de los Niños y Adolescente

FUENTES DE INFORMACION

1. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- 1.- BALLON, Idelfonso E., El Nuevo Derecho de Menores, Talleres Gráficos de la Penitenciaría, Lima 1933.
- 2.- BINDER, Alberto M., Política Criminal: De la Formulación a la Praxis, Primera Edición, Editorial Dr. Ruben Villela, Argentina, 1997.
- 3.- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1983.
- 4.- CHOCANO NUÑEZ, Percy, Teoría de la Prueba, Editorial Moreno S.A., Arequipa, 1997.
- 5.- CHUNGA LAMONJA, Fermin, Manual de Legislación sobre Menores, Primera Edición, Editora Lima S.A., Lima, 1977.
- 6.- CHUNGA LAMONJA, Fermin, Código de Menores del Perú, Tipografía Sesator, Lima, 1978.
- 7.- CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1995.
- 8.- CHUNGA LAMONJA, Fermin, Derecho de Menores, Sexta Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002.
- 9.- CHUNGA LAMONJA, Fermin, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2007.
- 10.- D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Menores, Tercera Edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma S.R.L., Buenos Aires, 1986.
- 11.- ESPINO PEREZ, Julio, Exposición de Motivos del Código Penal, Editorial Cuzco, Lima, 1988.

12.- GARCIA MENDEZ, Emilio, Infancia y Derecho Humanos –Estudios Básicos de Derechos Humanos II, Primera Edición, San José de Costa Rica,1995.

13.- HERNANDEZ ALARCON, Christian, Tesis El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, Lima, 2005.

14.- RODRIGUEZ DIAZ, Fco. Javier y BECEDONIZ VASQUEZ, Carlos, El Menor Infractor – Posicionamientos y Realidades, Primera Edición, Editora Pentagraf, Asturias, 2007.

15.- TICONA POSTIGO, Víctor, Análisis y Comentario al Código Procesal Civil, Volumen I, Editorial San Marcos, Lima, 2000.

16.- TORRES VASQUEZ, Anibal, Introducción al Derecho, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Bogota, 2001.

17.- VAN DER MAAT, Bruno A.M., 100 Años de Tratamiento de Jóvenes en Conflicto con la Ley en Arequipa, Tomo I y Tomo II, Zeist, Arequipa, 2007.

18.- VILLAVICENCIO T., Felipe, Lecciones de Derecho Penal, Editorial Cuzco S.A., Lima 1990.

19.- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Justicia Restaurativa, Primera Edición. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

20.- Código del Niño y el Adolescente, Exposición de Motivos, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, Lima 1996.

21.- Código de los Niño y Adolescentes, Juristas Editores E.I.R.L., Lima 2009.

22.- Constitución Política del Estado Peruano, Lima, 1993.

23.- Código Civil Peruano, Juristas Editores EIRL, Lima, 2009.

24.- Código Penal Peruano, Juristas Editores EIRL, Lima, 2007.

2 HEMEROGRAFÍA

- 1.- FERNANDEZ ALARCON, Christian, Medidas Socioeducativas en Adolescentes, El Peruano, 20 de enero del 2000.
- 2.- CHUNGA LA MONJA, Fermin, Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000.
- 3.- OBSERVATORIO DE PRISIONES AREQUIA, Revista Niños Libres – Experiencias y Reflexiones, Ediciones Gráficas Abarca, Arequipa, 2008.

3 INFORMATOGRAFÍA:

- 1.- CILLERO BRUNOL, Miguel, El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, página web: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>.
- 2.- GONGORA, José, página web: <http://www.monografias.com/trabajos58/menores-de-edad/menores-de-edad.shtml>. Panamá.
- 3.- GONZALES ALVAREZ Daniel, Artículo “Delincuencia Juvenil y seguridad ciudadana”, página web: <http://www.seguridadidl.org.pe/infodocs/delinc-juvenil.doc>
- 4.- HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, pagina web www.teleley.com
- 5.- HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Naturaleza Jurídica de la responsabilidad del Adolescente”, pagina web. www.teleley.com
- 6.- HERNANDEZ ALARCON, Christian, página web: <http://iejs.net/Expo/ComentariosalDecretoLegislativo990---corregido.htm>
- 7.- HERNANDEZ ALARCON, Christian, Artículo ¿Son incapaces los menores de edad?, página web: http://www.teleley.com/articulos/art_250607.pdf.

8.- PLACIDO, Alex, artículo “Infancia y Adolescencia: De objeto de tutela a sujeto de derecho con capacidad progresiva para ejercer derechos fundamentales”, página web <http://blog.pucp.edu.pe/item/27205>

9.- Comentario del Código de los Niños y Adolescentes, pagina web <http://iejs.net>

10.- Diccionario Jurídico del Poder Judicial. pagina web: http://www.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=I

11.- Página web: <http://www.jusdem.org.pe/articulos/JusticiadeFamilia.pdf>

12.- Página web: <http://www2.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html>

13.- Página web: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/iniico.htm>