

El principio del interés superior del niño como criterio de atenuación de la pena

*The principle of the best interest of the child as a criterion for
mitigation of the applicable penalty*

Katherine Castro Menacho

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú

kcastrom@unasam.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5968-2830>

Fany Vera Gutierrez

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú

fverag@unasam.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7755-0025>

María del Carmen Segura Cordova

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú

msegurac@unasam.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8788-400X>

Lucia Buleje Ayala

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú

lbulejea@unasam.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8788-400X>

Urpy Espinoza Silva

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú

uespinozas@unasam.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3679-8056>

RECIBIDO: 05/01/2024 - ACEPTADO: 10/05/2024 - PUBLICADO: 17/06/2024

RESUMEN

El propósito de este artículo fue analizar desde el punto de vista doctrinario, normativo y convencional, si existen razones suficientes para que los jueces opten por la aplicación del principio del interés superior del niño como criterio de atenuación de la pena contra el imputado. Para tal fin se realizó un estudio de tipo dogmático-jurídico y de argumentación jurídica. Los resultados indicaron que los jueces penales peruanos aplican el principio del interés superior del niño como criterio de atenuación de la pena a pesar de no encontrarse previsto en los artículos 45 y 46 del Código Penal relacionados a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, así como a las circunstancias de atenuación de la misma. Se concluye que la aplicación de este principio corresponde a una exigencia convencional, aunque, tras la emisión del Acuerdo Plenario N.º1-2023/CIJ-112 se considera que la postura variará, ya que la doctrina legal establecida debe ser invocada por todos los jueces de todas las instancias y, sobre este tema, en su fundamento jurídico 50, se ha descartado la reducción punitiva por el interés superior del niño.

Palabras clave: Principio de interés superior del niño; atenuación de la pena; derecho convencional; principio de legalidad.

ABSTRACT

The purpose of this article was to analyze from a doctrinal, normative and conventional point of view, whether there are sufficient reasons for judges to opt for the application of the principle of the best interests of the child as a criterion for mitigating the sentence against the accused. For this purpose, a dogmatic-legal study was carried out, under a non-experimental, transversal and descriptive-explanatory design and exegetical, hermeneutical and legal argumentation methods were used. The results indicate that Peruvian criminal judges apply the principle of the best interests of the child as a criterion for mitigating the sentence despite not being provided for in articles 45 or 46 of the Penal Code related to the budgets to base and determine the sentence, as well as the mitigating circumstances, respectively. It was concluded that the application of this principle corresponds to a conventional requirement, although following the issuance of the Plenary Agreement this principle represents a requirement derived from international conventions, although, after the issuance of Plenary Agreement No. 1-2023/CIJ- 112, it is considered that the position will vary, since the established legal doctrine must be invoked by all judges of all instances and, on this issue, in its legal basis 50, punitive reduction for the best interests of the child has been ruled out.

Keywords: Principle of best interests of the child; mitigation of sentence; conventional law; principle of legality.

INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes cuentan con un principio para proteger sus intereses. El principio del interés superior del niño es uno de los que rige los procesos de familia, tutelares, así como en todo aquel proceso judicial en el que se encuentre inmerso un niño o un adolescente en el que se ha previsto su derecho de participación, el cual debe ser efectivo mediante mecanismos o salvaguardas procesales útiles que le permitan expresar libremente su opinión en los tribunales y garanticen la plena protección de sus derechos. Esto implica un cambio de paradigma: ver al niño no como un sujeto pasivo sino como un sujeto activo, según su grado de madurez (Cárdenas, 2021). Almeida et al. (2020) establecen que la naturaleza tutelar del interés superior del niño es un elemento sobre el que se construyen derechos. El objetivo es lograr una aplicación e interpretación uniforme de la directriz a efectos de que las sentencias y resoluciones logren consolidar el principio de efectividad y se tomen decisiones jurisdiccionales y administrativas en consonancia con los derechos humanos lejos de la denominada lógica y razonamiento estándar, analizando las opiniones consultivas, y la Convención de Derechos Humanos.

En el contexto del derecho penal y la aplicación del principio de legalidad en la determinación judicial de las penas, un estudio relevante fue realizado por Vásquez (2023), cuyo trabajo se orienta hacia la exploración de la dinámica entre la normativa legal y las decisiones judiciales en la Corte Suprema de Justicia, particularmente en la Sala Penal Permanente durante el período 2015-2018. En su investigación, titulada “El principio de legalidad en la determinación judicial de la pena en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 2015-2018”, propuso como objetivo principal evaluar la relación entre el principio de legalidad y cómo se determinan judicialmente las penas, utilizando un enfoque metodológico correlacional. El estudio se basó en el análisis de siete resoluciones judiciales seleccionadas intencionalmente y la consulta a cien profesionales del derecho, concluyendo que existe una correlación estadísticamente significativa ($p = 0.000 < 0.05$) entre el principio de legalidad y la determinación judicial de la pena, lo que sugiere la necesidad de considerar modificaciones legislativas para asegurar la coherencia en la aplicación de las leyes. Esta investigación aporta una perspectiva valiosa para el análisis de la consistencia en la aplicación judicial del derecho, subrayando la importancia de adherirse a los principios de legalidad para la legitimidad del sistema penal.

Sokolich (2013) respecto a la aplicación del principio del interés superior del niño por el Sistema Judicial Peruano sostiene que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, constituye un instrumento internacional estableciendo como principio fundamental el “interés superior del niño”, contemplado en Código de los Niños, Niñas y Adolescentes en su Título Preliminar, que preconiza que todas las medidas concernientes a los niños, adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben tener muy en cuenta este principio. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general y, a la especializada en particular, considerar dicho principio superior al momento de tomar sus decisiones.

Es evidente que, para tratar sobre el principio del interés superior del niño, primero se tiene que hacer referencia a cómo funciona el bloque de constitucionalidad en el país.

Al respecto, Bermúdez (2020) refiere:

Posibilita desarrollar normas no contenidas en la Constitución de un Estado, pero con ella guarda relación material, filosófica y política, en mérito principalmente del traslado de «cuotas de libertad» de parte de los ciudadanos a favor del Estado, respecto del poder constituyente que permite construir un marco normativo sobre el cual se detalla la legitimidad y la legalidad de la administración pública para realizar sus funciones en mérito del poder que se le ha conferido (*ius imperium*). (p. 133)

Por su parte, Villalobos (2023) señala:

El supremo intérprete de la Constitución ha señalado que la razonabilidad es un criterio fundamental y estrechamente vinculado a la justicia, siendo esencial para el Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, se destaca que la dignidad de la persona humana y el principio pro infante son pilares fundamentales del Estado. En casos que involucren a niños, niñas o adolescentes, la pauta de interpretación debe ser siempre el interés superior del niño, y dicha protección y amparo deberá ser aún mayor en el caso de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas. (p. 146)

Finalmente, Farías (2023) sostiene que al indicar que el principio de interés superior del niño como tal comporta un derecho, un principio y una norma, que debe ser aplicada incluso en ponderación, cuando existe conflictos en los cuales los derechos del niño se encuentren involucrados.

Sin embargo, se debe analizar si este principio puede servir como criterio de atenuación de la pena cuando el imputado sea, por ejemplo, el único sostén del hogar o sea el único familiar cercano quien vela por uno o más menores de edad, lo cual implicaría que de dictarse una pena privativa de la libertad efectiva repercutiría en el bienestar del menor a quien tiene a cargo. Como se puede advertir desde ya, el tema es de suma importancia porque de la revisión de los artículos 45 y 46 del Código Penal no se ha previsto esta causal de atenuación de la pena. No obstante, hay jurisprudencia de la Corte Suprema que ha optado por invocar este principio al momento de la determinación de la pena, lo que a su vez implica que jueces de primera y segunda instancia se guíen por dichos fundamentos y los apliquen en los casos que tienen por resolver. Empero, mediante el Acuerdo Plenario N.º1-2023/CIJ-112 emitido el 28 de noviembre de 2023, se ha establecido doctrina legal que debe ser invocada por todos los jueces de todas las instancias y que, en concreto sobre el tema de la atenuación de la pena por la aplicación del principio del interés superior del niño, se ha inclinado por su no aplicación, en concordancia con el principio de igualdad en el proceso penal.

Como se puede advertir, el principio del interés superior del niño como criterio de atenuación de la pena es un tema interesante y que dará pie a un debate jurisprudencial y doctrinario puesto que, si bien la doctrina legal debe ser invocada, también es cierto que el artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a los magistrados de todas las instancias judiciales por excepción apartarse de los criterios fijados como doctrina jurisprudencial, debiendo motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Por ello, se considera que se tendrá más de una resolución que se aparte de la doctrina

jurisprudencial fijada y básicamente se invocaría la aplicación del derecho convencional reconocido por el ordenamiento jurídico peruano.

El propósito de esta investigación se centró en determinar si el principio del interés superior del niño puede ser utilizado como criterio de atenuación de la pena en casos donde el imputado sea el único sostén del hogar o el único familiar cercano responsable del cuidado de menores de edad. Este tema plantea un debate importante en el ámbito jurídico, ya que implica consideraciones éticas y legales respecto a la protección de los derechos del niño y la equidad en el proceso penal. El objeto de investigación se enfoca en analizar la aplicabilidad de este principio en la determinación de la pena, a pesar de la doctrina legal establecida en el Acuerdo Plenario N.º 1-2023/CIJ-112, que ha optado por su no aplicación, en concordancia con el principio de igualdad en el proceso penal. Se espera que este estudio genere un debate jurisprudencial y doctrinario, ya que involucra la interpretación de normas nacionales e internacionales y la aplicación del derecho convencional reconocido por el ordenamiento jurídico peruano.

MATERIALES Y MÉTODOS

El objetivo de este estudio se alcanzó mediante una investigación jurídica de carácter dogmático, utilizando un diseño no experimental, transversal y de naturaleza descriptivo-explicativa. La investigación es explicativa porque se propuso clarificar el fenómeno en estudio a través de un examen minucioso de la literatura especializada relevante (Julca & Nivin, 2022). Dentro de las metodologías aplicadas, se incluyó el método exegético, que facilitó el análisis sistemático de las leyes pertinentes donde se advierte el principio del interés superior del niño como criterio de atenuación de la pena: entre el principio de legalidad y acuerdos plenarios. Asimismo, se utilizó el método hermenéutico para interpretar la doctrina relacionada con el tema de estudio, mientras que la técnica de argumentación jurídica ayudó a desarrollar el análisis mediante la comparación de distintas teorías legales y jurisprudenciales. Las fuentes documentales, como la doctrina, jurisprudencia y normativa, constituyeron la unidad de análisis. Para la recolección de datos se empleó la técnica documental, usando fichas bibliográficas y análisis de contenido, centrandó el estudio en el ámbito normativo, doctrinal y jurisprudencial (Aranzamendi & Humpiri, 2021).

Es un artículo de revisión que ha utilizado investigaciones centradas en explorar y analizar metodológicamente diversas teorías relacionadas con la aplicación de los derechos humanos y el interés superior del niño, el bloque de convencionalidad, la punibilidad en la teoría del delito y el principio de legalidad. La metodología adoptada es de naturaleza cualitativa, privilegiando un enfoque interpretativo y analítico que permite una comprensión profunda de los temas tratados.

RESULTADOS

1. *El interés superior del niño*

La noción de interés superior del niño y adolescente tiene un contenido únicamente normativo si no se considera el desafío de vincularlo con los derechos humanos lejos del criterio estándar para que constituya un principio jurídico interpretativo fundamental, no subjetivo ni vacío en rescate del garantismo. La autoridad judicial tendrá la correcta visualización y una eficiente ponderación argumentativa siempre que utilice un razonamiento donde se dé importancia o valor a los derechos humanos (Almeida et al., 2020). La eficaz vinculación del interés superior de la niñez y adolescencia con los derechos humanos, lejos de ser un mero concepto normativo, debe convertirse en un principio interpretativo jurídico fundamental, garantizando así una ponderación argumentativa sólida y no subjetiva por parte de las autoridades judiciales.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, este principio es implementado e interpretado, pero pudo observarse que es una norma jurídica que viene a erradicar el vacío legal nacional e internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es un principio internacional de derechos humanos y ha sido asumido e incorporado en la legislación ecuatoriana como un principio de garantía y salvaguarda de los derechos de la niñez y la adolescencia. Es una norma jurídica con carácter constitucional, mediado por el concepto de niñez y adolescencia según el contexto sociocultural de que se trate. Su conceptualización es compleja, flexible y subjetiva, que debe ser evaluada según la situación y circunstancias de cada caso (Murillo et al., 2020). En conclusión, el principio del interés superior de la niñez y adolescencia, reconocido en el derecho comparado y en la legislación ecuatoriana, emerge como una norma jurídica esencial que colma vacíos legales tanto a nivel nacional como internacional, garantizando la protección y el respeto de los derechos de los niños y adolescentes. Su carácter constitucional y su adaptabilidad contextual reflejan su importancia como principio de salvaguarda de los derechos infantiles, cuya aplicación requiere una evaluación cuidadosa y contextualizada en cada situación particular.

En el ordenamiento jurídico chileno, González y Castello (2020) afirman que:

No existe regulación efectiva sobre el principio en comento y que la normativa se limita únicamente a pronunciar la importancia de tenerlo en consideración en ciertas materias, pero no otorga una definición o criterios de determinación para su aplicación que sirvan como directriz. Por lo mismo, su desarrollo se debe principalmente a la jurisprudencia donde se han cometido bastantes errores dado que actualmente en los tribunales de familia e incluso en los tribunales superiores de justicia, las decisiones no han sido fundamentadas limitándose únicamente a nombrar este principio dentro de la sentencia lo que ha perpetrado la idea de que constituye un concepto indeterminado, situación que a nivel internacional ha sido negada rotundamente. Así las cosas, a partir del análisis jurisprudencial se ha podido concluir que aún existen dificultades para poder plantear el principio en términos objetivos y abordar una definición del mismo, lo cual deriva en una ponderación de intereses que no siempre permite llegar a la decisión correcta, obligando a recurrir a instancias superiores tanto en tribunales nacionales como internacionales. (pp. 124-125)

No solo se puede sostener que el interés superior del niño/niña va a emerger de la estructura familiar como componente básico del estado, sino también que el mismo estado como organizador o protector de la familia tiene que cumplir su misión de garantizar el desarrollo normal y habitual de la familia y de los niños y niñas pilares de toda sociedad y del futuro de un país (Sotelo, 2019).

Al respecto, Huerta (2018) realiza la siguiente valoración:

El principio del interés superior del niño constituye un principio de carácter supranacional de defensa de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. En el Perú se encuentra regulado en el art IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, así como en la Ley N.º 30466, que fija parámetros para garantizar el interés superior del niño. Así como que el análisis de la doctrina y jurisprudencia del país permite manifestar que el interés superior del niño se define como un principio garantista de modo que toda decisión judicial y administrativa que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos. (p. 115)

Por tanto, el principio de interés superior del niño, de carácter primordial para resolver conflictos donde se discuten derechos de menores, en el Perú goza de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 4º de la Constitución que establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, en las normas internacionales de derechos humanos como la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño que forman parte de nuestro derecho, así como la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce la constitucionalidad de este principio, por lo que es un principio de observancia obligatoria para todas las entidades públicas y privadas cuando se trata de asuntos referidos a los derechos de niños, niñas y adolescentes (Arisaca, 2021). Es así que es importante la conclusión a la que arriba Acuña (2019): determinar qué es lo mejor para un niño es un proceso delicado y complejo para los jueces. Por lo tanto, las circunstancias y datos pueden transformarse en una fuente de poder decisonal importante. El interés superior del niño, al ser un principio de estructura abierta y de múltiples significados, otorga al juez la libertad para decidir conforme a los resultados que arroje la evaluación personal que realice de la situación.

Entonces, el interés prioritario del niño, al considerarse que la pena de prisión efectiva afecta la cohesión familiar y castiga a su cuidador, se establece como una razón para reducir la punibilidad por encima de la ley. La culpabilidad disminuye debido al impacto en la familia y la relación positiva con el imputado.

2. La categoría de punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano

Díez (2017) argumenta acertadamente que los principios utilitarios de efectividad, eficacia y eficiencia ofrecen una explicación convincente sobre varios aspectos que determinan, excluyen o gradúan la punibilidad, tanto en el juicio de responsabilidad como en la imposición y ejecución de sanciones penales. En este contexto, la ley penal como fundamento habilitante para la intervención penal fija un indicador importante para la norma de decisión con orden de sanción, que tiene que ser configurada para el caso concreto sobre la base de aquella. La ley penal menciona el suceso o

acontecimiento a cuya evitación debe tender la norma de conducta, que tiene que ser legitimada mediante los criterios generales. De esta manera, se establece el fin legítimo de las normas de conducta, en las que está desaprobada una infracción típica específica (Freund, 2019). En suma, se resalta la importancia de los principios utilitarios en el análisis de la punibilidad, mientras que también se subraya la necesidad de que la intervención penal esté respaldada por una normativa sólida que oriente la aplicación justa y efectiva de las sanciones.

La diversidad en la conceptualización de la punibilidad se evidencia en la asignación de funciones variadas a la pena, lo que genera diferencias significativas en la teoría del delito y su aplicación práctica. Desde esta perspectiva, el rechazo de la categoría de la punibilidad no puede basarse en que se usan la pena y sus fines, puesto que, en mayor o menor medida todos los emplean en sus construcciones. Las diferencias en la asignación de penas se originan en la función atribuida a estas. Si la pena busca concretar un valor, como la justicia, se limitará a sancionar únicamente lo injusto culpable, sin espacio para categorías adicionales, ya sea dentro o fuera del delito. Cuando se adopta una función utilitaria de la pena, centrada en la prevención, sea esta general o específica, se reconoce la naturaleza dinámica y prospectiva inherente a cualquier teoría relativa al castigo del delito. Con la admisión de esta idea, sin embargo, no se desemboca en una concepción unitaria del delito (García, 2019). Lo anterior implica que mientras algunos modelos tratan de configurarlo exclusivamente sobre la base de la prevención, atendiendo solo a la dimensión social de la pena, probablemente la doctrina mayoritaria no acepte este tipo de planteamientos y junto a dicho aspecto social, divisa una esfera individual en dicha sanción derivada de su esencia. La pena es un mal, una privación de bienes esenciales que exige primariamente una justificación frente al individuo que la va a sufrir (García, 2019). Es así que la divergencia en la conceptualización de la punibilidad radica en la atribución de funciones a la pena: mientras algunos enfoques la ven como un instrumento para realizar la justicia, otros la conciben desde una perspectiva utilitaria centrada en la prevención. No obstante, esta distinción no conduce necesariamente a una visión unificada del delito, ya que la mayoría de las doctrinas reconocen tanto su dimensión social como su impacto individual, requiriendo una justificación fundamental frente al individuo afectado.

La justificación de la pena dentro del marco del derecho penal debe equilibrar la responsabilidad individual y la utilidad social mientras se debate entre enfoques que enfatizan la dignidad humana y aquellos que priorizan consideraciones utilitarias. Ello supone que solo si se puede hacer responsable a la persona de la infracción de la norma y en la medida de la misma puede plantear si el recurso a la pena estaría justificado por su utilidad social. Esto quiere decir que solo y en la medida en que se le pueda atribuir la responsabilidad por la infracción de la norma cabrá utilizarlo para la satisfacción de una finalidad social. Incluso las teorías absolutas están usando a la persona para la realización de algo que le trasciende. La diferencia se plantearía con aquellas concepciones que pretenden configurar la teoría del delito desde una perspectiva exclusivamente social; es decir, olvidando que la pena, al suponer una privación de bienes esenciales, exige primeramente la justificación frente al que la va a sufrir. Aclarado esto, no se alcanza a comprender dónde estaría la lesión de la dignidad de la persona que un sector de la doctrina imputa a quienes admiten la categoría de la punibilidad basada en consideraciones utilitarias. La impunidad o la atenuación de la pena para algunos injustos culpables no viola derecho alguno de la persona (García, 2019).

Como consecuencia de lo sostenido hasta aquí, implica que la punibilidad, como parte integrante de la teoría jurídica del delito, responde a la necesidad de delimitación y ponderación del propio delito que expresa el merecimiento de pena, así como a la necesidad de respuesta penal que trae como consecuencia. Bajo la denominación de punibilidad se designan una serie de presupuestos adicionales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad indispensables. Para que al hecho se le pueda imponer una pena con frecuencia se toman como sinónimos los conceptos de «pena» y «punibilidad». La ubicación de la punibilidad dentro de la teoría del delito no responde a una cuestión baladí, sino más bien influye notablemente en figuras tan significativas como las condiciones objetivas de punibilidad o las excusas absolutorias (Colina, 2021). En resumen, la punibilidad, como parte esencial de la teoría jurídica del delito, cumple una función fundamental en la delimitación y evaluación del delito, determinando la merecida imposición de una pena y la necesidad de una respuesta penal proporcional. Su ubicación dentro de esta teoría no es trivial, ya que afecta significativamente aspectos clave como las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.

A continuación, se realiza la discusión trayendo a colación pronunciamientos jurisprudenciales de los últimos cinco años, los cuales serán contrastados con una crítica realizada en el Acuerdo Plenario N.º1-2023/CIJ-112.

3. Principio de legalidad

Cristóbal (2020) refiere que el principio de legalidad en el derecho penal es fundamental para garantizar la protección de la dignidad y libertad de las personas. Esta norma, expresada en la conocida locución latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, establece que ninguna acción puede ser considerada delito ni recibir pena si no está previamente establecida en la ley. Asimismo, prohíbe la retroactividad de la ley penal, asegurando que nadie pueda ser castigado por un acto que en el momento de cometerlo no estaba tipificado como delito. Este principio, arraigado en la filosofía de la Ilustración, se basa en la certeza jurídica y la protección de los derechos fundamentales de los individuos. En resumen, el estudio confirma que la adecuada aplicación del principio de legalidad es esencial para la configuración de un sistema penal justo y equitativo. La protección de la dignidad y la libertad de las personas, así como la garantía de un marco legal claro y previsible, dependen directamente de la observancia estricta de este principio. La revisión de Cristóbal subraya que, sin este fundamento, el sistema penal se volvería susceptible a la arbitrariedad y al abuso, socavando los cimientos de un estado de derecho democrático y respetuoso de los derechos humanos.

Schreginger (2022) sostiene que el principio de legalidad no solo establece un orden normativo, sino que también garantiza el respeto a los acuerdos de convivencia social. Este principio, en su dimensión material, proporciona previsibilidad, certeza y seguridad jurídica, protegiendo así los derechos humanos fundamentales básicos. En diversas constituciones, dicho principio es entendido como aquello que permite a los ciudadanos procurar o exigir ciertos derechos fundamentales necesarios para un desarrollo humano digno. Ramos (2022) afirma que el principio de legalidad, expresado en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, requiere de la aplicación exclusiva del derecho escrito. En un Estado de derecho con un sistema penal, la ley escrita es la fuente creadora del derecho que busca proteger los bienes jurídicos del ser humano y garantizar una convivencia social sana. Este principio restringe la actividad represora del Estado, asegurando que nadie pueda ser castigado por delitos no

expresados en la ley y protegiendo así la dignidad humana al evitar castigos irracionales y arbitrarios. En una república con separación de poderes, el principio de legalidad en el derecho penal protege al individuo frente al Estado y asegura que las garantías del individuo se antepongan frente a la acción estatal.

Ambas investigaciones ponen de manifiesto que el principio de legalidad es un pilar cardinal en la arquitectura de un sistema penal que aspira a ser justo y equitativo. Este principio no solo proporciona un marco normativo claro y predecible, sino que también garantiza que la dignidad y los derechos fundamentales de los individuos sean respetados y protegidos. En términos más exigentes, el principio de legalidad establece un imperativo categórico para la administración de justicia penal, demandando la codificación precisa y previa de las conductas punibles y sus sanciones. Esta exigencia de tipicidad penal impide cualquier forma de arbitrariedad por parte del Estado, asegurando que el poder punitivo se ejerza únicamente dentro de los límites estrictamente definidos por la ley escrita. Además, este principio actúa como un mecanismo de control y equilibrio dentro de un Estado de derecho donde la separación de poderes es esencial. La función del legislador al crear la ley, la del ejecutivo al aplicarla y la del poder judicial al interpretarla, deben alinearse para salvaguardar las garantías procesales y sustantivas de los ciudadanos. Así, el principio de legalidad se erige como un baluarte contra la retroactividad y la vaguedad legislativa, elementos que podrían socavar la justicia penal y, por ende, el orden democrático y constitucional. En resumen, la implementación rigurosa y sistemática del principio de legalidad es indispensable para la consolidación de un Estado de derecho. Este principio no solo refuerza la seguridad jurídica y la previsibilidad normativa, sino que también asegura que la dignidad humana y los derechos fundamentales sean el núcleo alrededor del cual se estructuran las políticas y prácticas del sistema penal. Por tanto, la observancia estricta de este principio es esencial para que la justicia penal cumpla con su finalidad última: la protección efectiva de los bienes jurídicos más preciados y la garantía de una convivencia social basada en el respeto y la equidad.

Sin embargo, no podemos dejar de lado la posición de Orbegoso (2020) quien propone una aplicación más flexible del principio de legalidad. Esta flexibilidad permite a la Administración Pública actuar con mayor discrecionalidad, siempre dentro de los lineamientos legales, para garantizar la igualdad material y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este enfoque no rechaza el clásico principio de legalidad, pero aboga por su adaptación a los tiempos actuales, en los que el derecho debe estar al servicio de la persona. Así, la rigurosidad en la aplicación del principio de legalidad debe ceder cuando se trata de la prestación de servicios para alcanzar objetivos superiores como la felicidad y el bienestar de las personas. La propuesta de flexibilidad del citado autor resulta interesante en el contexto actual, pero plantea desafíos significativos en el ámbito del derecho penal y los derechos fundamentales. Si bien la flexibilidad puede adaptarse a situaciones particulares, debe estar estrictamente limitada para evitar arbitrariedades y violaciones de derechos. En el derecho penal, la discrecionalidad de la Administración Pública debe estar sujeta a controles efectivos para prevenir abusos, asegurando la proporcionalidad, legalidad y respeto a los derechos humanos. Cualquier medida que afecte los derechos individuales debe ser fundamentada en estos principios, evitando la variabilidad en la interpretación y aplicación de la ley que podría comprometer la igualdad ante la ley y generar inequidades. Así, cualquier propuesta de flexibilización del principio de legalidad debe ser cuidadosamente evaluada para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley.

DISCUSIÓN

El Tribunal Constitucional ha reafirmado en sus fundamentos jurídicos 12 y 13 en el Expediente N.º 00956-2022-PHC/TC que:

La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial y prioritario del Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado al establecer que “la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente”. 13. Esto presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad, al ser personas que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión. Por ello, requieren especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

Luego de la revisión de la jurisprudencia nacional contrastada con la doctrina, los resultados indicaron que los jueces penales peruanos aplican el principio del interés superior del niño como criterio de disminución de la pena a pesar de que no se encuentre previsto en los artículos 45 ni 46 del Código Penal relacionados a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, así como a las circunstancias de atenuación de la misma. Así, el artículo 45 del Código Penal que regula los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, prescribe:

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
- b. Su cultura y sus costumbres.
- c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

También el artículo 46 que regula las circunstancias de atenuación y agravación, prescribe:

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
 - a) La carencia de antecedentes penales;
 - b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
 - c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
 - d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;

- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
 - f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
 - g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
 - h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.
2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:
- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
 - b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
 - c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
 - d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.
 - e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
 - f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;
 - g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;
 - h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;
 - i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;
 - j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

- k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;
- l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;
- m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.
- n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

En efecto, legislativamente, ni el artículo 45 ni el 46 del Código Penal tienen previsto la aplicación del principio del interés superior del niño como criterio de determinación o disminución de la pena. No obstante, jurisprudencialmente, sí se ha tomado en cuenta. Por eso, el Recurso de Nulidad N.º 761-2018-Apurímac (2018), en su fundamento cuarto se ha pronunciado señalando que:

El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege —este hecho se ha probado más allá de toda duda razonable, que es lo que debe cumplirse en estos casos en aras de su viabilidad legal— se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supralegal. En efecto, en la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho, por consiguiente, se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, a tono con pautas del Código Penal en este tipo de instituciones de una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. Se trata, desde la perspectiva de la dogmática penal, de una “causal de disminución de la punibilidad”, necesariamente post delictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la categoría culpabilidad, en atención a su relación familiar positiva y, especialmente, al efecto lesivo sobre sus hijos menores de edad —quienes dependen del imputado y han venido sido acogidos y cuidados por él—.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, en el Recurso de Nulidad N.º 679-2020-Apurímac (2021), en su fundamento decimoquinto, se ha dicho que:

En cuanto a la medición de la pena, cabe señalar que se presenta la circunstancia atenuante privilegiada: responsabilidad restringida (tenía dieciocho años y tres días de edad); además, carece de antecedentes penales, mantiene a su esposa e hijas y convive con ellas, así como

las propias circunstancias sociales –con expresión cultural de tradición andina, ya que tanto el imputado como la agraviada son naturales de Apurímac– y personales con la víctima –relación de enamorados– en la comisión del hecho delictivo. También se contempla jurisprudencialmente la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño como causal de disminución de punibilidad supralegal, cuando la pena privativa de libertad efectiva, que afecta la unidad familiar, reprime a quien lo mantiene y protege.

En conclusión, la jurisprudencia nacional ha evidenciado que los jueces penales peruanos han aplicado el principio del interés superior del niño como criterio de disminución de la pena, a pesar de que no esté expresamente contemplado en los artículos 45 ni 46 del Código Penal. Esta aplicación se fundamenta en la necesidad de proteger la unidad familiar y el bienestar de los menores de edad, lo cual ha sido respaldado por decisiones del Tribunal Constitucional y ha generado un debate sobre la discrecionalidad y razonabilidad en la determinación de la pena. Por tanto, se hace necesario continuar analizando y discutiendo este tema en el ámbito jurídico nacional para asegurar una aplicación coherente y justa de la ley.

El interés superior del niño y la legalidad de la pena

Guevara (2023) ha analizado a detalle la doctrina legal fijada en el Acuerdo Plenario N.º1-2023/CIJ-112 marcando una postura en el que señala que los jueces supremos no son jueces pretorianos con capacidad de fijar, a discreción, límites cuantitativos de la pena (no considerados en la ley), cuando la pena deba fijarse por debajo del mínimo legal del delito que se trate. Así, pues, es equivocado entender que el principio de proporcionalidad habilita al juez a construir libremente un rango punitivo abstracto y fuera del rango legal para determinado delito, argumentándose que tal proceder es incoherente y violenta el principio de legalidad porque “afecta el principio lógico de razón suficiente” (pp. 17-18).

Se comparte la postura de Guevara porque si bien el ordenamiento jurídico peruano se encuentra irradiado por principios, se considera que estos no pueden o no deberían ser empleados como argumentos para contravenir en esencia la legalidad que caracteriza a todo sistema, y en particular, al sistema penal. Lo que sucede es que a pesar de que el interés superior del niño siga siendo lo que es, un concepto jurídico indeterminado, los lineamientos que el Comité ha ideado revisten el concepto de una inusitada vitalidad práctica. Lo sacan de una aletargada abstracción y lo llevan hacia sectores más operativos (Carretta, 2021). En resumen, el análisis de la doctrina legal y la postura planteada por Guevara (2023) subrayan la importancia de mantener la coherencia con el principio de legalidad en la determinación de la pena, rechazando la idea de que los jueces puedan establecer límites punitivos por debajo de los mínimos legales basándose en principios abstractos como la proporcionalidad. Este enfoque recalca la necesidad de respetar la estructura legal del sistema penal, a pesar de la relevancia del principio del interés superior del niño, asegurando así la coherencia y la justicia en las decisiones judiciales.

El acuerdo plenario y el interés superior del niño

Según Guevara (2023), el fundamento jurídico del referido Acuerdo desarrolla la regla de reducción de bonificación procesal supralegal del interés superior de los niños, niñas y adolescentes,

de acuerdo con el respeto al principio de igualdad en el trato penal, que prohíbe toda forma de discriminación negativa, teniendo en cuenta que nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Este Acuerdo brinda ciertas luces en materia de determinación judicial de la pena concreta, pero también hay no pocas sombras sobre la materia. Así, pues, culmina señalando que un juez no puede ni debe comportarse como un legislador; lo que sí puede y debe hacer es guiarse por las cristalizaciones doctrinarias, en una revisión general doctrinaria en donde se ha de aceptar las mejores obras realizadas no por los “mejores o buenos amigos”, sino por los más talentosos juristas creadores y recreadores de categorías jurídicas, con independencia absoluta de que sean o no “amigos o conocidos”. Solo así se va a poder llevar la doctrina jurídica peruana a otro nivel, sin nada que envidiar a la doctrina extranjera, particularmente europea (Guevara, 2023). En síntesis, el análisis de la jurisprudencia nacional y la doctrina legal, junto con la postura planteada por Guevara (2023), resaltan la importancia de mantener un equilibrio entre el principio del interés superior del niño y la legalidad en la determinación de la pena. Si bien se reconoce la relevancia de proteger a los menores y preservar la unidad familiar, se enfatiza la necesidad de respetar los límites legales establecidos, evitando que los jueces actúen como legisladores y garantizando la coherencia y la justicia en las decisiones judiciales.

CONCLUSIONES

¿El principio del interés superior del niño es un criterio de atenuación de la pena aplicable en el ordenamiento jurídico peruano? Después del estudio realizado surgen dos respuestas, tomando en consideración un antes y un después de la emisión del Acuerdo Plenario N.º1-2023/CIJ-112. La respuesta es un sí rotundo antes de este Acuerdo, ya que, por la aplicación del derecho convencional, los jueces penales ya se han pronunciado en sus diferentes instancias, inclinándose en atenuar la pena a pesar de que no se encuentra así previsto en el Código Penal. Y, después del referido Acuerdo, la respuesta es un no, ya que, de aplicarlo, tendrían que los jueces penales motivar adecuadamente su resolución dejando constancia los fundamentos que invocan.

La aplicación del principio del interés superior del niño en la atenuación de las penas destaca la necesidad de una interpretación flexible y sensible del derecho penal que ponga en primer plano las consecuencias que la pena puede tener sobre los menores afectados. Aunque los jueces no crean normas, deben aplicar con perspicacia los principios internacionalmente reconocidos para proteger los derechos de los niños, lo que sugiere la posibilidad de incorporar explícitamente este principio en futuras reformas del Código Penal como causal para moderar la pena.

La punibilidad y la legalidad, a pesar de las tendencias en la jurisprudencia de atenuar penas en base al interés superior del niño, la legalidad y la rigurosidad del marco normativo actual, después del Acuerdo, exigen a los jueces una fundamentación sólida y detallada cuando deciden apartarse de las directrices establecidas, demostrando que la punibilidad no solo se rige por la ley escrita, sino que debe también responder a una interpretación jurídica que alinee los principios internacionales y nacionales de justicia.

El no reconocimiento expreso del principio del interés superior del niño como una causal directa para la atenuación de la pena en el marco legal peruano actual, no solo desestima las obligaciones internacionales, sino que también plantea un debate sustancial sobre la necesidad de una interpretación

judicial que pueda balancear adecuadamente estos principios con las demandas de la legalidad penal. Esto subraya la importancia de que los jueces fundamenten exhaustivamente sus decisiones, especialmente cuando se apartan de normativas como el mencionado Acuerdo para mantener la coherencia y justicia en el sistema penal, sin dejar de lado los compromisos internacionales del país.

REFERENCIAS

- Acuña, A. P. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión Jurídica*, 18, 17-35. doi: <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a1>
- Almeida, P. F., Erazo, J. C., Ormaza, D. A., & Narvárez, C. I. (2020). La aplicación de los derechos humanos en el interés superior del niño. *IUSTITIA SOCIALIS*, 5(8), 624–644. doi: <https://doi.org/10.35381/racji.v5i8.594>
- Aranzamendi, L., & Humpiri, J. (2021). *Derecho & Ciencia. Ruta para hacer la tesis en Derecho*. Grijley.
- Arisaca, E. (2021). *Afectación del principio constitucional del interés superior del niño por la aplicación del Artículo 88° del código de niños y adolescentes en los procesos judiciales de régimen de visitas. Arequipa 2015-2018*. [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santa María]. <https://repositorio.ucsm.edu.pe/handle/20.500.12920/10573>
- Bermúdez, M. (2020). El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 11(13), 117-138. doi: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.41>
- Cárdenas, T. (2021). Garantías para la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial. *Revista Llapanchikpaq: Justicia*, 2(2), 95-103. doi: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.5>
- Carretta, F. (2021). ¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. *Ius et Praxis*, 27(2), 236-255. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200236>
- Colina, E. (2021). La punibilidad en la teoría del delito. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 169-182.
- Cristóbal, T. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 12(14), 249-266. <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.267>
- Díez, J. L. (2017). La categoría de la punibilidad en el derecho penal español. *Cuadernos De Derecho Penal*(18), 11–29. <https://doi.org/10.22518/jour.cdp/201718ID936>

- Farías, Z. (2023). Implicancias del principio del interés superior del niño en el proceso de tenencia. *Revista virtual Aequitas de la Corte Superior de Justicia de Piura*, I(11), 148-155.
- Freund, G. (2019). Determinación legal de la punibilidad en los delitos imprudentes. *Revista de Estudios de La Justicia* (31), 1–15. doi: <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2019.55754>
- García, O. (2019). Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 709-753. doi: <https://doi.org/10.15304/epc.39.6279>
- González, I. P., & Castello, A. V. (2020). *El principio del interés superior del niño: análisis desde la mirada del Derecho Internacional en su evolución y aplicación al Derecho chileno*. Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, Santiago. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/176583>
- Guevara, I. (2023). Luces y sombras en la determinación judicial de la pena concreta: los límites del legislador. Análisis del Acuerdo Plenario N.º1-2023/CIJ-112. *Actualidad Penal*, 15-41.
- Huerta, H. R. (2018). *Interés superior del niño en la adopción judicial de menores en abandono con acogimiento Familiar* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Santiago Antúnez De Mayolo]. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2144>
- Julca, F. & Nivin, L. (2022). *Redacción científica. Guía para escribir tesis y artículos*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Murillo, K., Banchón, J., & Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(2), 385-292. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000200385&lng=es&nrm=iso. accedido en 14 enero 2024. Epub 02-Abr-2020.
- Orbegoso, M. (2020). El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho. *IUS ET VERITAS* (60), 198-209. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.010>
- Recurso de Nulidad N.º 761-2018 – Apurímac (28 de mayo, 2018).
- Recurso de Nulidad N.º 679-2020-Apurímac (5 de mayo, 2021).
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Revista Vox Juris* (25) 1,2013, Universidad de San Martín de Porres.
- Sotelo, B. (2019). *El interés superior del niño frente a la seguridad jurídica procesal* [Tesis de maestría, Universidad Nacional San Luis Gonzaga].
- Schreginger, M. J. (2022). Principio de Legalidad - Segunda Parte. *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado*, 6(7), 25-82. ISSN 2796-8642.

- Vásquez, E. (2023). El principio de legalidad en la determinación judicial de la pena en la Sala Penal permanente de la Corte Suprema de Justicia, 2015-2018. Tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal. https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/8215/UNFV_EUPG_Vasquez_Guevara_Erick_Rony_Tesis_Maestria_2023.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Villalobos, H. M. (2023). El proceso de alimentos y el trato diferenciado. *Revista Llapanchikpaq: Justicia*, 5(7), 113-153. doi: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i7.746>