



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN COMO  
ATENUANTE DE PENA ANALÓGICO EN BENEFICIO DEL  
AUTOR EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS.**

**TESIS**

**PRESENTADA POR:**

**Bach. ROGER PAULET MAMANI TURPO**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**PUNO – PERÚ**

**2023**



## Reporte de similitud

NOMBRE DEL TRABAJO

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN COMO ATENUANTE DE PEN A ANALÓGICO EN BENEFICIO DEL AUTOR**

AUTOR

**ROGER PAULET MAMANI TURPO**

RECUESTO DE PALABRAS

**40030 Words**

RECUESTO DE CARACTERES

**217497 Characters**

RECUESTO DE PÁGINAS

**172 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**1.5MB**

FECHA DE ENTREGA

**Aug 16, 2023 11:41 AM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Aug 16, 2023 11:44 AM GMT-5**

### ● 6% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base c

- 5% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossr

### ● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 16 palabras)



Firmado digitalmente por  
QUINTANILLA CHACON Manuel  
Leon FAU 20145496170 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 16.08.2023 11:45:15 -05:00



Firmado digitalmente por:  
ESPEZUA SALMON Boris  
Gilmar FAU 20145496170 soft  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 16/08/2023 12:08:57-0500

Resumen



## DEDICATORIA

*Dedico la presente investigación al creador de todo el universo.*

*A mi querido padre que desde el cielo guía, protege y bendice mi camino.*

*A mi amada madre, que cual pilar, sostiene mis sueños y anhelos más profundos.*

**Roger Paulet Mamani Turpo.**



## AGRADECIMIENTOS

*A mis padres, por su infinito apoyo y amor.*

*A todos mis queridos docentes de mi estimada Facultad de Derecho, gracias a sus enseñanzas puedo seguir esta noble profesión con responsabilidad.*

*A mis queridos maestros externos de la vida, que con sus enseñanzas guían mi camino profesional.*

*Al Derecho, institución que le da sentido y felicidad a mi existencia.*

*A mi estimado asesor Dr. Manuel León Quintanilla Chacón, por su apoyo personal y profesional.*

**Roger Paulet Mamani Turpo.**



## INDICE GENERAL

**DEDICATORIA**

**AGRADECIMIENTOS**

**ÍNDICE GENERAL**

**ÍNDICE DE TABLAS**

**ÍNDICE DE FIGURAS**

**LISTA DE ACRÓNIMOS**

**RESUMEN ..... 12**

**ABSTRACT..... 13**

### **CAPÍTULO I**

#### **INTRODUCCIÓN**

**1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... 14**

**1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA..... 16**

1.2.1. Problema general..... 16

1.2.2. Problemas específicos ..... 17

**1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO..... 17**

**1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 18**

1.4.1. Objetivo general ..... 18

1.4.2. Objetivos específicos ..... 18

### **CAPÍTULO II**

#### **REVISIÓN DE LITERATURA**

**2.1. ANTECEDENTES..... 19**

2.1.1. A nivel internacional ..... 19

2.1.2. A nivel nacional ..... 19



2.1.3. A nivel local .....	24
<b>2.2. MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>24</b>
2.2.1. Contexto .....	24
2.2.2. Delitos de infracción de deber .....	25
2.2.3. Naturaleza del bien jurídico en los delitos de infracción de deber .....	26
2.2.4. Filosofía de la determinación de la pena en el sistema procesal peruano.	28
2.2.5. La causal de disminución de punibilidad analógica de la pena .....	29
2.2.6. El principio del interés superior del niño .....	30
2.2.7. El principio de interés superior del niño en el proceso penal peruano .....	32
2.2.8. La condición del niño dentro del proceso penal .....	33
2.2.9. Conflictos entre principios jurídicos .....	33
2.2.10. La ponderación.....	35
2.2.11. Críticas a la metodología de la ponderación .....	37
2.2.12. Transversalización del derecho constitucional .....	38
2.2.13. la interpretación constitucional .....	39
2.2.14. Teoría del derecho que asume el Tribunal Constitucional peruano.....	40
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>MATERIALES Y MÉTODOS</b>	
<b>3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>41</b>
3.1.1. Enfoque de la investigación .....	41
3.1.2. Diseño de la investigación .....	42
3.1.3. Tipo de investigación .....	43
<b>3.2. OBJETO DE ESTUDIO.....</b>	<b>43</b>
<b>3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO .....</b>	<b>44</b>



3.3.1. Casos seleccionados a fin de acreditar la base fáctica de la investigación	44
3.3.2. Procedimiento ...	46
<b>3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....</b>	<b>47</b>
3.4.1. Métodos.....	47
3.4.2. Técnicas .....	48
3.4.3. Instrumentos.....	49
<b>3.5. UNIDADES DE ESTUDIO .....</b>	<b>50</b>
3.5.1. plan de recolección de datos .....	50
3.5.2. Unidades de estudio específicas.....	50

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

<b>4.1. PRIMER EJE TEMÁTICO: DEFINIR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DEL PROCESO PENAL .....</b>	<b>54</b>
4.1.1. Tipología de normas dentro del proceso penal peruano .....	54
4.1.2. Comportamiento de las normas dentro del proceso penal peruano .....	55
4.1.3. Soluciones ante conflictos entre normas dentro del proceso penal.....	57
4.1.4. Naturaleza jurídica del interés superior del niño en la jurisprudencia peruana y su directa relación con la determinación judicial de la pena. ....	63
4.1.5. Identificación concreta de la naturaleza jurídica del interés superior del niño .....	126
4.1.6. Naturaleza jurídica de los delitos de corrupción de funcionarios .....	129
<b>4.2. SEGUNDO EJE TEMATICO: DETERMINAR LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO PARA ATENUAR LA</b>	



<b>PENA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS .....</b>	<b>131</b>
4.2.1. Filosofía de la determinación judicial de la pena en el Perú.....	131
4.2.2. Viabilidad de reconocimiento de supraprincipio o principio absoluto del interés superior del niño en su núcleo esencial .....	136
4.2.3. Identificación del margen punitivo de aplicación.....	139
4.2.4. Propuesta de aplicación del interés superior del niño dentro del proceso penal .....	141
<b>4.3. TERCER EJE TEMATICO: DETERMINAR EL FUNDAMENTO LEGAL,             DOGMATICO, QUE PERMITA LA aplicación DEL INTERES SUPERIOR             DEL NIÑO PARA ATENUAR LA PENA EN DELITOS DE CORRUPCION             DE FUNCIONARIOS EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO PENAL</b>	<b>145</b>
4.3.1. Fundamento legal y dogmático .....	145
4.3.2. Evaluación de la propuesta de tesis mediante el análisis económico del derecho.....	149
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>158</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>160</b>
<b>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>161</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>169</b>

**Área de investigación:** Ciencias sociales.

**Línea de investigación:** Derecho.

**Sub línea:** Derecho Penal.

**Tema:** Delitos Contra la Administración Pública.

**FECHA DE SUSTENTACIÓN:** 22 de agosto de 2023



## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1.</b> Bienes jurídicos protegidos en delitos de infracción de deber.....	27
<b>Tabla 2.</b> Base fáctica de la investigación .....	45
<b>Tabla 3.</b> Interés superior del niño TC .....	76
<b>Tabla 4.</b> Interés superior del niño en delitos sexuales .....	93
<b>Tabla 5.</b> Interés superior del niño en delitos comunes.....	111
<b>Tabla 6.</b> Interés superior del niño en delitos de corrupción de funcionarios .....	116
<b>Tabla 7.</b> Interés superior del niño en el distrito judicial de Puno .....	124
<b>Tabla 8.</b> Propuesta de aplicación del interés superior del niño.....	142



## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1.</b> Precisión para discusión de resultados .....	53
<b>Figura 2.</b> Núcleo esencial del interés superior del niño.....	127
<b>Figura 3.</b> Carga procesal del Ministerio Público .....	153
<b>Figura 4.</b> Teoría de juegos del interés superior del niño.....	156



## LISTA DE ACRÓNIMOS

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC: Tribunal Constitucional del Perú.

TCE: Tribunal Constitucional Español

NCPP: Nuevo Código Procesal Penal

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

TAP: Terminación anticipada del proceso.

CEDH: Corte Europea de Derechos Humanos.

p: Página.

pp: Páginas



## RESUMEN

La presente investigación fundamenta la aplicación del principio del interés superior del niño dentro del proceso penal a efectos de disminuir prudencialmente la pena de su progenitor cuando éste es condenado como autor en los delitos de infracción de deber, por cuanto se determina que el interés superior del niño en este marco concreto es un principio absoluto. En concreto se pretende dar respuesta al siguiente problema principal: ¿Es posible aplicar el principio del interés superior del niño como factor de atenuación analógica de responsabilidad penal del sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios?, a fin de absolver dicho problema, se abordó mediante el siguiente objetivo general: Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño como factor de atenuación analógica de responsabilidad penal del sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios, disgregado en los siguientes objetivos específicos: a) Definir la naturaleza jurídica del interés superior del niño dentro del proceso penal; b) Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios; c) Determinar el fundamento legal, dogmático, que permita la aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios en cualquier etapa del proceso penal. La metodología empleada fue de enfoque cualitativo, se aplicó los métodos dogmático, sistemático y analítico. Con la aplicación de dicho marco metodológico, el investigador pone a disposición del conocimiento actual sólidas bases dogmáticas y legales que permiten disminuir la pena del padre/madre del menor y convertirla a prestación de servicios.

**PALABRAS CLAVES:** Interés superior del niño, disminución de pena, delitos de corrupción, principio absoluto, seguridad jurídica.



## ABSTRACT

This research supports the application of the principle of the best interest of the child in criminal proceedings for the purpose of prudentially reducing the penalty of the parent when the latter is convicted as a perpetrator in crimes of breach of duty, since it is determined that the best interest of the child in this particular context is an absolute principle. Specifically, the aim is to provide an answer to the following main problem: Is it possible to apply the principle of the best interests of the child as a factor of analogical attenuation of criminal liability of the perpetrator in crimes of corruption of officials? In order to solve this problem, the following general objective was approached: To determine the possibility of applying the best interest of the child as a factor of analogical attenuation of criminal liability of the active subject in crimes of corruption of public officials, broken down into the following specific objectives: (a) To define the legal nature of the best interests of the child within the criminal process; (b) To determine the possibility of applying the best interests of the child to mitigate the penalty in crimes of corruption of officials; (c) To determine the legal, dogmatic basis, which allows the application of the best interests of the child to mitigate the penalty in crimes of corruption of officials at any stage of the criminal process. The methodology used was of qualitative approach, the dogmatic, systematic and analytical methods were applied. With the application of this methodological framework, the researcher makes available to the current knowledge solid dogmatic and legal bases that allow reducing the penalty of the child's father/mother and converting it to the provision of services.

**KEY WORDS:** Best interest of the child, reduction of punishment, corruption offenses, absolute principle, legal certainty.



# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La presente investigación se ubica en el área de las ciencias sociales, en la línea de investigación del derecho y en la sub línea de investigación del derecho penal, abordando concretamente el tema el interés superior del niño y los delitos contra la administración pública.

El Tribunal Constitucional reconoce que el principio del interés superior del niño es un principio primordial frente a otros delitos no importa su tipología, la Corte Suprema interpreta en delitos comunes que cuando se condena al sujeto activo y éste resulta ser padre/madre de un niño, cumplidos ciertos requisitos, la pena debe disminuirse a efectos de asegurar que el niño pueda desarrollarse con plenitud para luego ser parte activa de la sociedad.

Sin embargo, *prima facie* el estado de la cuestión radica en que los pronunciamientos de la corte suprema resultan contradictorios entre si al delimitar si el interés superior del niño tiene o no aptitud para disminuir la pena del sujeto activo en los diferentes delitos, inclusive algunas jurisprudencias delimitan que al no ser el niño víctima, no se puede disminuir la pena. Y en concreto, resulta de particular interés para la presente investigación que los delitos de corrupción de funcionarios se fundamentan en principios constitucionales es decir, similar principio al del interés superior del niño, y por lo tanto la metodología de solución de este conflictos según el Tribunal Constitucional es la ponderación, sin embargo dicha metodología presenta dos problemas: 1) La Jurisprudencia a nivel general, pondera en uno u otro sentido, por lo que



en algunos casos se aplica el interés superior del niño y en otros no, 2) No pondera pero en algunos casos aplica el interés superior del niño y en otro no. Lo que vulnera no solamente al mismo interés superior del niño como principio absoluto, sino a la seguridad jurídica, que paradójicamente según el Tribunal Constitucional resulta otro principio constitucional.

Identificado el problema, la connotación de la misma resulta evidente dado que se trata de un problema constitucional-penal, lo cual tiene mucho sentido por cuanto nos encontramos ante la doctrina de la transversalización del derecho constitucional que irradia al proceso penal, con lo que la presente investigación desarrolla un nuevo análisis y reinterpretación de las reglas y principios dentro de nuestro sistema jurídico, a fin de proponer una teoría que realmente permita solucionar el conflicto entre estos principios constitucionales sin atisbos de arbitrariedades y subjetividades por parte de los órganos judiciales, interpretación que debe delimitarse según lo desarrollado por Luque (2022) que señala “Dentro de la dialéctica de la Ley penal, no puede haber interpretación sesgada porque tendríamos márgenes de impunidad terribles”.

En esa línea, el problema general se presenta cuando la jurisprudencia actual, en algunos casos considera que el interés superior del niño prima ante el ius puniendi del Estado de manera relativa, esto es disminuyendo la pena hasta por debajo del mínimo legal, y en otros no permite su disminución, y en cuanto a los delitos de corrupción de funcionarios, prácticamente no se pronuncia sino de manera aislada y poco convincente.

El primer problema específico se impone por su propio merito, a fin de aplicar el interés superior del niño, debe analizarse dentro de los parámetros de nuestro sistema jurídico jurisprudencial y doctrinal, cual es la naturaleza jurídica de dicha norma, a fin de determinar si es una regla, principio o algo más. Lo que permitirá establecer la correcta



forma de aplicación en el caso concreto de la determinación de la pena judicial.

El segundo problema específico deriva del primero sin embargo centra su importancia en proponer una teoría que observe adecuadamente la coherencia normativa constitucional y la unidad del ordenamiento jurídico peruano, solo en base a dicha observancia se puede proponer los requisitos concretos que se deben cumplir en el caso concreto a efectos de aplicar el interés superior del niño como principio absoluto a efectos de disminuir la pena en delitos de corrupción de funcionarios, teniendo presente también la naturaleza jurídica y alcances de este último.

El tercer problema específico deriva de la filosofía de la dogmática penal, en la cual las teorías se encuentran principalmente dirigidas a la resolución de casos concretos, por lo que en base a la propuesta teórica de aplicación de interés superior del niño en sede judicial, se permite discutir la misma en etapas procesales donde se discute la determinación judicial de la pena, es decir en la etapa de terminación anticipada, conclusión anticipada y prisión preventiva, con especial énfasis en el primero. Sin embargo, por el aporte teórico de la naturaleza jurídica, irradia el respecto máximo del interés superior del niño a lo largo de todo el proceso penal.

## **1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA**

En base a lo expuesto, el problema general y específico es:

### **1.2.1. Problema general**

¿Es posible aplicar el interés superior del niño como factor de atenuación analógica de responsabilidad penal del sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios?



### **1.2.2. Problemas específicos**

A partir de dicha formulación se enuncian tres problemas específicos:

- 1) ¿Cuál es la naturaleza jurídica del interés superior del niño en el proceso penal?
- 2) ¿Es posible aplicar el interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios?
- 3) ¿Cuál es el fundamento legal, dogmático, que permita la aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios?

### **1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO**

La presente investigación revela su importancia en base a lo siguiente:

Resulta necesario porque permitirá poner a disposición de la academia la naturaleza jurídica del interés superior del niño a efectos de delimitar su aplicación primordial en el caso concreto de la determinación judicial de la pena, porque permitirá establecer un criterio acorde a la filosofía de nuestro sistema jurídico, partiendo de dicha delimitación, permitirá una aplicación acorde a los estándares que el mismo Tribunal Constitucional considera y la Sentencia Plenaria Casatoria 01-2018/CIJ-433, respecto a una interpretación coherente con nuestro sistema procesal penal y que preserve la unidad del mismo.

En su ámbito práctico, permite que procesados y condenados por el delito de corrupción de funcionarios y tengan a su cargo a sus hijos menores, en prevalencia de los derechos de dichos menores, se disminuya su pena a fin de permitir que los mismos puedan desarrollarse con plenitud en la sociedad. Asimismo, permite que, identificado la



naturaleza jurídica y las condiciones de aplicación del interés superior del niño, dicha aplicación pueda irradiar a la terminación anticipada en mayor medida y a la conclusión anticipada y la audiencia de prisión preventiva.

#### **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **1.4.1. Objetivo general**

Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño como factor de atenuación analógica de responsabilidad penal del sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios.

##### **1.4.2. Objetivos específicos**

1. Definir la naturaleza jurídica del interés superior del niño dentro del proceso penal.
2. Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios.
3. Determinar el fundamento legal, dogmático, que permita la aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios en cualquier etapa del proceso penal.



## CAPÍTULO II

### REVISIÓN DE LITERATURA

#### 2.1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO

##### 2.1.1. A nivel internacional

Santamaría (2017), en su tesis doctoral titulado “La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional”, de la Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona-España. Concluye que: (...) 1. El interés superior del niño es un concepto jurídico que nació como principio abstracto en las legislaciones europeas del siglo XX y fue delimitando sus contornos hasta ser calificado de consideración primordial, alcanzar amplio consenso universal y ser coronado como cuestión de orden público en cuyo logro debían implicarse los poderes del Estado y todos los ciudadanos, cualquiera que fuese su relación con el niño” (p. 509).

##### 2.1.2. A nivel nacional

a) Rodríguez (2022) en su tesis “Interés superior del niño y disminución de punibilidad en delitos de violación sexual, en los juzgados supraprovinciales de San Martín, 2019-2021” para optar el grado académico de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo. Arribó a las siguientes conclusiones: “(...) 5.3. Si durante el juicio se ha logrado demostrar a través de la actuación probatoria que existen un menor de edad que depende del padre para su manutención y el acto sexual ha sido consentido por la agraviada, el colegiado impone penas por debajo del mínimo legal, por cuanto la regla debe ser la



permanencia del niño en su núcleo familiar, y de manera excepcional pueden ser separados (...) 5.4. Los juzgados supra provinciales de Tarapoto y provincial transitorio de Juanjuí, en los delitos de violación sexual de menor, dentro de los cuales se haya procreado hijos, en aplicación del Interés Superior del Niño como causa supra legal de disminución de punibilidad, están imponiendo penas por debajo del mínimo legal, según los escenarios de cada caso en concreto, permitiendo que el acusado obtenga una pena suspendida, sujeta a normas de conducta, protegiendo el derecho del menor a desarrollarse dentro de una familia compuesta por sus padres” (p. 37).

**b)** Mendoza (2022) en su tesis “Interés superior del niño y el adolescente en la aplicación preventiva de los progenitores procesados, Tumbes-2022”, para optar el título de Abogada por la Universidad Nacional de Tumbes, concluyó que: “(...) 1. Conforme a las disposiciones legales vigentes en nuestro país, la aplicación del interés superior del niño y el adolescente se encuentra garantizada para dos situaciones 1) cuando los menores son víctimas o testigos de un delito o infracción penal, 2) cuando los menores son autores o coautores de infracciones; Sin embargo, ni en el Código Penal, ni en el Nuevo Código Procesal Penal, existen disposiciones adecuadas sobre el interés superior del niño y el adolescente en la aplicación de la prisión preventiva de progenitores presos preventivos. 2. El voto singular del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, desarrollado en los fundamentos jurídicos número 54 al 59 de los expedientes N°04780-2017-PHC/TC y N°00502-2018-PHC/TC, es el primer precedente jurídico, sobre la adecuada valoración del principio de interés superior del niño y el adolescente, en los casos de progenitores merecedores de la medida cautelar de prisión preventiva.



3. La percepción jurídica de los integrantes de los Juzgados de Investigación Preparatoria y de las Fiscalías Provinciales Mixtas de Tumbes, sobre si el interés superior del niño y el adolescente, protege a los niños y adolescentes, cuyos progenitores sean merecedores de una prisión preventiva, es positiva. 4. La percepción jurídica de los integrantes de los Juzgados de Investigación Preparatoria y de las Fiscalías Provinciales Mixtas de Tumbes, sobre, si la prisión preventiva lesiona el derecho a la familia de los niños y adolescentes, es indeterminada.” (p. 73).

c) Sernaque (2021) en su tesis “El interés superior del niño en la constitución de 1993”, para obtener el grado de maestro en derecho con mención en derecho constitucional, concluyó que: “7. La norma establece que 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, así como el respeto por sus derechos (...) 9. El Tribunal Constitucional peruano ha indicado que los tribunales de justicia únicamente invocan el principio del interés superior del niño, sin desarrollar el tema y estiman que de esta manera justifican tan elevado derecho; violando así la garantía y protección que nuestro marco legal brinda al menor (...) 11. Al interés superior del niño se le asignan tres conceptos: “es un derecho, un principio y una norma de procedimiento” - Al ser un derecho se debe considerar que prime el interés superior del niño al momento de decidir sobre una determinada situación que les pueda afectar. - Es un principio, ya que permite completar vacíos o lagunas



legales, sea para la promulgación de nuevas normas o para adoptar medidas necesarias en caso no exista norma expresa al respecto. - Es una norma de procedimiento ya que, siempre se debe adoptar decisiones que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de las medidas adoptadas para con los menores; otorgándoles las garantías procesales necesarias acordes al interés superior del niño” (pp. 78,79)

**d)** Sotelo (2019) en su tesis “El interés superior del niño frente a la seguridad jurídica procesal” para optar el grado académico de magister en derecho con mención civil y comercial, por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga. Concluyó que existe relación directa entre el interés superior del niño y el Derecho a la Tutela Jurisdiccional en la seguridad jurídica procesal, delimitando el mismo como criterio supremo de evaluación a fin de “garantizar el desarrollo de este interés superior del niño en el sistema jurídico nacional” (p. 78)

**e)** Calderón (2018) en su tesis “El principio del interés superior del niño como principio garantista en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos en el Perú”, para optar el título profesional de Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Ancash, concluyó que: “(...) 5. La formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas



públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática (...) 6. El interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores. Debe destacarse que esta propuesta permite evitar que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención (...) 7. Cualquier limitación a un derecho del niño esgrimiendo el interés superior del niño deberá fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención" (pp. 133,134).

f) Velásquez (2022) en su "Informe jurídico: el interés superior del niño en el marco de un proceso penal" trabajo de suficiencia profesional para optar el título de abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la parte pertinente a la presente investigación concluyó: "(...) 6. El Tribunal estimó que lo que se pretendía proteger no era la libertad, sino el interés superior del niño, motivo por el cual reconvirtió la demanda de habeas corpus a una de amparo en base a 6 reglas principales (...) 9. La sentencia objeto de análisis actúa a favor de la niñez y adolescencia de manera innovativa al visibilizar por primera vez en sus tribunales la necesidad de que los fiscales y otras autoridades incluyan el interés superior del niño en sus decisiones en todo aquello que involucra directa o indirectamente a niñas, niños y adolescentes" (p. 42).



### **2.1.3. A nivel local**

No existen temas al respecto.

## **2.2. MARCO TEÓRICO**

### **2.2.1. Contexto**

La presente investigación se ubica dentro del ámbito del derecho penal, específicamente analiza la adecuada dosimetría penal del sujeto activo en los delitos de infracción del deber, cuando éste último tiene a su cargo un niño que depende de éste. Teniendo presente que el marco conceptual define los términos más importantes que se han enunciado dentro del problema de investigación (Solís Espinoza, 2022, p. 199), además, dado que la presente investigación encuentra base en la dogmática actual, acorde a Tantaleán et al. (2022) se tiene en cuenta su elaboración en base a proposiciones normativas obviando la pura recopilación de textos legales. (p. 111)

Siendo así, se cumple con el fin que desarrolla Hernandez (2018) el cual refiere que el marco teórico tiene como objeto exponer de manera sistemática las investigaciones previas, teorías al respecto, que permitan contextualizar y orientar el estudio de la presente investigación a fin de permitir una discusión de resultados, lo que permite la viabilidad y confianza de las conclusiones a las que arribaremos. (p. 70)

Adicionalmente, hacemos la siguiente precisión en el presente desarrollo, cuando hagamos referencia a los delitos de corrupción de funcionarios, en determinadas ocasiones también lo denominaremos delitos de corrupción de funcionarios, ello porque ambos conceptos en esencia consideramos que delimitan



el mismo contenido conceptual.

### **2.2.2. Delitos de infracción de deber**

Roxin (2016, p. 344) considera que los delitos de infracción de deber son metodológicamente distintos de los delitos de dominio del hecho, puesto que solo un intraneus puede ser autor de este tipo de delitos, siendo así, la definición de autor no se realiza en base a su condición de funcionario público, sino en base al deber especial que dicha condición le confía; por lo tanto, no cualquier hecho que este realice como funcionario público sería tratado como delito de infracción de deber, dicha calificación es reservada exclusivamente a un hecho delictivo que tenga directa vinculación con los deberes funcionales que le ordenaron resguardar.

Bajo la misma filosofía, nuestra doctrina nacional de la mano de Salinas (2019) considera que en los delitos de infracción de deber, la figura central objeto de análisis es que el hecho objeto de imputación se encuentra vinculado a su autor por un deber penal especial, la verificación de la infracción de este deber especial fundamenta la sanción penal prevista por Ley (p. 26).

La diferencia metodológica, es tal que el mismo autor señala: “En efecto, aquí es preciso dejar establecido que en los delitos especiales, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.), en tanto que los delitos comunes o de dominio, los bienes



jurídico que se pretenden proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, el derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, el derecho a un ambiente equilibrado en los delitos ambientales, etc.)”. (p. 24)

### **2.2.3. Naturaleza del bien jurídico protegido en los delitos de infracción de deber**

Roxin (2013) desarrolla expresamente que los bienes jurídicos “han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad” (p. 05). Dicho autor inclusive diferencia entre bienes jurídicos individuales y colectivos, citando a Frister, desarrolla “Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo”, la única diferencia entre derechos individuales y colectivos sería que la afectación a un bien jurídico individual (privado) es inmediato, mientras que la afectación a la colectividad sería mediata o posterior. (p. 06)

Salinas (2021) citando la STC en los expedientes acumulados 009-2007-AI-TC y 010-2007-AI-TC como en el expediente 0017-2011-PI/TC-Lima, señala que reprimir cualquier acto de corrupción tiene protección constitucional mediante el llamado “principio constitucional de proscripción de la corrupción”

(fundamento 58 del expediente acumulado 009-2007-AI-TC y 010-2007-AI-TC). Asimismo, considera que dicho fundamento constitucional tiene base en que la comisión de un delito de infracción de deber afecta la existencia del mismo Estado puesto que afecta el bien común de quienes nos encontramos dentro del mismo, por lo tanto, este bien jurídico objeto de protección resulta preponderante en la aplicación de las normas penales (pp. 329-330). Sostiene también que el bien jurídico en los delitos de infracción de deber se representa por medio de deberes y principios, y la protección es a doble nivel: general y específico, es decir que el bien jurídico general protegido en todos los delitos de infracción de deber es el “normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública” y el bien jurídico específico resulta particular a cada delito. (p. 331)

Dicho autor precisa que cada bien jurídico específico por cada delito de infracción de deber es el siguiente, el cual para fines didácticos se encuentra precisado en la siguiente tabla (pp. 164 y 331-333)

**Tabla 1.** Bienes jurídicos protegidos en delitos de infracción de deber

<b>Delito</b>	<b>Bien jurídico protegido</b>
<b>1</b> Colusión.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Principios de transparencia, integridad y trato justo al postor en el sector de las contrataciones y concesiones del Estado.</li></ul>
<b>2</b> Peculado.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Principio o deber de no lesionar el patrimonio del Estado.</li></ul>
<b>2</b> Cohecho.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Deber de imparcialidad y gratuidad del acto público.</li></ul>
<b>3</b> Negociación incompatible.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Deber de lealtad y probidad de los funcionarios y servidores públicos.</li></ul>



4	Malversación de fondos.	• Principio de legalidad presupuestal.
5	Enriquecimiento ilícito.	• Principio de no enriquecerse a costa de la función pública.
6	Abuso de autoridad.	• Principio de autoridad.

#### 2.2.4. Filosofía de la determinación de la pena en el sistema procesal peruano

La (Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2018/CIJ-433) considera que la pena, desde la ciencia penal actual y las investigaciones que la sustentan, es una “necesidad social para evitar males mayores”, por cuanto más allá de las concepciones absolutas y relativas que sustentan nuestra filosofía punitiva lo que realmente prepondera es: **1)** El Derecho Penal, cuando se ha infringido una norma debe proceder de manera ordenada a fin de individualizar adecuadamente la pena, **2)** Cuando se quebranta el Derecho Penal, se genera un daño social a niveles variados, lo que se condice con los posibles fines de la pena, estos fines dependen de: **a)** La distinción entre los delitos, por cuanto no es lo mismo un delito de violación sexual que un delito de homicidio, corrupción o de terrorismo, porque en el primero el daño y alarma social que genera resulta mucho más alto al segundo donde se consideran primordialmente factores, sociales, ideológicos y otros, **b)** Las circunstancias del caso particular a efectos de determinar la necesidad y el nivel de pena a imponer (f. 12). En ese sentido, nuestra filosofía penal peruana se inspira en las llamadas teorías mixtas de la pena, considerando la misma como: retribución justa de la responsabilidad penal, como prevención



general, prevención especial. (f. 13)

Mendoza (2019) parte de la base que la constitución como conjunto de normas-regla y normas-principio configuran el llamado programa penal de la constitución de contención, lo que implica la adopción y aplicación de postulados político-jurídicos y político-criminales que tanto el legislador como el Juez han de interpretar las leyes que corresponde aplicar, interpretación dirigida a una filosofía de contener/limitar el desbordamiento del poder punitivo. (p. 96-97)

### **2.2.5. La causal de disminución de punibilidad analógica de la pena**

Mediante la casación Nro. 274-2020 Puno de fecha 09 de diciembre de 2020 (Caso Walter Aduviri Calisaya), la Corte Suprema desarrolla la institución de la causal de disminución de la punibilidad analógica, señalando que la misma es una institución con la suficiencia para modificar el contenido de las categorías del delito desde el injusto hasta la punibilidad; basado en derechos fundamentales que tienen como origen normas convencionales y por ende se aplican sin la necesidad de una Ley expresa que la sustente. En concreto se hace uso de la analogía *in bonam partem* para las dilaciones indebidas y el interés superior del niño a efectos de reducir una pena por debajo del mínimo legal. El aporte metodológico/operativo de dicha jurisprudencia es que se reduce la pena del sujeto activo por el delito de disturbios (de pena efectiva a pena suspendida), teniendo presente la cultura a la que pertenece éste y que según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, las penas a los integrantes que se engloban en dicho Convenio deben ser distintas a las penas efectivas; para dicho fin se deben tener en cuenta los requisitos del artículo 57° del Código Penal: **1)**



Magnitud de los daños, **2)** Afectación a la paz pública, **3)** Condiciones personales del imputado, **4)** Ausencia de antecedentes, **5)** Lo que representó la protesta para los aimaras, **6)** Lo que el Estado aceptó de sus reclamos.

### **2.2.6. El principio del interés superior del niño**

A nivel constitucional, el principio de interés superior del niño, ha encontrado desarrollo dentro del principio de protección integral del niño, en concreto la Declaración de los Derechos del Niño, en su sexto principio fundamental, establece taxativamente: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material ...”

Respecto del interés superior del niño, específicamente en su artículo 3°, desarrolla: “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior de niño...”

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico fundamental, el artículo 4° desarrolla: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”, al respecto el Tribunal Constitucional mediante la resolución recaída en el expediente N.º03247-2008-PHC/TC del 14 de agosto de 2008, caso del menor J.V.C.B. contra la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Canchis-Sicuani de la Corte Superior de Justicia de Cuzco, desarrolla, respecto a los intereses de la presente investigación: **a)** Que el interés superior del niño es un concepto



específico y determinado (p. 03), **b)** Que el Estado y la sociedad, se encuentra obligados a adoptar e implementar con el carácter de prioritario, la educación, salud, justicia, seguridad jurídica, entre otros análogos, **c)** Se debe construir un sistema de protección de sus derechos basados en la constitución y las Leyes, dado que las instituciones públicas no responden en satisfacer plenamente sus necesidades.

El artículo 11° del Código de los Niños y Adolescentes, desarrolla: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.”

Debe tenerse presente que ese sentido de especial protección, o interés superior del niño, según la STC N.º02079-2009-PHC/TC, tiene las siguientes especiales características: **1)** Se entiende por niño a toda persona menor de 18 años (fundamento 8), **2)** Absolutamente cualquier medida que el Estado, inclusive las entidades privadas, adopte y que involucre a niños, es imperativo que se dé atención prioritaria al interés superior del niño (fundamento 9), **3)** Ante un eventual conflicto con el principio del interés superior del niño, prevalece éste en razón a que la esencia de que su interés superior es que éste mismo no puede ejercerlos por sí mismo por el nivel de desarrollo en que se encuentra, por lo tanto no puede oponer resistencia o responder ante un agravio (fundamento 13), **4)** Este principio del interés superior del niño tiene fuerza normativa y debe ser concebido como vértice de interpretación de derechos (fundamento 14), **5)** No se puede



validar cualquier acto que el Estado realice con el pretexto de observar el interés superior del niño, sino debe evaluarse a la luz de cada caso concreto (fundamento 17).

Eto (2022) considera que el interés superior del niño tiene, además de la especial consideración a su desarrollo, se considera muy especialmente sobre el desarrollo de su personalidad, lo que implica que cuando el niño tenga que ser excepcionalmente alejado de sus padres, el Estado debe dirigir sus esfuerzos a que dicho menor se desarrolle en un ambiente con afecto, comprensión, felicidad, seguridad y responsabilidad, postura que encuentra asidero en los instrumentos internacionales. (p. 347)

Se debe tener presente que el TC en la sentencia N.º07326-2013-PHC/TC, desarrolla que uno de los derechos fundamentales del niño es a tener una familia, sin embargo, de manera implícita dicho derecho se encuentra vinculado de manera directa a los principios fundamentales de dignidad de la persona, a la vida, identidad, integridad personal, libre desarrollo de la persona, bienestar de la persona y disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. Sin embargo, de no existir estabilidad y bienestar en la relación paterno filial, este derecho no podría ejercerse de manera adecuada. (fundamento 5)

### **2.2.7. El principio de interés superior del niño dentro del proceso penal peruano**

La Corte Suprema de Justicia de la República, mediante el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, pronunciaron la (Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2018/CIJ-433), y desarrolló y



estableció principios jurídicos vinculantes, en esta jurisprudencia se analiza el delito de violación sexual en agravio de menores y en lo pertinente a lo investigado se establece que el interés superior del niño es una causa de disminución de pena, sin embargo al analizar el delitos de violación sexual, se limita a establecer dicha institución como reconocida en nuestro sistema procesal penal, pero no desarrolla los alcances para los demás delitos.

### **2.2.8. La condición del niño dentro del proceso penal**

Para Flores (2004) desde un punto de vista victimológico, el niño por razón de su edad es indefenso, confiable, particularmente débil por edad, por lo tanto, ante una situación de conflicto es una víctima indirecta del delito que solo tiene relación con el delincuente a nivel biológico pero sufre las consecuencias de la pena dentro de sí.

### **2.2.9. Conflictos entre principios jurídicos**

Teniendo presente que la doctrina resulta unánime en señalar que quien mejor ha trabajado los conflictos entre principios es Robert Alexy, inclusive dentro de nuestro ordenamiento somos herederos de tales posturas, debemos partir de su concepción más reciente de los principios (2022) donde a fin de esclarecer su postura, recurre a tres tesis, **partiendo de la tesis de optimización**; plantea que los principios son mandatos de optimización puesto que pueden ser satisfechos en diferente grado en función a la posibilidad fáctica y jurídica del hecho, mientras que las reglas son mandatos definitivos, entonces, dicha distinción resulta cualitativa y permite establecer que toda norma o bien es una regla o principio. **Respecto de la tesis de colisión**, considera que la distinción entre reglas y



principios se hace más categórico cuando se presentan conflictos entre las propias reglas o los propios principios, en cuanto a la primera solamente puede ser solucionado: **a)** Si se introduce una cláusula que exceptúe a una de las reglas, **b)** Si se declara la invalidez de una de las reglas; respecto al conflicto entre principios se resuelve mediante la Ley de la colisión, que desarrolla que en el conflicto entre principios no pueden existir relaciones prevalencia absoluta, sino solamente relaciones de prevalencia condicionada, la tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta. **Respecto a la tesis de ponderación**, señala que la finalidad de la ponderación es que estos mandatos de optimización exigen que los principios tengan “realización máxima” de su objeto respetando su posibilidad fáctica y jurídica, señalando que “la ponderación resulta indispensable cuando la satisfacción de un principio significa la insatisfacción de otro, esto es, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro”. (pp. 51-58)

Eto (2022) considera que dentro de la estructura interna de las normas constitucionales de nuestro sistema jurídico peruano se puede diferenciar la siguiente calificación de normas constitucionales, que no responden a criterios de verdad o falso, sino a una aplicación correcta o incorrecta de las mismas, la misma que determina su nivel de eficacia: **a) Normas declarativas o verdaderos principios constitucionales**, puesto que aunque muchas de estas “normas” se quedan en mera inspiración constitucional, cuando se identifica una cláusula principista y su interpretación, se constituyen como pautas de obligatorio cumplimiento. Se puede identificarlas dentro de los derechos sociales, económicos y culturales. **b) Normas operativas**, o las que no requieren de



intermediación del Estado a efectos de cumplirse, porque por su propia naturaleza, se cumplen solas, **c) Normas programáticas**, o aquellas normas cuya vigencia se encuentra condicionada a reglamentación y desarrollo (pp. 146-147).

El mismo autor, si bien es cierto parte de la concepción de Alexy y Atienza, señala que los principios no solo constituyen pautas de interpretación axiológica para resolver controversias, sino inclusive cuando estos principios se positivizan dentro del ordenamiento constitucional se denotan como “principios positivos superiores” que permiten esclarecer una propia norma y su propia legislación infraconstitucional. (p. 148)

Considera también que las principales características de los principios constitucionales son: **a)** Su fórmula enunciativa no tiene precisión, **b)** Afectan directa o indirectamente el sistema jurídico a través de la interpretación, **c)** permiten identificar la esencia de la constitución, **d)** Actúan como barreras infranqueables sobre regulaciones (p. 149).

#### **2.2.10. La ponderación**

**a) Definición.** En palabras de Chano (2022) y precisando el concepto de Alexy, considera que la ponderación es “una estructura metodológica compleja utilizada por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre principios y justificar la relación de prevalencia condicionada existente entre dos bienes constitucionalmente protegidos” (p. 241). Señala también que el Tribunal Constitucional Español usa dicho método para 3 situaciones: **1)** Para resolver conflictos entre derechos fundamentales, en especial para los recursos de amparo, **2)** Como límite para la actuación de las entidades públicas a fin de que no tengan



injerencia en derechos y libertades de las personas, **3)** Como filtro de validez de las leyes y normas que limiten derechos fundamentales. (p. 245)

En la misma Línea de Alexy, Atienza (2021) precisando que si bien considera que la tesis de fondo de Alexy es acertada pero la presentación que hace de la misma es poco “afortunada”, considera que la ponderación esencialmente es un procedimiento argumentativo que consta de dos fases: **a) La primera**, se parte de una regla general abstracta a fin de establecer una regla concreta, **b) La segunda**, se realiza la subsunción del hecho a la regla concreta (pp. 23-24). Desarrolla también que resulta necesario ponderar cuando el Juzgador, a efectos de resolver un caso, le es imposible partir de una regla a efectos de subsumir el hecho, esto ocurre cuando: **1)** Existe una laguna normativa para el hecho, **2)** La regla aplicable resulta inadecuada, **3)** Resulta dudoso la existencia de una regla que regule de manera satisfactoria el hecho, no debe incluirse en este caso supuestos de contradicción entre reglas porque las mismas se resuelven mediante las llamas antinomias normativas (p. 28). Resulta de especial trascendencia para la presente investigación, que el mismo autor considera que la ponderación no se debe a un defecto del legislador, sino que el mismo no considera conveniente establecer reglas muy específicas puesto que pueden surgir circunstancias que no se encuentren previstas y volver obsoleta la regla; por lo tanto, se prefiere que ponderen los tribunales en cada caso concreto a hacerlo este in abstracto. (p. 29)

#### **b) Situación actual de la ponderación.**

**En España**, Chano (2022) citando la STC 161/1997 de 2 de octubre, la STC 136/1999 del 20 de julio, la STC 214/1991 del 11 de noviembre, señala que el TCE considera dos aspectos objeto de análisis a efectos de ponderar; **1)** Analizar



el impacto y efectos de la ponderación (ponderación entre beneficios y desventajas), 2) Se pondera bienes nítidamente identificados (p. 247). Considera que a fin de evitar la subjetividad en la ponderación, se debe tomar en cuenta “cualquier indicador que permita fijar los parámetros de la proporcionalidad de los efectos será tenido en consideración como garantía de la seguridad jurídica del control de la constitucionalidad”. (p. 249)

**En Colombia,** Cabrera (2020) sostiene que la ponderación constitucional es una operación racional que examina las ventajas y desventajas de derechos de rango constitucional que se encuentra en conflicto a fin de alcanzar una solución razonable, su contrapeso a fin de evitar el activismo judicial el subjetivismo es la argumentación jurídica (p. 07).

**En Perú,** Burga (2011) considera que si bien, la teoría predominante a fin de tratar conflictos constitucionales es la ponderación, el avance de los derechos fundamentales revela la necesidad de legislar algunos aspectos referidos a estos principios constitucionales y sus conflictos, con el fin de cumplir el programa constitucional de manera adecuada, además que concluye que la ponderación se utiliza de manera inadecuada. (p. 253-267)

### **2.2.11. Críticas a la metodología de la ponderación**

Para (García Salgado, 2019) la ponderación ha sido objeto de crítica desde Kelsen que señala que dicha fórmula ponderativa no resulta objetiva porque no analiza dentro del sistema de normas por qué la interpretación que realiza de otorgar mayor valor a una norma resulta preponderante a la otra, por lo tanto las sentencias judiciales donde se utiliza, el juzgador tiene amplio margen para decidir



conforme crea conveniente. (p. 290)

En el mismo sentido crítico, García (2019) sostiene:

“la expresión 'ponderación' tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar o bien es pesar. Tomo por ejemplo un lápiz y me pregunto cuál es su peso. Si tengo algún aparato para pesar y lo utilizo, puedo saber cuál es el peso del lápiz y que no tenga con qué pesarlo. En tal caso, lo sopeso en mi mano y, con base en mi personal experiencia y en mi sensibilidad a esos efectos, le asigno un peso aproximado. Diré, por ejemplo, que el lápiz pesa 50 gramos. Es posible que haya acertado, pero es más probable que me haya equivocado, sea en poco o bastante, en cualquier caso, mi juicio 'este lápiz pesa 50 gramos' como acreditarse como verdadero o como falso. El lápiz pesa objetivamente lo que pes, no lo que yo diga que pesa, y si quiero salir de dudas y comprobar si estoy o no en lo cierto con aquel juicio mío, solo tengo que echar mano de una balanza suficientemente precisa.” (pp. 23-24)

Sin necesidad de profundizar el tema, por cuanto la crítica respecto a la metodología de la ponderación es clara, le otorga un gran margen de discrecionalidad al juez, que solamente se encuentra “limitado” por el sistema jurídico, lo que no escapa al proceso penal conforme lo desarrolla el maestro Celis Mendoza.

### **2.2.12. Transversalización del derecho constitucional**

Para Eto, (2022) el concepto de transversalización implica una visión del mundo a fin de entender todo lo que ello implica, es decir pretende conocer la realidad ontológica (p. 64). En el ámbito constitucional, sostiene que el llamado



fenómeno jurídico se ha constitucionalizado prácticamente a todas las disciplinas que abarca nuestro sistema jurídico, lo que implica que la constitución atraviesa al derecho penal a fin de convertirlo en derecho procesal penal constitucional, lo que permite, entre otros, uniformizar la constitución a fin de responder mejor a las expectativas de la sociedad. Por lo tanto, manifiesta que las normas constitucionalizadas implican que los principios que este reconoce se encontrarán presentes y orientarán a las demás normas jurídicas con las que se interrelacionen (p. 129)

### **2.2.13. La interpretación constitucional**

Aguiló (2021) otorga especial consideración al papel de la interpretación de la parte dogmática de la constitución a fin de (entre otros) identificar el correcto significado de las normas constitucionales que integran nuestro sistema jurídico. (pp. 52-56)

Por su parte, Janampa (2021) considera que la interpretación constitucional presenta particularidades porque dentro de las normas de una constitución se deben interpretar conflictos entre reglas y principios, las cuales también tiene su propia carga teórica a fin de resolverse por uno u otro sentido (p. 157). Por lo que identifica dos técnicas de interpretación constitucional que son la concretización y la ponderación, que si bien se asemejan a la interpretación ordinaria, son distintas por cuanto la interpretación constitucional supone además de interpretar un criterio literal o sistemático, una interpretación moral de la constitución que tiene mayor rendimiento al momento de interpretar conflictos entre principios (pp. 185-190). Resulta de especial consideración que dicho autor



considera que no existe un autor o teoría específica a fin de realizar dicha interpretación, por lo tanto, la misma no es unívoca sino dependerá del diseño estructural de la constitución (pp. 191-193).

#### **2.2.14. Teoría del derecho que asume el Tribunal Constitucional peruano**

Para el profesor universitario Morales (2005) quien estudió e investigó sobre la teoría del derecho que asume el Tribunal Constitucional peruano, sostiene que dicha institución si bien tiene afán de consolidar el Estado Constitucional de Derecho, sus pronunciamientos no se condicen con ello. El problema es que respecto al tratamiento de la norma jurídica, el TC no desarrolla lo que entiende por dicho concepto, y asume que dicha definición ya viene dado pero no analiza en que consiste y sus repercusiones dentro de nuestro sistema jurídico, considera que ello es sumamente importante por cuanto situaciones y conflictos específicos tendrían indeterminación resolutive, por lo tanto corresponde al juzgador “inferir” lo que quiere decir el supremo interprete, lo que claramente no permite una óptima solución de casos concretos. (pp. 189-197)



## CAPÍTULO III

### MATERIALES Y MÉTODOS

#### 3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1. Enfoque de la investigación

En la investigación realizada se ha empleado el enfoque de investigación cualitativa. Se empleó el **enfoque cualitativo**, pues, en palabras de Nizama y Nizama (2020), hace posible que el investigador realice críticas, cuestionamientos y sugerencias respecto a una realidad jurídica-factual con autoridad. Este requiere de un posicionamiento personal y analítico sobre el problema estudiado. (p. 88)

La justificación de dicho enfoque viene de la tipología de los problemas jurídicos que abarcó la presente investigación, centrada en el problema nuclear que se investigó que es la correcta interpretación y aplicación del interés superior del niño y su conflicto y solución con los delitos de corrupción de funcionarios a fin de determinar una pena concreta por debajo del mínimo legal que permita su conversión, según Arce (2022) ello es un problema en la **descripción de la norma** por lo que el investigador “tratará de traducir el mandato del legislador sistematizando todas las normas jurídicas contenidas en un precepto legal, interpretando cada norma o sistematizando el ordenamiento jurídico como marco interpretativo de la normas” (p. 50). Lo que incidirá directamente en la promoción de fundamentos teóricos para la solución de este caso concreto. Ahora dado que se esgrime el fundamento legal y/o dogmático para la correcta aplicación del interés superior del niño, este es un problema en **la aplicación** de la norma que según Arce (2022) permite que las regulaciones de un sistema normativo puedan



ser aplicadas en la realidad concreta, analizando en concreto los criterios jurisprudenciales (que como fuente dogmática siempre se encuentran sustentadas en doctrina autorizada). Además, según Fernandez et. al. (2015) dado que en el Derecho Penal se encuentra extendido que tanto la investigación básica como la aplicada deben formar parte de ella porque conforman dicho sistema, se orientará dicha investigación teniendo en cuenta dicho desarrollo. Lo que guarda estricta observancia a la formación dogmática penal del investigador, por cuanto Mamani Luque (2022) considera que la creación de la dogmática penal responde a la solución de casos concretos, que ese es tu principal cometido.

En ese sentido, la presente investigación abarca el análisis jurisprudencial y teorías doctrinarias, a los que se les debe otorgar un tratamiento, es decir un análisis crítico teórico-jurídico, por lo tanto no se orienta a identificar datos cuantitativos, sino desarrollar en mayor medida las instituciones jurídicas advertidas en el marco teórico, para a partir de ello realizar una reinterpretación del estado de la cuestión y proponer nuevas tendencias a fin de contribuir al respecto irrestricto de los principios fundamentales y la seguridad jurídica.

### **3.1.2. Diseño de la investigación**

El tipo de diseño usado en la investigación es el **jurídico dogmático**, teniendo presente que se estudia una institución jurídica en concreto el cual es el interés superior del niño, en ese sentido según Arce (2022) “El tema-problema central de la dogmática es interpretar las normas ya existentes”, asimismo que, “El método dogmático es el que permite conocer ¿qué dicen las normas? Por lo que es el método por excelencia de la ciencia jurídica” (p. 66).



### **3.1.3. Tipo de investigación**

El estudio corresponde a la investigación básica o teórica. Este tipo de investigación de caracteriza esencialmente, según Relat (2010), por crear teorías, siendo así aporta novedosos puntos de vista a una rama específica del conocimiento científico (p. 221).

Esta investigación analiza la dogmática jurídica, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico respecto a interés superior del niño realizando un aporte teórico al derecho, guardando estricta observancia a la coherencia y unidad normativa de nuestro sistema procesal penal.

## **3.2. OBJETO DE ESTUDIO**

Precisando que el objeto de estudio es el estado concreto de una realidad jurídica o problema jurídico concreto que el investigador pretende describir, criticar, delimitar y. El objeto o eje de estudio sobre la que reposa la presente investigación se encuentra delimitada a analizar la institución jurídica del interés superior del niño y su conflicto con los delitos de corrupción de funcionarios en la determinación de la pena, lo que en base a lo desarrollado en la presente investigación nos permitirá conocer nuevas cualidades y determinaciones que anteriormente eran desconocidos y confusos.

En ese sentido, la presente tesis nos permitirá conocer en mayor profundidad el principio de interés superior del niño, lo que contribuye a plantear soluciones para el respeto absoluto de dicho principio constitucional que irradia al proceso penal y en concreto a la determinación judicial de la pena.

Siendo así, el objeto de la presente investigación es: Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño como factor de atenuación analógica de pena del



sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios.

### **3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO**

El ámbito de la presente investigación se encuentra delimitada en base a las teorías dogmáticas sobre el interés superior del niño, los delitos de infracción del deber, los conflictos entre reglas y principios, como irradian dichos conceptos en la determinación judicial de la pena, lo que conllevó al análisis de las teorías nacionales y extranjeras, así como la jurisprudencia de nuestro sistema jurídico, la cuales se recopilaron, revisaron, se analizaron y los resultados se presentan en líneas posteriores, se debe tener presente que al tratarse de una investigación cualitativa no tiene un ámbito temporal específico, sin embargo, se precisa que toda la investigación se desarrolló desde el segundo semestre del año 2022 hasta el presente.

#### **3.3.1. Casos seleccionados a fin de acreditar la base fáctica de la investigación**

A fin de permitir una investigación integral que posibilite enfrentar el estado de la cuestión no solo a nivel teórico-filosófico, sino a nivel práctico conforme a la filosofía de la dogmática penal, se realizó una intensa búsqueda de los principales casos que conocieron el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, la Corte Superior del Justicia de Puno, lo que posibilita una discusión de resultados fiable, por lo tanto la tesis que se sostiene se encuentra fundamentado en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales peruanos conforme a la siguiente tabla.



**Tabla 2.** Base fáctica de la investigación

<b>CASOS:</b> Análisis del interés superior del niño en la jurisprudencia peruana.		
<b>FUENTE:</b> Jurisprudencia TC, Corte Suprema y Distrito Judicial de Puno.		
<b>ELABORACION:</b> Propia.		
<b>CASOS</b>		
<b>TC</b>	<b>CORTE SUPREMA</b>	<b>PUNO</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Expediente N.º0298-96-AA/TC, S-993.</li> <li>2. Expediente N.º6165-2005-HC/TC.</li> <li>3. Expediente N.º03744-2007-PHC/TC.</li> <li>4. Expediente N.º02132-2008-PA/TC.</li> <li>5. Expediente N.º01817-2009-PHC/TC.</li> <li>6. Expediente N.º01587-2018-PHC/TC.</li> <li>7. Expediente N.º00616-2018-PA/TC, Pleno. Sentencia 210/2022.</li> <li>8. Expediente N.º00956-2022-PHC/TC. de fecha 29 de marzo de 2023.</li> <li>9. Expediente N.º2696-2021-PA/TC.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Acuerdo Plenario N.º1-2015/CIJ-116.</li> <li>2. Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2018/CIJ-433.</li> <li>3. Recurso de Nulidad N.º3495-2015-Ancash.</li> <li>4. Recurso de Nulidad N.º761-2018-Apurímac.</li> <li>5. Recurso de Nulidad N.º2004-2019-Lima.</li> <li>6. Recurso de Nulidad N.º2217-2019-Junín.</li> <li>7. Recurso de Nulidad N.º679-2020-Apurimac.</li> <li>8. Casación N.º1465-2022-Selva Central.</li> <li>9. Recurso de Nulidad N.º1434-2022.</li> <li>10. Revisión de Sentencia N.º380-2020-Ucayali.</li> <li>11. Recurso de Nulidad N.º2341-2018-Lima.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Resolución Nro. 05-2022 tramitado en el expediente 02323-2021-45-2111-JR-PE-01.</li> <li>2. Sentencia de Vista N.º170-2022</li> <li>3. Sentencia de Vista N.º. 256-2022.</li> <li>4. Expediente N.º2209-2022-68-JR-PE-04.</li> </ol>



<b>10.</b> Expediente N.º00005-2020- AI/TC.	<b>12.</b> Casación N.º1348- 2019-Puno. <b>13.</b> Recurso de Nulidad N.º109-2022. <b>14.</b> Casación N.º1067- 2022-Huancavelica. <b>15.</b> Recurso de Nulidad N.º291-2022-Lima. <b>16.</b> Recurso de Nulidad 1966-2022-Lima Sur. <b>17.</b> Recurso de Nulidad N.º1006-2022-Lima Sur. <b>18.</b> Recurso de Nulidad N.º1823-2022-La Libertad. <b>19.</b> Recurso de Casación N.º1068- 2021-Puno. <b>20.</b> Apelación N.º29- 2023-Cuzco. <b>21.</b> Casación N.º438- 2022-Lima Norte.	
<b>Sub total: 10</b>	<b>Sub total: 21</b>	<b>Sub total: 4</b>
<b>TOTAL</b>		<b>35</b>

### 3.3.2. Procedimiento

Los casos que acreditan la base fáctica de la investigación, se extrajeron de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Corte Superior de Justicia de Puno de manera intencional, teniendo en cuenta que desarrollan el interés superior del niño a nivel jerárquico, por logística resulta imposible recurrir a todos los casos donde los órganos judiciales emitieron pronunciamiento respecto a esta institución procesal al momento de determinar la



pena y su conflicto de principios con el de los delitos de corrupción de funcionarios, pero la rigurosidad del procedimiento el investigador empleó, nos denotan fiabilidad de los pronunciamientos.

### **3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS**

#### **3.4.1. Métodos**

Los métodos que empleados fueron los siguientes:

- a) **Método dogmático.** Entonces identificado que el objeto de estudio jurídico abarca la realidad normativa, a fin de lograr interpretar y aplicar adecuadamente la norma y permitir solucionar este caso concreto, el método jurídico dogmático es quien mejor respondió a los intereses del investigador porque según Solís (2022) este tipo de investigación se inclina a “Las cuestiones que se plantean al interior del ámbito normativo o 'dentro del derecho' tradicional, y cuya solución se tiene que indagar dentro de las fuentes formales del mismo” (p. 60). Ello guarda estricta relación con lo desarrollado por Ramos (2018) quien afirma que este tipo de investigación aborda el problema jurídico alejado de la realidad (p. 101). Debe tenerse presente lo señalado por Arce (2022) “(...) La dogmática no busca teorizar el Derecho, sino que encarga al investigador la responsabilidad de 'describir' las normas jurídicas en el marco de un sistema jurídico concreto” (p. 65). Lo que en el caso concreto implica que el investigador deberá encontrar interpretaciones que satisfagan nuestro ordenamiento procesal penal desde una postura netamente objetiva. Por ello este método se aplicó al objetivo general y a los

objetivos específicos.

- b) **Método sistemático.** Se recurrió paralelamente al método sistemático en función a lo desarrollado por Fernández (2015) quien refiere que este método permite que el investigador analice el objeto partiendo de sus estructuras (p. 93). En la presente investigación este método permitió que los ejes temáticos puedan ser interpretados en conjunto con los demás preceptos del nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, en concreto con la coherencia y unidad de nuestro sistema jurídico penal. Por ello dicho método se aplicó al segundo y tercer objetivo específico.
- c) **Método analítico:** Adicional y paralelamente, se recurrió el método analítico por cuanto la utilización de este método permitió el análisis crítico de las instituciones del interés superior del niño, las causales de disminución penal analógica, la aplicación de dichas instituciones a los autores de los delitos de infracción de deber. En concreto dicho método se aplicó al objetivo general y específicos.

### 3.4.2. Técnicas

Las técnicas para la recolección de datos son los procedimientos que se usan para captar la información. Pineda (2010) desarrolla que dichas técnicas deben: a) plantear sistemáticamente la investigación, b) estar al servicio de la finalidad que se plantea, c) facilitar el registro sistemático de la información y la relación de las proposiciones particulares con las generales; y, los instrumentos son medios físicos en los que se consigna y registra la información. Dado que el presente método de investigación es principalmente dogmático jurídico, Arce



(2022) considera que “La reconstrucción de la respuesta de un ordenamiento jurídico a un supuesto de hecho o aun caso concreto, como objeto de estudio de la dogmática, se hace mediante la revisión de documentos diversos” (p. 95). Delimitando con ello que la presente investigación se centrará principalmente en la revisión de normas jurídicas (leyes, jurisprudencias, costumbres, y otros análogos), doctrina nacional y comparada, por lo tanto, las técnicas utilizadas en la presente investigación fueron:

- **Recolección de información documental.** A efectos de revisar libros con el fin de profundizar el tema investigado.
- **Revisión de Leyes.** A fin de interpretar el sentido de la norma.
- **Revisión bibliográfica.** A efectos de delimitar la postura de la doctrina.
- **Revisión jurisprudencial.** A efectos de conocer el estado de la cuestión en la jurisprudencia nacional y comparada.
- **Técnica de la investigación jurídica.** Porque permite que el investigador pueda aprehender adecuadamente los conocimientos jurídicos a fin de la adecuada elaboración metodológica de la presente investigación, lo que permite una estructuración adecuada de los conceptos.

### 3.4.3. Instrumentos

- Fichas de análisis de contenido.
- Fichas bibliográficas.
- Fichas hemeográficas.
- Ficha de anotación paráfrasis.
- Ficha de interpretación.



- Fichas de transcripción
- Fichas de comentarios.
- Libreta de apuntes

### **3.5. UNIDADES DE ESTUDIO**

#### **3.5.1. Plan de recolección de datos**

El procedimiento que el investigador realizó fue en el siguiente orden:

1. Se seleccionó las fuentes de información directas e indirectas del Tribunal Constitucional, Corte Suprema, Corte Superior de Justicia de Puno, Libros nacionales y extranjeros, papers, tesis anteriores.
2. Se elaboraron los instrumentos de investigación a fin de sistematizar adecuadamente el estado de la cuestión del interés superior del niño tanto a nivel jurisprudencial a fin de delimitar que tipo de conflictos presenta, en especial al momento de la determinación de la pena con los delitos de corrupción de funcionarios.
3. Se aplicó las técnicas de investigación jurídica precisados en el punto anterior.
4. Se delimitó y sistematizó los objetivos específicos propuestos en la discusión.

#### **3.5.2. Unidades de estudio específicas**

Teniendo presente lo anterior y considerando que la presente investigación es de corte cualitativo, se han identificado las siguientes unidades de estudio que conforman la presente investigación:

- Interés superior del niño.



- Proceso penal.
- Principio constitucional.
- Pena analógica.
- Delitos de infracción de deber.
- Ponderación judicial.
- Fundamentos legales/interpretativos de aplicación.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este apartado, analizaremos y debatiremos los sub-ejes temáticos que la investigación identificó y propuso, las mismas que se analizaron en función a las fuentes de información: **1)** Recabadas, **2)** Procesadas, **3)** Construidas preliminarmente, **4)** Reconstruidas finalmente a fin de extraer; **5)** Información primaria directa y secundaria periférica, con el fin principal de elaborar la; **6)** Propuesta de la presente tesis.

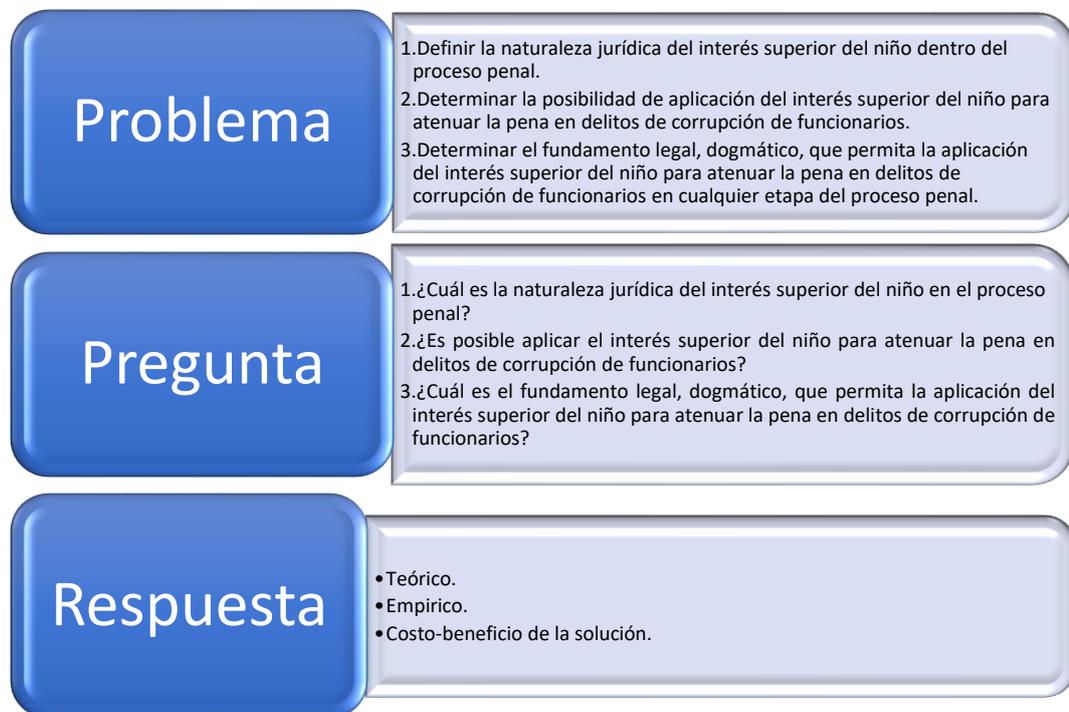
Teniendo presente que la investigación es de carácter cualitativo, se han identificado tres ejes principales de discusión que por la naturaleza del fenómeno a investigar son de desarrollo dogmático por cuanto analiza la institución jurídica del interés superior del niño y sus efectos en la determinación judicial de la pena en delitos de corrupción de funcionarios, asimismo responden a un desarrollo analítico por cuanto dicho método permite un análisis crítico de las instituciones estudiadas a fin de formular una propuesta teórica-metodológica que realmente aporte al conocimiento actual de dicha institución, asimismo, a un desarrollo sistemático ya que la presente propuesta teórica-metodológica debe encontrarse en comunión con las diversas instituciones que componen el proceso penal peruano y en concreto la determinación judicial de la pena.

En la misma línea, el problema que se aborda se verifica en el plano de la realidad, por lo tanto desde una postura holística de la presente investigación, se tuvo como líneas de análisis directa de dos tipos: **1)** Una vertiente dogmática, sistemática y analítica a nivel teórica, **2)** Otra vertiente fáctica de análisis de datos recogidos en la jurisprudencia del TC, Corte Suprema (delitos sexuales, comunes, infracción de deber) y jurisprudencia de nuestro distrito judicial de Puno a fin de determinar la naturaleza jurídica del interés

superior del niño, contrastando dicha jurisprudencia, y complementando los mismos criterios desde la doctrina autorizada a fin de establecer la real naturaleza de la misma y permitir una adecuada aplicación de dicha institución jurídica, concretamente, en la etapa de la determinación judicial de la pena concreta.

Precisando lo vertido y definiendo en concreto lo que se analizará en los ejes y sub-ejes temáticos siguientes, puede ser mejor ejemplificado en la siguiente figura:

**Figura 1.** Precisión para discusión de resultados





#### **4.1. PRIMER EJE TEMÁTICO: DEFINIR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DEL PROCESO PENAL**

**DISCUSION:** Identificar y definir la naturaleza jurídica del interés superior del niño dentro del proceso penal.

Para dicho efecto, los sub-ejes temáticos deben permitir ubicar el interés superior del niño dentro del proceso penal, como se interrelaciona dicha norma respecto de otras desde la teoría y la práctica, cual es el tratamiento de su naturaleza jurídica dentro de la jurisprudencia constitucional, de la Corte Suprema y a nivel local, lo que permitió definir el objeto investigado y además de identificarlo adecuadamente, proponer una metodología de aplicación, partiendo de la doctrina pero aterrizando la teoría dentro de nuestro sistema procesal penal peruano.

##### **4.1.1. Tipología de normas dentro del proceso penal peruano**

Las normas que interactúan dentro de un sistema jurídico, son clásicamente reconocidas como reglas y principios, al respecto tenemos al máximo exponente de dicha teoría el cual es Alexy (2007), sin embargo, el mismo precisa que existirían también los principios absolutos, que no pueden ser derrotados por otros principios, por ejemplo, estaría la propia ponderación, la discriminación racial y la dignidad humana. (pp. 74-85)

Analizando al mismo autor, García (2019) sostiene que dichos principios absolutos se reconocen como “reglas de validez estricta” de las cuales no se pueden obviar en una situación en concreto y se deben aplicar pese a todo o ante cualquier otra propuesta normativa, por cuanto por su naturaleza jurídica ni siquiera admiten ponderación. (pp. 85-87)



Por su parte se debe especificar que, aunque el sector contemporáneo de la doctrina sigue aceptando la concepción de reglas y principios, empero, respecto a su estructura por ejemplo Battista (2019) considera que las reglas y principios no responden a una marcada diferencia estructural, y por el contrario, considera que dicha diferencia no responde a las expectativas de los sistemas jurídicos actuales.

Por la corriente teórica denominada transversalización constitucional del proceso penal peruano, Eto (2022) respecto a la identificación de norma, considera que existen las reglas y principios, que sin bien resultan ambiguas, tienen rendimiento operativo. Lo curioso es que dicho autor, se afilia a la línea que dentro de los principios fundamentales se incluyen los principios positivos superiores, las cuales primarían ante otros principios. (p. 148)

Específicamente dentro de nuestro proceso penal peruano, Mendoza (2019) reconoce expresamente las normas-reglas y las normas-principio, delimitando que la filosofía penal en cuanto a la determinación judicial de la pena se guía en base al derecho penal de contención constitucional.

En ese sentido, resulta claro que al menos teóricamente, dentro de nuestro sistema procesal, desde Alexy se admiten tres estructuras normativas susceptibles de ser delimitadas en los siguientes conceptos: **1) Reglas, 2) Principios, 3) Reglas de observancia estricta o principios absolutos.**

#### **4.1.2. Comportamiento de las normas dentro del proceso penal peruano**

Partiendo de Alexy y su concepción que las reglas se guían por criterios de validez, su aplicación se guía por las llamadas antinomias, las cuales indiscutiblemente son objeto de solución aplicando criterios de la especialidad,



temporalidad y jerarquía.

Sin embargo, debemos tener presente que para que un principio logre la máxima optimización posible, requiere necesariamente de alguna regla (expresa o implícita) que permita su adecuada operatividad, así Bustamante (2010) analizando el postulado de Alexy, considera que las reglas no implican que sean de cumplimiento obligado, sino funcionan a partir de declarar la invalidez de otra regla que se les oponga, por lo que el comportamiento de éstas se puede apreciar de mejor manera dentro de su aplicación práctica (p. 93), mientras que los principios tienen que ser convertidos (y entendidos) como reglas para que sus consecuencias en el caso concreto sean conocidas y susceptibles de ponderación. (p. 95)

Dentro del proceso penal peruano, los ejemplos más significativos que se pueden apreciar y por cierto son objeto de análisis por cuanto permiten superar este sub-eje, son:

El principio del interés superior del niño, del que en líneas posteriores realizamos un análisis crítico, que al no delimitarse adecuadamente los requisitos que debe de cumplir para concretizarse en una regla en concreto, no se permite una adecuada operatividad de la misma en la determinación judicial de la pena, y por ello es objeto de análisis.

El principio de proscripción de la corrupción desarrollada por el TC en el expediente 0017-2011-PI/TC-Lima, descansa en las reglas establecidas en concreto para los delitos de corrupción de funcionarios específicamente en sus bienes jurídicos vulnerados, por lo que se evidencia que son reglas concretas peor que tienen un trasfondo directo de principios como fuentes.



En este tipo de casos, estas normas-principio se comportan dentro del proceso penal como normas-regla, sin embargo, ante un eventual conflicto normativo, el objeto de discusión no será su naturaleza de regla, sino su naturaleza principista, por lo que escaparía a una solución en aplicación de antinomias.

#### **4.1.3. Soluciones ante conflictos entre normas dentro del proceso penal**

Queda claro que ante un conflicto entre reglas, se aplica las llamadas antinomias, del cual nuestro sistema jurídico peruano no resulta ajeno, a fin de resolver mejor estos problemas, inclusive el TC en el expediente 47-2004-AI/TC, señaló los principios a tener en cuenta a fin de resolver este tipo de conflictos normativos; señalando que se deben aplicar: Principio de plazo de validez, principio de posterioridad, principio de especificidad, principio de favorabilidad, principio de complementariedad, principio de ultractividad expresa, principio de competencia excluyente. Las cuales solo mencionaremos por cuanto no resulta el objeto de investigación de la presente tesis.

El problema surge cuando, como se ha identificado, se encuentran en conflicto dos principios fundamentales, en el caso investigado es en el momento de determinación de la pena, el interés superior del niño y su disminución de la pena por debajo del mínimo por un lado y el principio de proscripción de la corrupción y su aplicación de penas efectivas por el otro, al respecto el mismo (actualmente) se soluciona aplicando la metodología de la ponderación, la que recibe críticas a nivel dogmático como práctico.

**Posiciones a favor de la ponderación.** Mendoza (2019) quien desarrolla la determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano, considera que en



dicho estado procesal, la ponderación de la pena resulta esencial a fin de determinar la adecuada imposición de la pena y en qué medida, lo que permitiría evitar los errores en la graduación de la misma. Dicho sea de paso, dentro de su posición de derecho penal constitucional de contención, dirige sus esfuerzos a ponderar independientemente de si son reglas o principios los enfrentados.

Siguiendo la postura de Alexy y Atienza, el Tribunal Constitucional, ante conflictos normativos principistas, se decanta por la metodología de la ponderación, así en el expediente N.º579-2008-PA/TC desarrolla que la ponderación evita autorizar o limitar arbitrariamente derechos en cuestión, por lo cual se debe aplicar la ponderación mediante el test de proporcionalidad mediante análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo que permitiría una adecuada solución acorde a nuestra constitución en un caso concreto.

La metodología de la ponderación en el sistema procesal penal peruano, lo encontramos en la Apelación N.º43-2022 emitida por el Juzgado Supremo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se precisa que se pondera porque se necesita una “motivación” para resolver un caso concreto, es decir una justificación de la decisión judicial a fin de afectar un derecho fundamental, la metodología empleada es similar al desarrollado por Alexy y reconocido por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, es decir un análisis estructurado y en secuencia de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Debe tenerse presente que la estructura de este tipo de análisis se encuentra fuera de controversia por cuanto fue reafirmado inclusive por la Sentencia



Plenaria N.º01-2018 y el Acuerdo Plenario N.º01-2019 sobre prisión preventiva.

**Posiciones en contra de la ponderación.** A fin de demostrar nuestra posición respecto a las falencias de la metodología de la ponderación, debemos partir del máximo exponente del mismo, **así desde el punto de vista metodológico**, desde la propia concepción de Alexy (2022), considera que dentro de los elementos que componen la metodología de la ponderación, la idoneidad y necesidad expresarían el óptimo de Pareto, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se expresaría en el máximo cumplimiento posible que brinda nuestro sistema jurídico al conflicto entre principios (p. 58). Lo que sin lugar a dudar implica una concepción de eficiencia en el uso de los recursos fácticos y jurídicos con que cuenta un determinado sistema jurídico a fin de determinar el grado de mayor validez de un principio frente a otro.

Respecto de dicha definición primigenia usada por Alexy, en palabras de Bullard (2018) la “eficiencia” desde el punto de vista del óptimo de Pareto es un estado en el que ninguno puede mejorar sin empeorar la situación del otro, es decir, un razonamiento donde se ha llegado a la mejor situación posible teniendo en cuenta el uso más eficiente posible de los recursos con que cuenta el Estado (pp. 27-30). Por lo tanto, desde dicho punto de vista metodológico, la ponderación, aunque contemple el llamado “balanceo de derechos” supone afectar un principio a favor de otro lo cual por la naturaleza argumentativa que establece, sería un estado ideal de balance de principios dentro de un sistema jurídico.

Esta concepción clásica del adecuado uso de recursos a fin de llegar al óptimo de Pareto, actualmente dentro de nuestro sistema jurídico (y la mayor parte de sistemas jurídicos similares) se encuentra mejor redefinida mediante el criterio



de compensación de Kaldor-Hicks, en el que según Bullard (2018) se considera que existe también un uso más eficiente de los recursos cuando dentro de una metodología de asignación de recursos, aún cuando se perjudica a otros se les compensa de manera suficiente a fin de que “soporten” dicha afectación, es decir un puro análisis práctico de costo beneficio. (pp. 30-31)

Desde el punto de vista de los principios constitucionales, Eto (2022) considera que la argumentación jurídica introdujo una nueva forma de percibir a nuestra constitución mediante los llamados principios más allá de reglas, sin embargo se ha sobredimensionado esta concepción a tal punto que actualmente nos encontramos ante el problema de una “sobreinterpretación de la constitución”, al que los jueces son los llamados a establecer las reglas de juego para una adecuada interpretación utilizando la metodología de la ponderación. (p. 123)

Ahora, respecto a considerar a la proporcionalidad en sentido estricto como la máxima posibilidad jurídica para responder a conflictos entre principios, nótese que el propio Alexy (2022) establece que si bien esta “teoría” es la más aceptada, no es la única (p. 57). Lo que tiene mayor preponderancia puesto que la mayor crítica que se realiza a esta teoría es que actualmente no existe una diferencia sólida e inconfundible entre reglas y principios, máxime que en nuestro sistema procesal penal una regla como el bien jurídico a proteger en los delitos de infracción de deber se encuentra resguardado por el principio fundamental de proscripción de la corrupción, y a su vez, para que el principio sea optimizado de manera eficiente requiere de reglas específicas y el principio del interés superior del niño es por sí mismo un principio fundamental que no tiene reglas operativas claras.



A fin de delimitar nuestra postura, debemos partir a que el escenario planteado para la ponderación es un sistema romano-germánico, del cual a pesar que nuestro sistema jurídico comparte ciertas afinidades, también somos herederos de los sistemas civil law y common law, por lo tanto resulta evidente desde sus raíces que la ponderación como metodología no podría ser aplicada de manera directa, irrestricta y absoluta en cada conflicto entre normas (ya sea reglas o principios), sino luego de evaluar si tiene el potencial para respaldar cada uno de dichos conflictos identificados.

Desde el punto de vista dogmático y operativo, García (2019) critica que la ponderación de Alexy relativiza los derechos fundamentales, puesto que desde su estructura no se delimita con claridad si lo que ha de ser ponderado es una regla, principio o algo más, y deja esa función metodológica al Juzgador quien finalmente resolverá dicha cuestión en función a su ideología (p. 86). Para dicho efecto propone el reconocimiento absoluto de los derechos fundamentales y que los mismos si ofrecen protección absoluta a su núcleo o contenido esencial frente a otros principios de naturaleza fundamental que no protejan ese contenido esencial pero que de alguna manera se encuentren directamente vinculados a los mismos, por lo tanto deben ser aplicados de manera irrestricta, lo que tiene sentido lógico puesto que este tipo de conflictos “no son la regla, sino una excepción muy puntual” (p. 87). Debemos precisar que ello implica, a nuestra interpretación, que los derechos fundamentales en un caso concreto pueden estar respaldados por su propio contenido esencial o solo directamente vinculados al hecho concreto, lo cual, de identificarse adecuadamente permitirá realizar una operación ponderativa o de subsunción estricta de normas.



Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, Ureta (2020) considera que la ponderación, si bien es cierto que obedece a una lógica de optimización, la narración que se realiza a efectos de resolver en uno u otro sentido resulta totalmente nocivo, por lo tanto propone que cuando se pondere se deba tener en cuenta las siguientes preguntas clave: ¿cómo se originó el conflicto?, ¿Qué tienen en común ambos principios?, ¿Qué dice el que va a ser afectado por la decisión?, ¿existe forma de conciliarlos?.

Por nuestra parte, identificamos que cual fuere el autor, el fin de la ponderación (a efectos prácticos) es solucionar los conflictos entre principios, que en palabras de Atienza no superan el 10% de los casos que el Juzgador conoce, y más allá de la metodología empleada, es la motivación o argumentación de dicha metodología lo realmente trascendente. Pues el Juzgador, argumentando en uno u otro sentido, como se verá en el sub-eje posterior, puede limitar o argumentar en contra de otro principio constitucional por diversos motivos. Aspecto que finalmente escapa a la propia teoría de la ponderación, pero que, sin embargo sistemáticamente no confluye a la filosofía de la determinación de la pena en el Perú, puesto que la filosofía preponderante de dicha institución procesal penal es la de limitar en la mejor medida de lo posible la arbitrariedad judicial.

Se debe dejar en claro, que la ponderación prácticamente tiene lugar propio dentro de nuestro sistema jurídico, sin embargo, de lo desarrollado hasta este punto, es evidente que no permite solucionar de manera satisfactoria todos los casos posibles| y tampoco su filosofía se encuentra acorde a los criterios de determinadas instituciones de nuestro sistema procesal penal, en concreto respecto a la filosofía de la determinación exacta de la pena, del cual nos ocupamos más



adelante.

Siendo así, respecto a este punto, reexaminando a Alexy, tenemos que a pesar que existen conflictos entre principios, en determinadas circunstancias un principio puede adquirir la calidad de absoluto, inderrotable, y ante dicho escenario se debe dar preferencia a dicho principio, y su viabilidad y requisitos de configuración desarrolladas en líneas posteriores, consideramos que son uno de los aportes más esenciales en la presente investigación.

#### **4.1.4. Naturaleza jurídica del interés superior del niño en la jurisprudencia peruana y su directa relación con la determinación judicial de la pena**

El interés superior del niño, tiene larga data y desarrollo dentro de nuestro sistema jurídico, a fin de identificar sus principales aspectos que nos coadyuven en nuestra propuesta resulta necesario desarrollarlos y analizarlos en sus pronunciamientos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema (en delitos de violación sexual, comunes y de infracción de deber/corrupción de funcionarios) y Corte Superior de Justicia de Puno, ello permitirá un acercamiento y análisis óptimo de los datos, a fin de otorgar mayor fiabilidad a la propuesta, así tenemos:

**Tribunal Constitucional.** El máximo intérprete de la constitución, en la sentencia constitucional recaída en el (Expediente N.º0298-96-AA/TC, S-993) desarrolló el interés superior del niño en los siguientes términos:

**(...) que dentro del orden de prelación y jerarquías existentes al interiores de una Constitución, es decididamente un hecho controvertible, que mayor importancia reviste para el Estado y su**



**colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1° de la norma fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio de “Dignidad de la Persona”, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro.** No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de diferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto. **Que es en consecuencia, si resulta tarea primordial del Estado el proteger a la infancia,** ya sea por conducto directo o por el que brinden instituciones particulares como la patrocinada por la demandante (...)

Asimismo, en el (Expediente N.°6165-2005-HC/TC) desarrolló una demanda constitucional de hábeas corpus, fijando como materia constitucionalmente relevante (entre otros): ¿cómo se da a entender el interés superior del niño y del adolescente?, sobre dicha base desarrolló la correcta forma de tutela de los niños y adolescentes. Al respecto, teniendo presente el artículo 4°,



44° de la Constitución, el artículo 25° del Código de los Niños y Adolescentes, el artículo 39° de la Convención de los Derechos del Niño, estableció expresamente:

La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no solo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son siempre dirigidos a éste, sino de la comunidad toda.

**Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes en situación de abandono, ello no es óbice para que este colegiado acepte y adopte cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos. Si se acepta que una medida que sea contraproducente a la tutela efectiva de sus derechos es una forma de ejercer el artículo 4° de la Constitución, sería caer en un grave error (fundamento 14)**

En el (Expediente N.°03744-2007-PHC/TC) de fecha 12 de noviembre de 2008, el Tribunal Constitucional considera que el interés superior del niño:

es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, **los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación.**

En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución se establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente ( ... )", haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha



precisado en el artículo IX que "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" (resaltado agregado). Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), **debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales** (fundamento 5)

En la misma línea, en el (Expediente N.º02132-2008-PA/TC) de fecha 09 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional desarrolla que el interés superior del niño es un principio constitucional implícito, lo que implica:

De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y



en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales (fundamento 10)

Ahora, en el (Expediente N.º01817-2009-PHC/TC) de fecha 07 de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional desarrolla el derecho de los menores a tener una familiar y no ser separado de ella, para lo cual desarrolla (entre otros) el principio del interés superior del niño, respecto del cual señala que dicha institución se delimita por la consideración primordial de la que goza en lo desarrollado por el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, al respecto considera:

**Por dicha razón este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deben estar dirigidos al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad** (último párrafo del fundamento 11)

En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus



relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares (fundamento 12)

Ahora, en el (Expediente N.º01587-2018-PHC/TC) de fecha 06 de junio de 2018, se desarrolla la afectación al interés superior del niño dentro el proceso penal indicando expresamente que:

Así también, el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar siempre una atención preferente (fundamento 18)

Es así que, siguiendo dicha pauta, en nuestro ordenamiento jurídico nacional la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, consagra también que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Particularmente, el artículo 5 de esta norma exige



a los organismos públicos en todo nivel fundamentar en sus decisiones o resoluciones administrativas o judiciales su consideración respecto del interés superior del niño, niña y los adolescentes, ya sea que los concierna o afecte de manera directa o indirecta (fundamento 22)

En consecuencia, el interés superior del niño, como norma de procedimiento, resulta de orden imperativo ya sea que se trate de un escenario en el que los niños, niñas o adolescentes son los principales actores o uno en el cual, a pesar de no verse involucrados directamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas, fiscales o judiciales puedan, aunque sea de manera indirecta, afectarlos. Por lo tanto, el interés superior del niño, niña o adolescente, como norma de procedimiento, predispone cualquier decisión que adopten las autoridades (e incluso los particulares) y debe ser una cuestión a evaluar en el caso concreto y de manera detallada a efectos de salvaguardar los derechos de los menores de edad (fundamento 23)

De manera más concreta, mediante el (Expediente N.º00616-2018-PA/TC, Pleno. Sentencia 210/2022) de fecha 14 de junio de 2022, el Tribunal Constitucional considera que el interés superior del niño consiste en:

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” (fundamento 5)

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 sujetos 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 (fundamento 6)

**Resulta de vital importancia a efectos de la presente investigación** que en la sentencia N.º65-2023 recaída en el (Expediente N.º00956-2022-PHC/TC) de fecha 29 de marzo de 2023, se analizó el caso de una madre condenada por el delito de **COLUSIÓN** por su intervención como cómplice primaria, por lo cual se le condenó a 3 años de pena suspendida, sin embargo fue condenada a pagar la reparación civil de medio millón de soles en forma solidaria en el plazo de 12 meses, sin embargo al solo haber pagado 2 mil soles se solicitó la revocatoria de la pena suspendida por efectiva, en primera instancia se amparó la demanda, en segunda instancia bajo el argumento de que la revocación de pena es un estricto tema de mera subsunción y que la libertad de la menor hija de la condenada no se encuentra conexo con la libertad de ésta última se revocó y condeno a la misma, ante ello el Tribunal Constitucional expresamente estableció:

**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” (fundamento 12)

**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** (fundamento 13)

Si bien es cierto, en el presente caso los órganos jurisdiccionales se pronunciaron respecto de un proceso penal seguido en contra de la parte recurrente por el delito de colusión (expediente 00048-2011-22-1501-JRPE-07), en el que, ante la falta de cumplimiento de una regla de conducta (el pago de la reparación civil), se resolvió revocar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a la favorecida, ello no obsta para que el juez, que finalmente representa los intereses del Estado y asume los deberes que éste tiene (dentro del marco de sus competencias, claro está), deba evaluar si la decisión de hacer efectiva la prisión de la beneficiaria puede acarrear o no un perjuicio a una menor de edad que depende de su madre para subsistir (fundamento 15)

A pesar que en este caso claramente se limita normas procesales penales, contrario a la metodología de ponderación utilizada por la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, en este reciente pronunciamiento, no se realiza una metodología parecida, sino una operación (desde nuestra posición) de jerarquía de principios en un caso concreto, lo que nos permite inferir que independientemente del delito cometido, el interés superior del niño prima ante cualquier tipología delictiva, lo que va de la mano a la teoría que proponemos.

La jerarquía normativa que el propio Tribunal Constitucional desarrolla es



tan marcada (inclusive entre principios), que inclusive en la sentencia N.º50/2023 recaída en el (Expediente N.º2696-2021-PA/TC) el Tribunal Constitucional expresamente considera que el interés superior del niño de ser catalogado como:

[...] 19. **En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, su interés superior, lo que 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 sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.**

[Resaltado agregado]. [Sentencia recaída sobre el Expediente 01513-2017-PA/TC] (fundamento 19)

Es más, inclusive en delitos de terrorismo, el Tribunal Constitucional resulta enfático en señalar la operatividad jerárquica del respeto del interés superior del niño, así en el (Expediente N.º00005-2020-AI/TC) expresamente considera:

El principio del interés superior del niño constituye —una de las bases sobre las que se sustenta el sistema de protección de la infancia, por lo tanto, debe operar en todos los casos donde se halle involucrado un menor y el Derecho ha de desarrollar todos los mecanismos para garantizar dicho interés de forma efectiva (fundamento 159)



Del mismo modo, el principio de interés superior del niño se encuentra regulado en la Ley 30466, mediante la cual se establecen parámetros para la consideración primordial del interés superior del niño. Así, en su artículo 2 establece: Artículo 2. Interés superior del niño El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos (fundamento 162)

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas aprobó la —Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)ll, la cual establece los siguientes criterios: a) Constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y constituye un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafo 1). b) En estricto, es un concepto triple: - **Un derecho sustantivo: cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general, se podrá aplicar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Este derecho es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.** - **Un principio jurídico interpretativo**



**fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. - Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.** c) Esta observación general establece 3 tipos de obligaciones a los Estados parte de la Convención (párrafo 14): - La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños. - La obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión. - **La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las**



**decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño**  
(fundamento 163)

Dicha metodología operativa resulta quizás el avance más significativo hasta ahora emitida por parte el supremo interprete de la Constitución por cuanto nos permite establecer que cuando en un caso concreto se identifique que una decisión judicial (cualquiera sea su naturaleza) afecte directa o indirectamente al niño, se debe preferir aquella interpretación que no afecte sus derechos, por cuanto priman ante absolutamente cualquier otro interés estatal.

En conclusión, respecto a este primer punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta uniforme al señalar que el interés superior resulta de ineludible cumplimiento ante cualquier conflicto normativo, ya sea en su vertiente de regla o desde su concepción de principio, máxime si las reglas en conflicto tienen claro fundamento principista, lo que no trascendería en el caso concreto puesto que aún de resultar un conflicto principista, es claro que el interés superior del niño debe primar, sin embargo, el adecuado desarrollo dogmático en el proceso penal requiere de una adecuada interpretación, la misma que nos ocupamos líneas adelante.

Ello porque como se puede apreciar, si bien es cierto se le otorga un valor primordial, no se especifica en términos claros su operativización, en ese sentido funciona como respaldo lo desarrollado en el sub capítulo anterior, esto es; para que el interés superior del niño logre la máxima optimización posible requiere que se le identifique requisitos concretos a fin de que funcione como regla.

A fin de delimitar de manera concreta el desarrollo jurisprudencial del supremo interprete de la constitución, se encuentra mejor sistematizada en la siguiente tabla.

**Tabla 3.** Interés superior del niño TC

<b>Tribunal Constitucional</b>	<b>Desarrollo del interés superior del niño</b>
<b>1</b> Expediente N.º0298-96-AA/TC, S-993.	• Jerárquicamente dentro de nuestra constitución, proteger al niño es tarea primordial del Estado.
<b>2</b> Expediente N.º6165-2005-HC/TC.	• No se puede aceptar y adoptar cualquier tipo de actividad con los niños, si es contraproducente a la tutela efectiva de sus derechos.
<b>3</b> Expediente N.º03744-2007-PHC/TC.	• En cualquier proceso judicial, el juez debe procurar especial tratamiento al niño a fin de respetar sus derechos fundamentales durante el proceso.
<b>4</b> Expediente N.º02132-2008-PA/TC.	• El interés superior del niño es un valor especial y superior cuando se interpreta las normas y debe materializarse obligatoriamente.
<b>5</b> Expediente N.º01817-2009-PHC/TC.	• Cuando se trata del interés superior del niño, la interpretación y aplicación de normas deben estar obligatoriamente orientadas al pleno, armonioso, integral desarrollo de su personalidad, por lo tanto, la decisión que se adopte sobre ellos deben asegurar su adecuada protección.
<b>6</b> Expediente N.º01587-2018-PHC/TC.	• Cualquier medida que el Estado adopte y comprenda al niño, se debe velar por su interés superior, y es un <b>deber</b> que ante cualquier situación que colisione o ponga en



---

		riesgo sus intereses, se debe dar preferencia a los intereses del niño.
<b>7</b>	Expediente N.º00616-2018- PA/TC, Pleno. Sentencia 210/2022.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño tiene singular relevancia en el Estado, porque es particularmente vulnerable e indefenso.</li><li>• Por ello requieren especial atención por el Estado, a fin de desarrollarse plenamente.</li></ul>
<b>8</b>	Expediente N.º00956-2022- PHC/TC. de fecha 29 de marzo de 2023.	<ul style="list-style-type: none"><li>• En los delitos de infracción de deber (colusión en etapa procesal de revocatoria de pena suspendida), el interés superior del niño es un grupo de interés de protección especial y prioritario.</li><li>• Se les debe dar singular relevancia porque son especialmente vulnerables, y solo dándoles dicha protección pueden desarrollar su personalidad.</li></ul>
<b>9</b>	Expediente N.º2696-2021- PA/TC.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño (inclusive ante conflictos entre principios) el Estado debe garantizar el interés superior del niño a fin de permitir un adecuado desarrollo.</li></ul>
<b>10</b>	Expediente N.º00005-2020- AI/TC.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño debe operar en todos los casos donde esté involucrado el menor, para dicho fin el Derecho debe de desarrollar todos sus mecanismos para garantizar dicho interés.</li><li>• El interés superior del niño es de aplicación inmediata.</li><li>• Es un principio jurídico interpretativo fundamental y si ante una disposición jurídica se admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.</li><li>• Procedimentalmente, siempre que se tome una decisión que afecte a un niño, se debe estimar las repercusiones que tendrá en el mismo, ello especialmente en procesos judiciales.</li></ul>

---



- 
- Garantizar el interés superior del niño es una obligación primordial del Estado.
- 

**Corte Suprema.** En este sub-eje, a efectos de un adecuado análisis del tratamiento de la naturaleza jurídica del interés superior del niño, resulta necesario clasificar y diferenciar los pronunciamientos de la Corte Suprema, por cuanto se ha evidenciado que los criterios cambian en función al delito, máxime si el interés superior del niño como institución se comienza a analizar dentro del proceso penal en delitos de violación sexual, sustancialmente distintos a los delitos de los que nos ocupamos en la presente investigación, por lo cual se desarrollará: **1)** El pleno jurisdiccional 1-2018/CIJ-433, **2)** Pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el interés superior del niño en delitos de violación sexual, **3)** En delitos comunes, **4)** En delitos de corrupción de funcionarios, **5)** Pronunciamientos de la Corte Superior de Justicia de Puno.

**1) IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.** Mediante el Acuerdo Plenario N.º1-2015/CIJ-116, la Corte Suprema reconoce y desarrolla (en la construcción dogmática pertinente a nuestra investigación) el principio universal y prevalente del interés superior del niño, que implica que, ante conflictos relacionados con niños indígenas, los derechos de estos prevalecen sobre los demás e inclusive sobre los sistemas normativos que constitucionalmente gozan de autonomía. (f. 11 segundo párrafo)

**2) I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial.** Mediante la (Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2018/CIJ-433) la Corte Suprema, si bien es cierto desarrolla el delito de violación



sexual, el principal aporte es la filosofía de la pena en nuestro sistema procesal, estableciendo los principales puntos a tener en cuenta a efectos de determinar adecuadamente la pena, en delitos sexuales, al respecto señala:

En el presente caso, las penas previstas para el delito de violación sexual de menor de edad, sin duda, son gravísimas, al punto que hoy en día está vigente para toda modalidad de violación sexual a menor de edad la pena de cadena perpetua. Extraña, por cierto, una reacción penal tan drástica, que excluya, como eje punitivo, la presencia legal de “circunstancias extraordinarias” para imponer la cadena perpetua -la pena más grave del sistema penal y, por tanto, de aplicación limitada las conductas más atroces-.

Para matizar tan radical posición, sin duda, está, de un lado, (i) el recurso, en el caso concreto, a la interpretación de la ley penal ordinaria conforme a la Constitución -el deber judicial de interpretación conforme a la Constitución se fundamenta sobre todo con dos argumentos: unidad del ordenamiento jurídico y la primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria, y opción por una interpretación conforme a la Constitución (que no se inaplique la ley) deriva del debido respeto a la decisión del legislador, la cual, a ser posible, se debe mantener (KUHLEN, LOTHAR: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 33-34)-; t, de otro lado (ii) toda lógica de fijación específica de la pena a partir del conjunto de las reglas de aplicación judicial de la misma, que el Código Penal contempla. Al respecto, la STSE 596/2017. De diecisiete de julio, acotó que **dentro del**



**marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que desprendan del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código Penal (fundamento 18)**

Cabe señalar que este Supremo Tribunal, desde el Derecho Internacional convencional, tiene reconocido dos causales de disminución de punibilidad supra legales -sin que pueda negarse el análisis y aplicación, en lo pertinente, de la convención 169 de la OIT “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, de 27 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en especial los artículo 8 a 10-.

**1.- El interés superior del niño, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si imputado y agraviada forman ya una unidad familiar estable y tienen hijos menores de edad, y el primero cumple efectivamente son sus obligaciones de padre, se tiene que la culpabilidad por el hecho disminuye sensiblemente y debe operar, siempre, disminuyéndose la pena por debajo del mínimo legal. Así lo declaró la Ejecutoria Suprema 761-2018/Apurímac, de veinticuatro de mayo último (fundamento 24)**

(...) La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado



de culpabilidad del sujeto y la gravedad intrínseca del delito (conforme: STSE 1948/2002, de dieciocho de septiembre). O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resulta decisivos para la clase u magnitud de la sanción (así: BGH 20, 2214 [ 216])

Es decir, el espíritu de la norma es otorgar menor ámbito a la arbitrariedad jurisdiccional a efectos de permitir una individualización de pena óptima a los valores constitucionales. Debe notarse que inclusive la sentencia de vista que dio origen a la presente jurisprudencia ponderó y estableció criterios a efectos de establecer la adecuada dosimetría penal en delitos de violación sexual, sin embargo, la presente jurisprudencia, invalidando dicha ponderación interpreta de manera sistemática los criterios ya establecidos y la relevancia de estos a efectos de su obligatorio cumplimiento dentro de nuestro sistema procesal penal.

**2) Jurisprudencia de la Corte Suprema en delitos comunes sobre libertad sexual.** En orden cronológico, mediante el (Recurso de Nulidad N.º 3495-2015-Ancash) del 16 de marzo de 2017, la Sala Penal Permanente del Poder Judicial, conoció el delito de violación sexual de menor de edad, donde al momento de la comisión de los hechos el sujeto activo contaba con 22 años y la agraviada con 13 años, se condenó en primera instancia al imputado a la pena de 4 años suspendida, ante ello la defensa del mismo interpuso recurso de nulidad alegando que las relaciones sexuales se dieron con pleno consentimiento de la menor, que asumió que tenía 14 años y que actualmente convive con la misma donde procrearon una hija y formaron un hogar por lo que solicitaron su absolución, por su parte el Ministerio Público planteó recurso de nulidad alegando



que no se siguieron las reglas de tercios, si bien ambos conviven ello tiene potencial solamente para reducir la pena a límites proporcionales por lo que solicitaron se imponga la pena de 25 años efectiva. Al respecto, la Corte Suprema considera expresamente que:

Cabe acotar que el Derecho Penal tiene que aplicarse desde una perspectiva humana, razón por la cual, en el presente caso, **resulta desproporcionado y contra fáctico, cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz a las partes, originaría otro conflicto y desazón en los involucrados; siendo ello causa suficiente para disminuir la pena a límites inferiores al mínimo legal y que esta tenga el carácter de condicional debido a que no existe una sola referencia ni mención de probable comportamiento posterior delictivo del imputado, el mismo que, por lo demás, ha demostrado responsabilidad por sus acciones** (fundamento 5.15)

Debe tenerse presente que, en esta jurisprudencia, según la propia Corte Suprema, se referencia la Sentencia Casatoria N.º335-2015 Del Santa donde establece que para casos similares al desarrollado se debe realizar una ponderación a efectos de una adecuada determinación de la pena. Resulta pertinente precisar también que en esta jurisprudencia el interés superior del niño no se erige como una institucional autónoma sino sujeta a otras circunstancias que permitan la disminución legal de la pena.

Ahora, en el (Recurso de Nulidad N.º761-2018/Apurímac) del 28 de mayo



de 2018 cuyo ponente fue el Juez Supremo César San Martín Castro, la Sala Penal Permanente conoció el caso donde el sujeto activo de 21 años de edad sostuvo relaciones sexuales con la agraviada de 13 años de edad, a consecuencia de dichos actos le agraviada dio a luz a un niño y empezó a convivir con el sujeto activo, teniendo otro posterior hijo. En primera instancia se le impuso la pena de 7 años efectiva, ante ello el imputado solicitó la rebaja de la pena alegando el interés superior del niño, ante ello la Corte Suprema desarrolló que el artículo 45° literal C del Código Penal impone como criterio de determinación de la pena tomar en cuenta los intereses de la víctima, su familia o quienes de ella dependen, considerando expresamente respecto al interés superior del niño que:

El interés superior del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta a 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 rige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En efecto, en la medida 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 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- (fundamento cuarto, punto 4.)

El principal aporte de esta jurisprudencia radica en que delimita que la disminución de punibilidad se realiza ex post, dicha aplicación nace del derecho convencional, en específico de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 3, apartado 1 establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los Estados parte se debe tener “**una consideración primordial** a que se atenderá será el interés superior del niño”. Es decir, permite inferir que ante un conflicto entre el ius puniendi del Estado y el interés superior del niño, prima el segundo. Igualmente, la pauta metodológica que refiere a efectos de aplicar el interés superior del niño es: **1) Que el sujeto activo tenga la actitud y aptitud de mantener a su familia, 2) Tenga menores hijos, 3) Que no tenga antecedentes penales, 4) Que se permita interpretar que no cometerá hechos delictivos futuros.**

Resulta pertinente aclarar que esta jurisprudencia define que **el artículo 139° de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato obligatorio a los poderes públicos a fin de que estos cumplan adecuadamente con sus funciones, lo que permite delimitar que la misma corte suprema precisa que entre las interrelaciones normativas no solamente**



**existirían normas y principios sino mandatos de obligatorio cumplimiento de los que no pueden argumentarse su constitucionalidad o no.**

En el (Recurso de Nulidad N.º2004-2019-Lima) del 06 de octubre de 2020 la Sala Penal Permanente cuyo ponente fue el Juez Supremo Aldo Figueroa Navarro, conoció el caso del sujeto activo que con 18 años sostuvo relaciones sexuales con la agraviada de 13 años quien a consecuencia de tales hechos quedó embarazada, menor que refirió además que las relaciones sexuales fueron consentidas puesto que mantenían una relación de enamorados. El imputado se acogió a la conclusión anticipada del proceso y se le impuso la pena de 7 años, la Sala Superior al evaluar el hecho concreto confirma la pena de 7 años. Se interpone recurso de nulidad, ante lo cual la Corte Suprema desarrolla que el principio de interés superior del niño es reconocido como una norma fundamental vinculante para todas las instituciones públicas o privadas, por lo que declara haber nulidad en la sentencia de vista y reformándola pena le impusieron al sujeto activo la pena de 4 años con el carácter de suspendida, el desarrollo jurisprudencial respecto al interés superior del niño es:

Su especificidad radica en la especial condición de vulnerabilidad de la niñez, como etapa de la vida, y en la imposibilidad fáctica de que el niño defienda por si mismo sus derechos. **Por ende, requiere de una tutela especial, reforzada y diferenciada, conforme a la naturaleza de las cosas.** Como derecho humano es igualmente de alcance universal, y **prevalece sobre cualquier enfoque cultural o interés colectivo que lo limite o perjudique; en ello radica su contenido axiológico superior.** Su jerarquía o superioridad se sustenta en el carácter fundante y



**limita al poder público.** En tanto valor fundamental, fundado en un imperativo de justicia, es igualmente una garantía o exigencia de actuación de todos los órganos del Estado. **Por su carácter prevalente el interés superior del niño, en su desarrollo, pone en evidencia con mayor fuerza las funciones creadora, interpretativa, integradora, sistematizadora y, limitadora de los principios.** En el ámbito del conflicto penal, es un criterio relevante para resolverlo, en los casos en los que el especial interés del niño, como víctima o como integrante dependiente de una familia, debe prevalecer. El juez como garante de los derechos fundamentales -y sin sentido paternalista- debe ponderar integralmente los valores en conflicto y resolverlo bajo el criterio de eficiencia; esto es, procurando la máxima operatividad de los principios y la mínima restricción de derechos constitucionalmente posibles. Para ello ha de examinar las circunstancias específicas del caso a fin de arribar a una respuesta, justa y equitativa especialmente para la niña, niño o adolescente (fundamento 8)

Esta jurisprudencia resulta de especial relevancia para la presente investigación, porque a pesar de considerar que el interés superior del niño se debe de ponderar (con lo que no estamos de acuerdo) sus argumentos denotan superioridad ante cualquier otro principio con el que entre en conflicto por lo que es evidente que considera que este principio resulta superior ante cualquier otro y no cabe sino su estricta observancia en mayor o menor medida. Es decir, la Corte Suprema a pesar que no establece de manera expresa, considera que dentro de las interacciones conflictivas entre normas y principios, existen principios superiores



a ambos de obligatorio cumplimiento, siempre que se cumplan determinados requisitos para su aplicación, como en este caso donde a efectos de declarar la nulidad de la resolución de vista toma en cuenta: **1) Responsabilidad restringida del agente, 2) Diferencia de edad mínima con la agraviada, 3) La aceptación del imputado, 4) El sujeto activo mantiene a su familia, esposa e hijo, 5) Carece de antecedentes penales, 6) La propia circunstancia y comisión del delito permite establecer que no volverá a cometer otro hecho delictivo, lo que permite reducir la pena por debajo del mínimo legal del tipo penal.**

En el mismo sentido, mediante el (Recurso de Nulidad N.º2217-2019-Junín) de fecha 05 de noviembre de 2020, la Sala Penal Permanente conoció el hecho donde una menor de 14 años dio a luz y el Estado conociendo el caso, procesó al sujeto activo, al respecto la Sala Superior absolvió al acusado del delito de violación sexual en agravio de menor de edad, respecto del interés superior del niño, la Corte Suprema desarrolla lo siguiente:

Asimismo, resulta un hecho inobjetable reconocido por la partes que desde el inicio de los sucesos hasta la actualidad ambos conformaron un hogar convivencial, habiendo procreado a una hija, llegando a formar una familia, situación que se debe analizar por los efectos de una sanción penal a imponerse, **sin tener en cuenta el interés superior del niño que prevalece su formación y garantiza su subsistencia y desarrollo, frente al criterio de sancionar e imponer una pena privativa de libertad, que no solo afectaría al acusado, sino además la convivencia formada de manera libre dentro de los cánones de su comunidad**, la que afectaría las posibilidades de subsistencia de la agraviada y de su criatura, aunado a



que, el encausado es el único soporte económico de subsistencia de la familia constituida (fundamento decimocuarto)

En la presente jurisprudencia, la misma no se remite a jurisprudencia anterior o establece un conflicto de principios, se limita a desarrollar con solvencia que, ante el criterio de sancionar el delito a toda costa el interés superior del niño prevalece para cuyo efecto solamente se debe acreditar que el sujeto activo es el único soporte económico de la nueva familia. Resulta pertinente delimitar que dicha jurisprudencia también detalla que la razón de ser de nuestra sociedad es la protección de derechos dentro de un Estado democrático de derecho.

Por su parte, mediante el (Recurso de Nulidad N.º679-2020-Apurimac) de fecha 05 de mayo de 2021, la Sala Penal Permanente conoció el caso donde el sujeto activo de 17 años y 4 meses, sostuvo relaciones sexuales con la agraviada de 13 años producto del cual la menor quedó en estado de gestación. Al respecto la Sala Penal lo condenó a 20 años de pena privativa de libertad, al respecto desarrollando las especiales características del caso se desarrolló que se debía imponer una pena de 4 años suspendida, amparado en los fundamentos del Recurso de Nulidad N.º761-2018-Apurimac y el Recurso de Nulidad N.º3495-2015-Áncash. En dicho caso se consideró de similar manera a las anteriores jurisprudencias citadas que previo a considerar el interés superior del niño se debe de verificar el cumplimiento de requisitos, además que el interés superior del niño no se ponderaría sino se cumpliría de manera estricta.

Debe de tener especial consideración que en el presente caso no se alegó como causal o argumento de impugnación el principio del interés superior del niño, sino, de oficio la Corte Suprema introdujo dicha institución, lo que refuerza



y sienta las bases de la presente investigación, por cuanto una norma superior de estricto cumplimiento debe ser observado así las partes no la invoquen, basta con que del iter procesal se evidencie la existencia de la misma a efectos de observarla.

Ahora, en la (Casación N.º1465-2022-Selva Central) de fecha 20 de marzo de 2023, la Sala Penal Permanente desarrolló que el interés superior del niño es una causa de disminución de punibilidad, que tiene entidad para inaplicar la ley penal **por razones de inconstitucionalidad o inconvencionalidad**. En el caso objeto de desarrollo inclusive se realiza una crítica en base a la ponderación que se realizó en dicho caso, catalogándolo como ilegítimo activismo por parte del juzgador, puesto que la sala penal al conocer la apelación reformuló la pena impuesta en primera instancia de 8 años, aplicándole la pena de 3 años efectiva, que al no ser invocadas en base a lo anterior no pueden realizarse.

Ahora, desde la perspectiva de la víctima, mediante el (Recurso de Nulidad N.º1434-2022) la Sala Penal Transitoria, evaluó el caso donde el sujeto activo mayor de edad, aprovechando la condición de padrastro de la menor agraviada (09 años) la ultrajó en repetidas ocasiones, ante ello el condenado se sometió a la conclusión anticipada y en base a ello se le condenó a 30 años de pena efectiva, ante lo cual el condenado interpuso recurso de nulidad argumentando esencialmente que es padre de 7 menores de edad y debe aplicarse el interés superior del niño a efectos de reducir la pena puesto que estando recluido en un centro penitenciario no podría cumplir sus obligaciones paternales, al respecto de este punto, se desarrolló que:

Al respecto se debe señalar que no es aplicable al presente caso la ejecutoria suprema traída a colación por el recurrente dado que se tratan



de dos supuestos de hecho diferentes. En el presente caso nos encontramos ante la aceptación voluntaria del procesado y de su defensa, respecto al delito de violación sexual, en agravio de la menor E.L.Ñ.R. (producto del cual procrearon un menor hijo); por el contrario, el caso que alude la defensa técnica, se trata de relaciones sexuales consentidas en el marco de una relación sentimental (esta y otras circunstancias específicas del caso ameritaron que la pena se determine por debajo del mínimo legal), circunstancia que de modo alguno no es equiparable al presente caso. por lo demás se debe recordar que el procesado Llallico Crispín tenía la condición de padrastro de la agraviada y como tal, debía velar por su integridad y bienestar (de allí que el hecho configure la agravante del último párrafo del artículo 173, antes mencionado) (fundamento 6.1.)

De otro lado, reiterada jurisprudencia emitida por la Corte Suprema ha establecido que la pena debe graduarse en función a la gravedad de los hechos, la responsabilidad del agente y sus carencias sociales y económicas. Las primeras condiciones se vincular al principio de proporcionalidad de las penas, mientras que la última está ligada al principio de humanidad. En ese sentido, se puede advertir que, el Tribunal Superior, al momento de fijar el quantum a imponerse tuvo en cuenta no solo la reducción de un séptimo de la pena al haberse acogido el procesado a la conclusión anticipada, sino también: **i)** Sus condiciones personales, **ii)** Condiciones familiares (tomando en consideración que el procesado tiene varios hijos menores de edad) y el interés superior del niño, **iii)** Su grado cultural y educación (segundo grado de primaria), (véase fundamento



jurídico 4.7 de la recurrida); de modo tal que disminuyó prudencialmente la sanción solicitada por el representante del Ministerio Público (fundamento 6.2)

La Corte Suprema desarrolla evidentemente que en cuanto al interés superior del niño no presenta argumentos que estimen una ponderación entre principios en conflicto, sino estima tal principio como superior a reglas y principios “comunes”, inclusive resulta de particular importancia que ante un delito de tal magnitud, se aplica el interés superior del niño a efectos de reducir prudencialmente la pena.

Asimismo, en la (Revisión de Sentencia N.º380-2020-Ucayali) de fecha 25 de febrero de 2022, la Sala Penal Permanente, que conoció el caso donde el sujeto activo ultrajó a un menor de edad, se le condenó en primera instancia a la pena de 35 años, lo que fue confirmado por la sentencia de segunda instancia, a lo que el condenado presentó recurso de revisión de sentencia argumentando que se encontraron nuevas pruebas que confirmarían su inocencia, es decir que no se tuvo en cuenta que es padre de dos menores de edad. Ante dicho argumento la Corte Suprema expresamente desarrolló:

Como se observa, el interés superior del niño se erige como un valor jurídico preeminente, según el cual, todas las decisiones públicas o privadas que se tomen con relación a un menor o adolescente deben estar orientadas a tutelar su bienestar y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

También constituye una pauta de interpretación de derechos y garantías,



que solo puede ser utilizada en todo lo atinente a favorecerlo y protegerlo. Dichos deberes positivos se intensifican cuando se está frente a hechos criminales en perjuicio de menores o adolescentes, en cuyos supuestos, en virtud de los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, la respuesta punitiva debe ser más severa.

Esto último, tiene doble propósito: en retrospectiva, evita la impunidad y, en prospectiva, reestablece el orden público (constituido por valores y principios orientados a preservar la coexistencia pacífica); a la vez, desaconseja la comisión de ilícitos futuros, ante la inminente aplicación de una sanción penal grave. Lo anterior tiene sustento en el artículo 44 de la Constitución Política del Estado (fundamento sexto)

En el plano penal, especialmente en lo relativo de la determinación de las consecuencias punitivas, el interés superior del niño ha sido connotado como una causal de disminución de la punibilidad suprallegal, que despliega sus efectos jurídicos, únicamente, cuando el imputado y la agraviada hayan formado una unidad familiar estable, posean hijos menores de edad y el primero esté cumpliendo efectivamente con sus obligaciones de padre. Lo que da lugar a que la culpabilidad disminuya y se le imponga una pena por debajo del mínimo legal respectivo.

Lo descrito sin duda, es presupuesto condicionante para disminuir la sanción a límites inferiores al mínimo legal (fundamento séptimo)

Debe tenerse presente que el desarrollo que fundamenta la Corte Suprema permite evidenciar que si el menor agraviado no forma parte de la unidad familiar del sujeto activo en el delito de violación sexual, sin embargo el sujeto activo tiene

menores hijos a su cargo, este sujeto activo representa un peligro para sus propios hijos por lo que el quantum punitivo de ninguna manera puede disminuir, es más, merece mayor reproche que siendo padre pueda ultrajar a otro menor de edad. Metodológicamente se aprecia que el interés superior del niño en este caso prima a efectos de condenar al sujeto activo, por lo que el aspecto metodológico postulado por el investigador prima.

Respecto a este punto y a efectos de denotar una postura que conlleve a identificar adecuadamente los objetivos de la presente investigación, el tratamiento del interés superior del niño se puede ejemplificar de mejor manera en la siguiente tabla:

**Tabla 4.** Interés superior del niño en delitos sexuales

<b>Jurisprudencia</b>		<b>Aporte sobre interés superior del niño</b>
<b>1</b>	Acuerdo Plenario N.º1-2015/CIJ-116.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño es universal y prevalente.</li><li>• El interés superior del niño inclusive trasciende sistemas normativos a fin de protegerlos adecuadamente.</li></ul>
<b>2</b>	Sentencia Casatoria Plenaria N.º1-2018/CIJ-433.	<ul style="list-style-type: none"><li>• La ponderación por si misma resulta arbitraria.</li><li>• Cuando se interpreta la Ley penal, se debe tener presente:<ul style="list-style-type: none"><li>§ La unidad del ordenamiento jurídico.</li><li>§ La primacía de la constitución sobre la Ley.</li></ul></li><li>• Cuando se interpreten conflictos entre principios, se deben preferir aquellas que concilien en mayor medida los principios y sus valores constitucionales.</li></ul>



- 
- El interés superior del niño debe verificar que sujeto activo y agraviada y niño forman unidad familiar, la pena debe disminuir **siempre**.
- 
- 2 Recurso de Nulidad  
N.º3495-2015-Ancash.
- La pena debe estabilizar un conflicto y no originar otro.
  - Para reducir la pena se debe tener en cuenta no solo el interés superior del niño sino debe interpretarse junto a otras instituciones que permitan disminuir la pena.
- 
- 3 Recurso de Nulidad  
N.º761-2018-Apurímac.
- El interés superior del niño, así no se encuentre establecido positivamente es causa de disminución de la pena.
  - Dicho principio, de identificarse, no puede obviarse en la determinación de la pena porque es una consideración primordial que obliga al Estado.
  - Para aplicarse debe cumplir los requisitos de: **1)** El imputado quiera y mantenga a la familia, **2)** Tenga menores hijos, **3)** No cuente con antecedentes penales, **4)** Que no cometa nuevos delitos.
- 
- 4 Recurso de Nulidad  
N.º2004-2019-Lima.
- El interés superior del niño requiere tutela especial, reforzada y diferenciada.
  - Prevalece sobre cualquier interés que lo limite o perjudique.
  - Jerárquicamente es superior a efectos de limitar al poder público.
  - Prevalece ante cualquier principio.
  - En el caso concreto penal, el juez debe de ponderar bajo el criterio de eficiencia.
  - Para aplicarse eficientemente se debe tener en cuenta: **1)** Responsabilidad restringida del agente, **2)** Diferencia de edad mínima con la agraviada, **3)** Aceptación del imputado, **4)** El imputado mantiene a su familia e hijos, **5)** Carece



de antecedentes penales, **6)** No volverá a cometer otros delitos.

---

<b>5</b> Recurso de Nulidad N.º2217-2019-Junín.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño prevalece frente al criterio de sancionar e imponer una pena privativa de libertad efectiva.</li><li>• La razón de la sociedad es la protección adecuada de sus derechos en un estado constitucional de derecho.</li></ul>
<b>6</b> Recurso de Nulidad N.º679-2020-Apurímac.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño no se pondera, sino se observa de manera obligatoria previa verificación de cumplimiento de sus requisitos.</li><li>• Dada su condición de principio, se debe observar aunque las partes no lo hayan puesto en conocimiento del juzgador, basta con su verificación de existencia durante el iter procesal.</li></ul>
<b>7</b> Casación N.º1465-2022-Selva Central.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño inaplica la Ley penal a efectos de disminuir la punibilidad.</li><li>• La ponderación realizada de manera arbitraria resulta un activismo judicial ilegítimo.</li></ul>
<b>8</b> Recurso de Nulidad N.º1434-2022.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño solamente aplica cuando el sujeto activo, la agraviada y el niño conforman una unidad familiar.</li><li>• Tiene entidad para disminuir la pena inclusive en el delito de violación sexual de menor de edad, porque su fundamento es que de encontrarse recluido no puede cumplir con sus obligaciones paternas de manera satisfactoria.</li></ul>
<b>9</b> Revisión de Sentencia N.º380-2020-Ucayali.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño prima siempre que se determine que: <b>1)</b> Imputado y agraviada forman unidad familiar estable,</li></ul>

---



---

2) Posean hijos menores de edad, 3) El imputado esté cumpliendo con sus obligaciones de padre.

- Que el agresor sexual sea padre de familia no reduce su culpabilidad, sino exige una respuesta punitiva más severa.
- 

Entonces, respecto a los delitos de violación sexual donde el sujeto activo y la agraviada hayan sostenido relaciones sexuales, cuando media el consentimiento de la misma y forman una unidad familiar con el niño producto del hecho, la pena a imponerse es debajo del mínimo legal, es decir suspendida por cuanto de ser efectiva afectaría indefectiblemente el interés superior del niño.

Asimismo, a pesar que algunas jurisprudencias delimitan que la metodología a emplear es el de la ponderación, resulta contradictorio, por cuanto las mismas delimitan que el interés superior del niño tiene carácter preponderante y de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, una operación ponderativa resultaría un sinsentido a lo desarrollado ya que seguiría siendo arbitraria a la subjetividad del juzgador y no permitiría la aplicación práctica de lo sustentado, lo que no soluciona el problema. Máxime si es contrario a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en el que se evidencia que este principio prima, es superior, no puede ser derrotado por otros principios.

### **3) Jurisprudencia de la Corte Suprema en otros delitos comunes.**

Similarmente en orden cronológico, mediante el (Recurso de Nulidad N.º2341-2018-Lima) del 22 de julio de 2019, la Sala Penal Transitoria conoció el caso del sujeto activo al que se le impuso 6 años y 6 meses de pena privativa de libertad por el delito de defraudación tributaria puesto que el sujeto activo junto a otros



coautores realizaron de manera dolosa maniobras fraudulentas en beneficio de su empresa, emitiendo facturas que permitieron ampliar su crédito fiscal, respecto a dicho caso, el sujeto activo se sometió a la conclusión anticipada del proceso por lo que la pena solicitada se disminuyó de los 8 originalmente solicitado por el Ministerio Público. El sujeto activo solicitó que se tome en consideración que es madre viuda de 3 hijos, uno de ellos menor de edad. Ante ello, la Corte Suprema desarrollo lo siguiente:

Además, se considera que la sentenciada conformada Campos Ulloa es viuda, madre de tres hijos siendo uno de estos, menor de edad, siendo ella su principal sostén económico y emocional, según información consignada en las actas obrantes a fojas 1959 y 1967; y reitera en su recurso de nulidad. En ese sentido, no se puede desconocer que la pena privativa de libertad del único sostén de un menor de edad es altamente gravosa para este; por ello se requiere una especial atención y ponderación en relación con el delito cometido. Así, en el caso concreto atendiendo a la naturaleza del delito cometido, corresponde realizar una rebaja de pena en virtud al interés superior del niño<sup>5</sup>. Por estas razones, consideramos que no resulta proporcional la pena impuesta en la sentencia recurrida, la que debe ser fijada en cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva (fundamento 13.3)

A pesar que el argumento central de disminución de la pena es de ponderación, sin embargo, dicha jurisprudencia no hace uso de ninguna metodología ponderativa, sin embargo, dentro de sus argumentos ubica al recurso



de nulidad N.º761-2018-Apurimac que establece que el interés superior del niño resulta primordial. En ese sentido, a pesar de hacer uso de la ponderación como retórica, su fundamento se encuentra orientado a la primacía del principio del interés superior del niño a cualquier otro principio.

Ahora, en la (Casación N.º1348-2019-Puno) del 17 de junio de 2020, la Sala Penal Permanente conoció el caso donde el sujeto activo cometió el delito de contrabando agravado, por lo que se sometió a la conclusión anticipada del proceso, en primera instancia se condenó al mismo a la pena de 4 años efectiva convertida a prestación de servicios, en segunda instancia se le condenó a la pena de 6 años efectiva, ante ello se presentó recurso de casación alegando (entre otros) el interés superior del niño. La Corte Suprema consideró que: “sobre la aplicación del interés superior del niño como causal de disminución de la punibilidad supralegal y, analizada dicha jurisprudencia, se identifica que la ratio de esa decisión se enmarca en el ilícito de violación sexual de menor de edad, lo cual es diferente al caso, que trata de un delito aduanero, lo cual es motivo suficiente para rechazar la casación planteada y declararla inadmisibles” (fundamento quinto). Lo que conlleva a un apartamiento de doctrina no solo de la propia Corte Suprema (por ejemplo, mediante la Casación N.º274-2020-Puno caso Walter Aduviri), también de los precedentes jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional donde se deja por sentado que el interés superior del niño no obedece a criterios delimitativos identificados en los tipos penales, sino es un principio constitucional de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades estatales y privados.

Mediante el (Recurso de Nulidad N.º109-2022) del 17 de enero de 2023,



la Sala Penal Transitoria, conoció el caso donde 2 coautores fueron detenidos al portar armas de fuego sin autorización, por lo tanto fueron condenados el primero a 6 años y el segundo a 7 años 4 meses, al interponer el presente recurso de nulidad, el que fue condenado a 6 años, alegó (entre otros argumentos) que no se tomó en consideración que es padre de familia de bebé de 7 meses por lo cual amparado en el recurso de nulidad N.º761-2018-Apurímac solicitó que la pena efectiva se convierta en jornadas de prestación de servicios a la comunidad. La Corte Suprema, si bien es cierto disminuye la pena a 5 años, pero lo realiza en base a que el imputado se acogió a la conclusión anticipada del proceso, no recibe los argumentos del interés superior del niño en base a lo siguiente:

Por último, en cuanto al reclamo vinculado a la inaplicación del interés superior del niño, conforme lo establece el Recurso de Nulidad N.º761-2018-Apurímac, en atención a que el recurrente es padre de familia de un bebé de siete meses de nacido, cabe subrayar que dicha ejecutoria suprema no es aplicable al presente caso, dado que el supuesto fáctico es totalmente distinto, el citado caso tiene como hechos la relación sexual en el contexto de una relación sentimental, donde procrearon un niño y constituyeron una unidad familiar de convivencia permanente bajo la dependencia económica del imputado, el cual cumplía sus obligaciones de padre. Igualmente, en dicho caso, el imputado se acogió a la confesión sincera, por tanto, también se aplicó la reducción de la pena por bonificación procesal.

**En el presente caso, el recurrente no ha acreditado que su menor hijo depende exclusivamente de él, ni que la decisión de la Sala de Mérito**



**afectará su unidad familiar. Por esta razón, los reclamos del imputado  
Mejía Mendizábal no se amparan.**

En el presente caso, la Corte Suprema, a nivel argumentativo, recibe el Recurso de Nulidad 761-2018-Apurímac sin contradecirla, lo que realiza es una operación de subsunción a efectos de permitir la aplicación de dicho principio superior en el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, si bien es cierto delimita que no resulta posible aplicar dicho principio en estos hechos por que son distintos, también argumenta que para acceder a este principio se debió de probar y le correspondía al imputado: **1)** No acreditó que el menor dependa exclusivamente de él, **2)** No argumentó como es que la decisión de la Sala afectará su unidad familiar. Es decir, de haberse acreditado estos dos supuestos la pena se reduciría sensiblemente.

En la (Casación N.º1067-2022-Huancavelica) de fecha 18 de enero de 2023, la Sala Penal Permanente se avocó al conocimiento del caso donde el sujeto activo fue condenado a 6 años 2 meses y 18 días por el delito de uso de documento público y privado falso, lo que fue confirmado el segunda instancia, a lo que el condenado presentó recurso de casación alegando (entre otros) que no se tomó en cuenta el interés superior del niño por cuanto es padre de hijos menores de edad, por lo que solicitó se declare nula la sentencia de vista. Al respecto, la Corte Suprema expresamente consideró que respecto al interés superior del niño; “Y, respecto al segundo aspecto, referido a la aplicación de la convencionalidad del interés superior del niño para reducir la sanción, este se da cuando el niño haya tenido intervención como víctima del delito, lo cual no ocurre en el caso concreto. De modo que, en observancia del principio de legalidad procesal, la causal



apuntada se desestima y la casación interpuesta se declara inadmisibles".  
(fundamento cuarto)

Nótese que el ponente en este caso es el Juez Supremo Luján Túpez, y el argumento central a efectos de no recibir el argumento del casacionista es que como el niño no es víctima del delito, no puede reducirse la pena del sujeto activo que resulta ser su padre, aspecto que es criticable por cuanto según la propia doctrina y la propia Casación que se alega 761-2018-Apurimac, establecen la supremacía de este principio, por cuanto no se razona en base a si el niño es víctima o no, sino dicho razonamiento se encuentra orientado a delimitar que la sentencia afectará su interés primordial de supervivencia; por otro lado, debe tenerse presente que en la presente sentencia no se hace mención a si se contaron con los medios probatorios idóneos a efectos de acreditar que indubitablemente el padre era el único sustento de los niños que se verían afectados por la condena efectiva.

Ahora, en el (Recurso de Nulidad N.º291-2022-Lima) de fecha 06 de marzo de 2023, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema conoció el caso donde el sujeto activo junto a otros sujetos no identificados, usando un arma de fuego apuntando a la cabeza de su víctima, lo redujo violentamente y lo despojó de sus pertenencias (celular) siendo capturado en el mismo acto por la policía, por dicho hecho fue condenado por el delito de robo agravado y se le impuso una pena de 7 años efectiva teniendo presente que el condenado se acogió a la conclusión anticipada, no cuenta con antecedentes penales y es una persona joven, por lo que se fijó la pena por debajo del mínimo legal. El condenado presentó recurso de nulidad solicitando la rebaja de la pena alegando que al momento de la comisión



de los hechos tenía 21 años de edad y que tiene 2 menores hijos por lo que solicita se pondere la pena con el interés superior del niño. Al respecto la Corte Suprema, expresamente, en cuanto a la solicitud de ponderación del recurrente desarrolló:

Por otra parte, el recurrente solicitó la reducción de la pena impuesta sobre la base del interés superior del niño, quien señaló que tiene dos hijos que **mantener. Al respecto, ello no basta para que al autor de un delito se le rebaje la pena impuesta, sino que deben ser evaluados en conjunto otros elementos que permitan establecer si es aplicable o no tal principio.** En el caso, los niños no solamente pueden estar bajo el cuidado del acusado, sino también de su madre, tíos, abuelos u otros. a ello se suma la gravedad del delito y la sanción a imponerse que obedece a la magnitud de la lesión causada, al bien jurídico protegido que es de carácter pluriofensivo. De ese modo, no es de recibo el reclamo del acusado (fundamento 17)

La Corte Suprema, recalca que a efectos de reducir la pena, es posible pero debe realizarse a la luz de otros elementos que permitan tal aplicación, no precisa cuales son dichos elementos pero entendemos que se refiere a los desarrollado en los delitos de violación sexual, uno de ellos que consideramos pertinente citar sería la de que se infiera razonablemente que el condenado no volverá a cometer el delito en el futuro lo que evidentemente en el caso concreto no ocurre, sin embargo, la jurisprudencia objeto de análisis específicamente refiere que no es posible aplicar el interés superior del niño en el caso concreto, porque no se ha probado que los niños dependan exclusivamente de éste, además que el delito que



se le imputa resulta particularmente grave, por lo que aún en este tipo de delitos, se debe aplicar el interés superior del niño pero con cumplimiento irrestricto de sus requisitos. Mención aparte es que a pesar que el condenado solicita se realice ponderación entre estos principios, el razonamiento de la Corte Suprema argumentativamente se encuentra dirigida a una aplicación previo cumplimiento de requisitos, consideramos que dicho razonamiento se realiza teniendo en cuenta el principio superior de dicha institución.

Por su parte en el (Recurso de Nulidad 1966-2022-Lima Sur) del 20 de marzo de 2023, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema conoció el caso donde el sujeto activo y otros ingresaron a un salón de belleza, donde otro sujeto no identificado haciendo uso de un arma de fuego junto al sujeto activo condenado que arrebató el celular a uno de los agraviados, arrebató 400 soles y su celular a otro y un celular y 850 a otra agraviada, cuando los delincuentes se disponían a escapar del lugar de los hechos uno de ellos fue retenido por los agraviado por lo cual se le identificó y procesó, la fiscalía superior originalmente solicitó se le imponga la pena de 14 años y 8 meses por el delito de robo agravado a mano armada y con pluralidad de agentes, ante ello el condenado se acogió a la conclusión anticipada y el colegiado le impuso la pena de 8 años 1 mes y 22 días teniendo presente lo siguiente: **1)** El condenado se arrepintió y confesó los hechos, **2)** Tiene 6 hijos menores de edad de las cuales asume su manutención por lo que primar el principio de protección a la familia e interés superior del niño, sin embargo fue objeto de recurso de nulidad por parte del condenado solicitando que le disminuya aún más la pena. Al respecto la Corte Suprema, si bien estimó lo desarrollado en base al interés superior del niño donde se fijó una nueva pena



abstracta, no recibió reducir aún más la pena argumentando esencialmente que solo el interés superior del niño es atendible y los otros argumentos del condenado no son de recibo, por lo que declaró no haber nulidad en el caso concreto.

Debe ser objeto de análisis, que a pesar que el delito de robo agravado se consumó en el presente caso, la bonificación de reducción de la pena a criterio de lo aceptado por la Corte Suprema, opera sin la necesidad de realizar una metodología ponderativa por cuanto el interés superior del niño resulta superior a otros principios, inclusive en delitos de tal magnitud como el presente, por lo que esta jurisprudencia se adecua a criterio del investigador a aquellos donde no se requiere de una metodología de ponderación, sino de aplicación estricta.

Resulta primordial tener presente el (Recurso de Nulidad N.º1006-2022-Lima Sur) de fecha 08 de marzo de 2023, donde la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema conoció el caso donde se intervino a 2 personas (varón y mujer) en posesión de drogas en el domicilio del varón (230 gramos) donde inclusive a este se le encontró 72 bolsitas de polietileno vacías, ambos imputados se sometieron a la conclusión anticipada del proceso por ello se condenó a la mujer a la pena de 4 años y tres meses por su calidad de coautora, y el varón a la pena de 4 años suspendida en su calidad de cómplice secundario, ante ello el Ministerio Público presentó recurso de nulidad alegando que la disminución de la pena resulta inmotivada y se lesiona el principio de proporcionalidad y lesividad del bien jurídico protegido. Al respecto la Corte Suprema (observación en base al interés de la presente investigación), de oficio desarrolló el interés superior del niño, empero, teniendo presente las causales de determinación de la pena expresamente previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal por lo que



inclusive declaró haber nulidad en el extremo de la pena y varió la pena suspendida por una de prestación de jornada de servicio a la comunidad, en base a lo siguiente:

Al respecto cabe precisar que el cálculo valorativo utilizado por la Sala Superior para disminuir la pena por debajo del mínimo legal resulta incorrecto, ya que se argumentó como causas de la reducción punitiva aspectos y criterios no contemplados en nuestro ordenamiento legal, dentro de los que se incluye el convencional, precisándose las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (agravantes/atenuantes) de modo taxativo; es decir, se deben respetar los ámbitos legales para la configuración para este efecto, debe atenderse el resultado de los factores de individualización previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal, que para el caso que nos ocupa determinaron que el sentenciado no contaba con antecedentes penales pues era reo primario; y sobre ello deben valorarse sus carencias sociales y personales, lo cual permite determinar la pena abstracta en el extremo mínimo de la conminación legal (seis años de pena privativa de libertad). Adicionalmente cabe atender que la droga poseída arrojó un peso neto de 230 gramos de marihuana, cantidad de droga cercana al requerido para establecer la microcomercialización; **asimismo en el presente caso no se puede soslayar que el sentenciado tiene a su cargo a su menor hija Kim Aylle Mejía Chávez, quien contaría con siete años de edad, como lo acredita el acta de nacimiento (foja sesentaidós), por lo que en el presente caso, en concreto, resulta aplicable una disminución**



**prudencial de dos años, en atención al interés superior del niño; por lo que la pena a imponerse es de Cuatro años de privación de la libertad, la misma que debe imponerse con carácter de efectiva.**

**En atención a lo glosado y a la gravedad del delito cometido, el Tribunal Supremo considera que no resulta de aplicación la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, prevista en el artículo 57 del Código Penal, pues ello podría generar una falsa sensación de impunidad al sentenciado, reforzando su inclinación a la comisión del delito; por Su parte, la institucionalización penal a través de la efectividad a priori de la pena privativa de libertad, con la consiguiente prisionización, puede generar un efecto de enculturación carcelaria que resulta contrario a los fines que persigue la pena.**

Frente a este panorama, surge como alternativa idónea la conversión de la pena de cuatro años de privación de libertad efectiva, por una pena de doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad, en aplicación del artículo 52 del Código en mención, **pues esta permite al penado internalizar la gravedad de su conducta y demostrar su voluntad de cambio a través del cumplimiento de los servicios comunitarios que le asigne la Dirección de Medio Libre del Instituto Nacional Penitenciario (INPE);** y en caso de incumplimiento por su parte de dicha pena alternativa hace posible su revocatoria, previo apercibimiento y el consiguiente cumplimiento en efectiva la pena privativa de libertad impuesta originariamente con deducción de las jornadas que hubiera realizado el penado, conforme con el artículo 53 del



citado cuerpo legal (fundamento decimoquinto)

En el caso concreto, a efectos de disminuir la pena nuevamente no se realiza una operación ponderativa, sino una de observancia estricta a dicho principio superior, sin embargo lo relevante de la presente jurisprudencia es el desarrollo del interés superior del niño y sus efectos con la pena y el mensaje disuasivo de la pena que la Corte suprema desarrolla, lo que se puede agrupar en lo siguiente: **1)** Se debe acreditar la relación paterno filial con el menor, **2)** Acreditada la relación paterno filial se debe reducir la pena, **3)** Teniendo presente que el delito es grave no se puede suspender la pena porque puede generar falsa sensación de impunidad al sentenciado e inclinarlo a cometer nuevos delitos, **4)** A diferencia de la pena suspendida, se debe convertir la misma a prestación de jornadas porque ello permitirá al sentenciado internalizar la gravedad de su conducta y permitir su cambio.

Además, debe tenerse presente que el delito en mención donde se aplicó el interés superior del niño se encuentra catalogado como delito gravísimo por cuanto la afectación al bien jurídico es la “salud pública” es decir colectivo y por lo tanto bien jurídico constitucionalmente relevante porque afectan no solo la salud física y mental de la persona humana sino la estructura social, política, cultural y económica de los estados conforme lo desarrollan el Recurso de Nulidad N.º14450-2010-Lima y el Tribunal Constitucional en el expediente N.º020-2005-PI/TC, entonces las penas para este tipo de delitos resultan especialmente severas, recalcamos por la afectación directa a la colectividad que inclusive pone en peligro su existencia misma. Por lo que resulta especialmente relevante el reciente criterio asumido por la Corte Suprema, por cuanto dicho delito resulta equiparable a los



delitos de infracción de deber (por la gravedad de la pena), que siguiendo la misma línea interpretativa se permite la aplicación del interés superior del niño, con conceptos y fundamentos que más adelante se detallan.

En el mismo sentido, en el (Recurso de Nulidad N.º1823-2022-La Libertad) de fecha 24 de abril de 2023, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema conoció el caso donde el sujeto activo al haberse acogido a la conclusión anticipada del proceso fue condenado a la pena de 4 años 3 meses efectiva por el delito de contrabando, ante lo cual interpuso recurso de nulidad solicitando la rebaja de la pena impuesta, alegando (entre otros argumentos orientados a delimitar la deficiencia de motivación) que tiene 3 hijos a su cargo. Al respecto la Corte Suprema, en específico respecto al interés superior del niño, desarrolló lo siguiente:

Sin embargo, este Tribunal Supremo en atención al agravio de la recurrente, expuesto en su recurso impugnatorio, respecto a que el Colegiado Superior no tomó en cuenta su condición de madre de familia. Es pertinente precisar que en el Recurso de Nulidad N.º761-2018/Apurímac, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su fundamento jurídico 4.4 indica 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 (fundamento decimotercero)

En atención a lo expuesto, en el presente caso se puede soslayar que la sentenciada tiene a su cargo a sus tres hijos, de los cuales dos son menores (quienes contarían con 5 años y 9 meses de edad, 8 años y 6 meses de edad<sup>7</sup>) y una mayor de edad, quien contaría Con 19 años y 4 meses de edad, Por lo que, en el presente caso concreto, resulta aplicable una disminución prudencial de tres meses, en atención al interés superior del niño, por lo que la pena a imponerse es de cuatro años de pena privativa de libertad (fundamento decimocuarto)

En atención a la condición maternal de la sentenciada y a la gravedad del delito cometido, el Tribunal Supremo considera que no resulta de aplicación la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, prevista en el artículo 57 del Código Penal, pues ello podría generar una falsa sensación de impunidad a la sentenciada, reforzando su inclinación a la comisión del delito. Por su parte la institucionalización penal a través de la efectividad a priori de la pena privativa de libertad, con la consiguiente prisionización, puede generar un efecto de enculturación carcelaria que resulta contrario a los fines que persigue la pena; además de afectar colateralmente a los menores hijos de la sentenciada, privándolos de su cuidado y soporte afectivo. Frente a este panorama, surge como alternativa idónea la conversión de la pena de cuatro años de privativa de libertad



efectiva, por una pena de doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad, en aplicación del artículo 52 del Código en mención, pues esta permite a la sentenciada internalizar la gravedad de su conducta y demostrar su voluntad de cambio a través del cumplimiento de los servicios comunitarios que se le asigne por la Dirección de Medio Libre del Instituto Nacional Penitenciario (INPE); y en caso de incumplimiento por su parte de dicha pena alternativa hace posible su revocatoria, previo apercibimiento y el consiguiente cumplimiento en efectiva de la pena privativa de libertad impuesta originariamente, con deducción de las jornadas que hubiera realizado el penado, conforme con el artículo 53 del citado cuerpo legal (fundamento décimo quinto)

Entonces, resulta relevante precisar que, la Corte Suprema en este tipo de delitos inclina sus argumentos a fin de favorecer una pena no efectiva, cabe precisar que citando al recurso de nulidad N.º761-2018-Apurimac, el aporte de la presente jurisprudencia se puede resumir en los siguiente: **1)** El interés superior del niño debe verificarse en cada caso concreto, **2)** Verificado se debe aplicar una disminución prudencial de la pena aunque el delito resulte grave, **3)** La disminución de la pena debe realizarse a efectos de permitir una pena no efectiva, **4)** No debe suspenderse la pena sino convertirse a efectos de no permitir la sensación de impunidad, **5)** Cuando se convierta la pena el condenado podrá internalizar la gravedad de su conducta.

En síntesis, los principales criterios y aportes de la Corte Suprema sobre el interés superior del niño en otros delitos comunes se pueden sintetizar en lo siguiente:

**Tabla 5.** Interés superior del niño en delitos comunes

<b>Jurisprudencia</b>	<b>Aporte sobre interés superior del niño</b>
<b>1</b> Recurso de Nulidad N.º2341-2018-Lima.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño debe ponderarse en el delito de defraudación tributaria.</li><li>• El interés superior del niño prima sobre cualquier otro principio.</li></ul>
<b>2</b> Casación N.º1348-2019-Puno.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño no aplica para el delito de contrabando agravado.</li><li>• Solamente aplica para hechos que son similares al delito de violación sexual donde el sujeto activo, la agraviada y niño formen una familia.</li></ul>
<b>3</b> Recurso de Nulidad N.º109-2022.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño aplica al delito de tenencia ilegal de armas, y permitirá la disminución de la pena, solamente cuando se acredite que:<ul style="list-style-type: none"><li>§ El niño dependa exclusivamente del condenado.</li><li>§ Debe fundamentar como es que la decisión judicial afectará al niño.</li></ul></li></ul>
<b>4</b> Casación N.º1067-2022-Huancavelica.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El interés superior del niño no aplica para el delito de uso de documento falso porque en dicho delito el niño no es víctima del hecho.</li></ul>
<b>5</b> Recurso de Nulidad N.º291-2022-Lima.	<ul style="list-style-type: none"><li>• No basta que se alegue el interés superior del niño para aplicarlo.</li><li>• En el delito de robo agravado (delito grave), dicho principio debe ser evaluado junto a otros elementos que permitan su aplicación.</li></ul>
<b>6</b> Recurso de Nulidad 1966-2022-Lima Sur.	<ul style="list-style-type: none"><li>• En el delito de robo agravado a mano armada, el interés superior del niño se</li></ul>



- 
- aplica a fin de disminuir prudencialmente la pena.
- De esta jurisprudencia se permite inferir que el interés superior del niño no se pondera, sino se aplica, por cuanto a pesar del delito gravísimo se permite reducir la pena.
- 
- 7** Recurso de Nulidad  
N.º1006-2022-Lima Sur.
- El interés superior del niño se aplica al delito de microcomercialización de drogas (a pesar de ser un delito gravísimo que afecta a la sociedad directamente).
  - Dicha aplicación no se pondera, sino se aplica previo cumplimiento de los requisitos de:
    - § Se debe acreditar la relación padre e hijo.
    - § La pena no puede ser suspendida, debe ser convertida a prestación de servicios.
    - § Se debe evitar la falsa sensación de impunidad.
    - § La prestación de servicios permite que el condenado internalice la gravedad de su conducta a fin de que no lo cometa nuevamente.
- 
- 8** Recurso de Nulidad  
N.º1823-2022-La  
Libertad.
- El interés superior del niño se aplica en el delito de contrabando.
  - Su aplicación es obligatoria, para dicho efecto se debe cumplir:
    - § Acreditar indubitablemente la relación paterno filial.
    - § La pena grave debe preferirse convertir a prestación de servicios comunitarios para evitar nueva comisión de delitos y el condenado internalice su conducta grave.
-



En ese sentido, se denota que los delitos comunes, independientemente de si el afectado es una persona individual o la sociedad en su conjunto, lo que implica en valorar entre delitos “comunes” y gravísimos tomando en cuenta su grado de afectación a la sociedad, el interés superior del niño prima a efectos de disminuir sensiblemente la pena. Resulta determinante precisar que una pauta de interpretación en este sentido es que reducir la pena a efectos de suspender la misma es un criterio que la Corte Suprema no comparte, y considera que en delitos graves se debe convertir la misma a prestación de servicios a la comunidad a fin de que no se genere una sensación de impunidad además que el condenado asume la gravedad de su conducta e se eviten actos ilícitos posteriores. Debe recalcar que parte mayoritaria de las jurisprudencias objeto de análisis, fundamentan su razonamiento en el recurso de nulidad N.º761-2018-Apurimac, donde el argumento “metodológico” no es de ponderación, sino de aplicación estricta, aspecto que es tomado en cuenta a efectos de marcar la posición del investigador en la presente tesis.

#### **4) Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema sobre el interés superior del niño en delitos de infracción de deber.**

Debe tenerse presente que en los delitos de corrupción de funcionarios o infracción de deber, la Corte Suprema no ha emitido pronunciamientos de fondo por diversas razones, entre ellas:

En la (Casación N.º1068-2021-Puno) de fecha 27 de enero de 2023, el condenado solicitó se aclare o adicione el auto de calificación donde se declaró nulo el auto concesorio solicitud donde el recurrente solicitó que la Corte Suprema desarrolle aspectos propios del delito de negociación incompatible y que no se



tuvo en cuenta el interés superior del niño. Al respecto la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema desarrolla las principales características de la casación excepcional, denotando que a fin de acceder a este tipo de recursos (que no configuran una instancia más) deben de tener un adecuado desarrollo y propuesta de solución concreta que sea aplicable no solo al caso concreto sino a una generalidad de casos similares, que no se tuvo presente en el caso concreto y se declaró improcedente la solicitud del recurrente.

Ahora, en un caso mediático que conoció la Sala Penal Permanente recaído en la (Apelación N.º29-2023-Cuzco) del 06 de febrero de 2023, donde el iter procesal fue que en primera instancia se impuso medida de prisión preventiva por 9 meses a diversos sujetos por el delito de cohecho activo específico, una de las afectadas por dicha medida alegó que a efectos de analizar el peligro de fuga en cuanto a los arraigos no se tuvo en cuenta su calidad de madre de dos menores hijos. Respecto a este extremo, si bien la Corte Suprema amparó su solicitud y revocó la medida de prisión preventiva por comparecencia con restricciones, en la jurisprudencia objeto de análisis no se evidencia que se haya argumentado dicha condición.

Consideramos que dicho argumento no solo debió de precisarse en el peligro de fuga, en todo caso mayor aptitud para cuestionar se encuentra en la prognosis de la pena, ahora, resulta interesante detallar que la Corte Suprema no haya desarrollado este tema, máxime si permitía esclarecer en mayor medida la aplicación o no de dicha institución en este tipo de delitos y en este tipo de incidentes.

Esclarece en mayor medida el panorama la (Casación N.º438-2022-Lima



Norte) del 27 de febrero de 2023, en el que interpuesto recurso de casación por el recurrente condenado a 4 años de libertad efectiva por el delito de colusión agravada y falsedad ideológica, la Corte Suprema rechazó el recurso por inadecuado desarrollo e incumplimiento de requisitos. Respecto al tema objeto de investigación, resulta interesante que expresamente consideró (desarrollando un delito de infracción de deber):

En particular porque el único modo legítimo de precipitar una pena abstracta establecida por debajo del mínimo legal (principio de legalidad) es la existencia de alguna de las causales de disminución de punibilidad, que contempla el Código Penal -como la omisión impropia (artículo 13), los errores (artículos 14 y 15), la tentativa (artículo 16), la complicidad secundaria (artículo 25) las eximentes imperfectas (artículo 21) o la responsabilidad restringida por razón de la edad (artículo 22)-, **y el ordenamiento convencional -interés superior del niño** o dilaciones indebidas y extraordinarias- o bien la disminución de la pena concreta que pudiera corresponder, en virtud de los beneficios premiales de reducción de la pena, conforme al Código Procesal Penal, por colaboración eficaz (artículo 475), confesión sincera (artículo 161), terminación anticipada del proceso (artículo 471) o conclusión anticipada del juzgamiento (artículo 372) (fundamento duodécimo)

Resulta evidente, entonces, que el interés superior del niño es solicitada su aplicación dentro del proceso en delitos de corrupción de funcionarios, sin embargo no se solicita adecuadamente y es objeto de rechazo por parte de los



órganos jurisdiccionales teniendo presente las deficiencias a fin de conocer el tema de fondo, sin embargo, dicha institución se encuentra plenamente reconocida, la deficiencia entonces en este tipo de delitos no es de fundamento, sino de una adecuada metodología que permita su operatividad, asunto que por estrategia de investigación desarrollamos en líneas posteriores.

Por cuestiones didácticas, nuevamente nos permitimos realizar una tabla que esquematice en mayor medida el estado de la cuestión en este punto concreto.

**Tabla 6.** Interés superior del niño en delitos de corrupción de funcionarios

Jurisprudencia	Sobre el interés superior del niño
1 Recurso de Casación N.º1068-2021-Puno.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El casacionista solicitó que se desarrolle doctrina jurisprudencial vinculante sobre negociación incompatible e interés superior del niño.</li><li>• La Corte Suprema, rechaza la casación argumentando que no se desarrolló efectivamente los requisitos para acceder a la casación excepcional.</li></ul>
2 Apelación N.º29-2023-Cuzco.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se apeló prisión preventiva ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, respecto a una adecuada consideración en los arraigos por el delito de cohecho activo específico, se alegó que la recurrente es madre de dos hijos menores.</li><li>• A pesar de poder realizarlo de oficio, la corte Suprema aceptó que la recurrente cuenta con arraigos, pero no fundamentó nada sobre el interés superior del niño.</li></ul>
3 Casación N.º438-2022-Lima Norte.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se condenó al sujeto activo a 4 años efectivo por colusión agravada y otro.</li><li>• Dicha casación, reconoce como parte del derecho convencional el interés superior</li></ul>



del niño y tiene entidad para disminuir la pena.

- Se limita a dicho reconocimiento, no desarrolla en que medida reduce la pena.

---

Conclusión:

Deficiente desarrollo dogmático

---

### **5) El interés superior del niño en la Corte Superior de Justicia de Puno.**

En nuestro distrito judicial de Puno, el interés superior del niño se aplicó en los siguientes procesos:

El Primer Juzgado de investigación preparatoria – Sede Juliaca, mediante (Resolución Nro. 05-2022) de fecha 25 de agosto de 2022, recaída en el expediente 02323-2021-45-2111-JR-PE-01, aprobó un acuerdo de terminación anticipada por el delito de tráfico de moneda falsa prevista en el artículo 254°, en consecuencia aprobó la pena de 3 años 9 meses de pena privativa de libertad convertida en 195 días de servicio de prestación a la comunidad por los siguientes hechos: el 12 de marzo de 2021 se realizó un control rutinario en el puesto de control de Cabanillas de un vehículo de transporte con ruta de Cuzco hacia Arequipa, encontrándose dentro de las pertenencias de la condenada \$13,400 a los que se sometió a posteriores peritajes y dieron cuenta de que eran falsificados, además se le halló abundante material para fabricar dinero falso, ante ello el Ministerio Público solicitó la pena de 05 años efectiva, de los que se redujo 9 meses por acogerse a la terminación anticipada y 6 meses por interés superior del niño ya que la condenada era madre de una menor de edad a su directo cuidado, operaciones numéricas que permitieron establecer la pena de 3 años 9 meses,



convertido a prestación de servicios, respecto al tema objeto de investigación dicho juzgado, citando el recurso de nulidad 768-2018-Apurimac, recurso de nulidad 679-2020-Apurimac y otros, expresamente desarrolló:

(..) El interés superior del niño es un derecho fundamental privativo del niño como persona puesto que específicamente emana de los Derechos Humanos y su especificidad radica en la condición de vulnerabilidad de la niñez como la etapa de la vida y la imposibilidad fáctica del niño defiende por sí mismo sus derechos por ende requiere una tutela especial reforzada y diferenciada conforme a la naturaleza de las cosas. El ámbito del conflicto penal es un criterio relevante para resolver en los casos en los que especial del interés del niño como víctima o como integrante dependiente la familia debe prevalecer, el juez como garante de los derechos fundamentales y sin sentido paternalista debe poner legalmente los valores de conflicto y los criterios de eficiencia procurando la máxima operatividad de los principios y la mínima restricción de Derechos Constitucionales posibles, para ello cabe examinar las circunstancias específicas a cada fin de arribar a una respuesta estable, justa y equitativa especialmente para los niños, niñas y adolescentes por tratarse de in principio de rango constitucional cuya incidencia en el ámbito punitivo es la segunda causa de disminución de punibilidad (fundamento 2.5)

En dicha resolución se verifica que el razonamiento judicial parte en establecer de la premisa que: **1)** Como el Juez es garante de los derechos fundamentales, **2)** Debe razonar mediante criterios de eficiencia, **3)** Procurando la



máxima operatividad del interés superior del niño y su mínima restricción de derechos fundamentales posible, 4) El interés superior del niño prevalece a fin de disminuir la pena por debajo del mínimo legal. Debe tenerse presente que esta resolución, partiendo de lo razonado por el recurso de nulidad 768-2018-Cajamarca y similares, argumenta la prevalencia del interés superior del niño a efectos de disminuir la pena, es más, a fin de establecer la prevalencia no la compara con alguna regla o principio, sino simplemente mediante un argumento de jerarquía disminuye la pena, aspecto categórico que pone de manifiesto que los órganos judiciales en este tipo de situaciones donde se evidencian conflictos normativos no se orientan por una ponderación, sino por una prevalencia normativa. Respecto la metodología para emplear el interés superior del niño en la dosimetría penal, el Juzgado considera principalmente los documentos que acrediten el vínculo familiar de la condenada con su menor hija.

En similar sentido, en la (Sentencia de Vista N.º 170-2022) la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora y Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Puno, conoció en sede de apelación el caso donde el sujeto activo fue denunciado por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria originado en el año 2017 al 2019, dicha resolución fue notificado al condenado en su domicilio en el penal Yanamayo por otro delito culposo, el condenado apela la resolución argumentando que se sometió a conclusión anticipada, que desde 2018 viene siendo recluido por otro delito y además por el delito de incumplimiento de alimentos de otro proceso similar, que dentro del penal no cuenta con los medios económicos para hacer frente a la obligación. Al respecto la Sala Penal analizó que en este caso el condenado es reincidente por el



mismo delito y por otro común, por lo que la pena se disminuyó por el interés superior del niño puesto que la pena normal debería de ser acumulada, por lo que declara infundado el recurso de apelación, respecto del interés superior del niño en concreto, señala:

Por otro lado, el recurrente alega que debe tomarse en cuenta que tiene menores hijos – interés superior del niño-; sin embargo, esta alegación debe ser rechazada, **toda vez que la sola existencia de hijos menores no basta para la aplicación de la conversión de pena**, pues los mismos se encontrarían al cuidado de su madre; máxime, que el acusado no cumpliría con su obligación alimentaria, ello conforme lo alegado por su defensa técnica en acto de audiencia apelación en donde señaló que, ya se viene otra liquidación que ya le van a notificar en estos días. (fundamento 2.2, párrafo 6)

En ese sentido, se debe considerar que la presente resolución es claro es señalar que solamente alegar el interés superior del niño no resulta suficiente a fin de su adecuada aplicación, con lo que guarda observancia a lo establecido por la Corte Suprema.

Ahora, respecto a delitos de infracción de deber, mediante la (Sentencia de Vista N.º. 256-2022) de fecha 12 de octubre de 2022, la Sala Penal de apelaciones de Puno, conoció en sede de apelación el caso donde el sujeto activo en su condición de docente universitario y a fin de aprobar a una alumna de sexo femenino le solicitó sostener relaciones sexuales, por lo que en primera instancia fue condenado a la pena de 6 años con carácter de efectiva por el delito de cohecho



pasivo propio, el condenado apeló bajo el argumento central que no tenía la condición de funcionario público. Al respecto la Sala Penal consideró que el condenado si ostentaba la calidad de funcionario público, sin embargo resulta pertinente citar el fundamento objeto de interés de la presente investigación:

En cuanto a la determinación de la pena, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 393° del Código Penal, la pena abstracta oscila entre seis y ocho años privativa de la libertad, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal impone al sentenciado seis años de pena privativa de libertad, ubicando la pena en el extremo mínimo del tercio inferior; empero corresponde evaluar el quantum de la pena impuesta, tomando en cuenta la Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en el Recurso de Nulidad N° 761-2018/Apurímac, conforme lo efectuaremos a continuación:

Establecemos que en el presente caso, si bien no es uno de Violación Sexual, cuyo reproche penal es más riguroso, y no obstante que no corresponde analizar la vida personalísima de los sujetos procesales intervinientes en el presente caso, no podemos soslayar, la invocación de la parte recurrente, siendo que para el efecto resulta necesario aplicar el test de proporcionalidad, cuyo objeto es analizar si la pena impuesta se condice fundamentalmente con la dignidad humana pero sobre todo con el principio del interés superior del niño y del adolescente, y si supera exitosamente o no el test en mención; en efecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 034-2004-AI-TC, de fecha 15 de febrero de 2005, ha establecido respecto al Test de Proporcionalidad lo siguiente: "...En



reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha utilizado el test de proporcionalidad para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC N° 0016-2002-AI/TC, N° 0008-2003-AI/TC, N° 0018-2003-AI/TC, entre otras). En ese sentido, de acuerdo a los presupuestos desarrollados en la STC N° 0048-2004-AI/TC (regalías mineras), dicho test se desarrolla a través de tres subprincipios: de idoneidad o de adecuación; de necesidad y de proporcionalidad en stricto sensu. a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada. En el caso de autos la pena privativa de la libertad impuesta al acusado Huayta Mendoza, se encuentra dentro de los márgenes que el tipo penal imputado establece, es decir el artículo 393° del Código Penal, por lo que la pena impuesta pasa este primer control de proporcionalidad. b) Subprincipio de necesidad. De acuerdo con éste, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. Respecto a este segundo factor,



frente a un hecho delictivo la ley penal ha previsto la imposición de pena privativa de la libertad, no habiendo otra alternativa que sustituya a misma, por lo que la pena impuesta supera este segundo control de proporcionalidad. c) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental (fundamento segundo)

En consecuencia la pena impuesta de seis años de pena privativa de la libertad no sobrepasa el test de proporcionalidad, correspondiendo que esta Superior Sala reduzca la misma a límites inferiores del mínimo legal que el tipo penal ha previsto para el presente caso, por lo que debe revocarse la pena impuesta por el A quo, efectuando una reducción y reformándola esto es a CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad con el carácter de suspendida, pues es claro que la conducta desplegada por el acusado, no amerita tratamiento penitenciario, pues estamos frente a una persona que por primera vez que incurre en este tipo de actividades delictivas (fundamento 2.10)

La presente resolución importa el desarrollo de los siguientes puntos: **1)** El recurrente no solicitó se aplique el interés superior del niño, la Sala Penal lo desarrolló de oficio, **2)** La metodología que la Sala Penal utiliza a fin de rebajar la pena es de la ponderación, **3)** El fundamento que utiliza es de jerarquía normativa

por cuanto el interés superior del niño es de carácter prevalente ante cualquier otro principio, 4) Se identifica que el sentido de protección radica en prevenir futuros actos delictivos de este tipo. Además de ello, por el carácter prevalente del interés superior del niño se aplica previo cumplimiento de los requisitos; en este caso la Sala Penal considera que se acreditó con suficiente la relación paterno filial, además de considerar que el condenado carece de antecedentes penales. Dicha línea de interpretación permite establecer una jerarquía normativa del interés superior del niño, y su aplicación aún en delitos de corrupción de funcionarios.

Mención aparte merece analizar que aún de encontrarnos ante un delito grave, la Sala Penal suspende la pena y no la convierte como lo establece la Corte Suprema cuando se trata de delitos graves (véase la tabla de contenido referido a los delitos comunes de la presente tesis), por cuanto al convertir la pena permite que el condenado asume la gravedad de sus hechos y no permite que realice actos delictivos posteriores.

A fin de centrar estos preceptos recurrimos nuevamente a la siguiente tabla.

**Tabla 7.** Interés superior del niño en el distrito judicial de Puno

	<b>Jurisprudencia</b>	<b>Desarrollo sobre el interés superior del niño</b>
<b>1</b>	Resolución Nro. 05-2022 tramitado en el expediente 02323-2021-45-2111-JR-PE-01.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se convirtió la pena por el delito de tráfico de moneda falsa en terminación anticipada.</li><li>• El Juez argumenta que el interés superior del niño requiere tutela especial reforzada y diferenciada.</li></ul>



---

		<ul style="list-style-type: none"><li>• No se pondera, el argumento para aceptar la pena reducida es procurar la máxima operatividad de los principios.</li><li>• Se determina que el Juez es el garante de los derechos fundamentales.</li></ul>
2	Sentencia de Vista N.º170-2022	<ul style="list-style-type: none"><li>• El sujeto activo fue condenado por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria.</li><li>• Apeló argumentando (entre otros) el interés superior del niño.</li><li>• La Sala Penal considera que no solo basta la existencia de hijos para la aplicación del interés superior de la pena y convertir la misma.</li></ul>
3	Sentencia de Vista N.º. 256-2022.	<ul style="list-style-type: none"><li>• El sujeto activo fue condenado por el delito de cohecho pasivo propio.</li><li>• La sala de oficio aplicó el interés superior del niño.</li><li>• A fin de disminuir la pena, ponderó entre el interés superior del niño y la pena a imponer. Sin embargo, su argumento es de jerarquía normativa.</li><li>• Se fijo pena suspendida.</li></ul>
conclusión:		Desarrollo contradictorio.

---



#### **4.1.5. Identificación concreta de la naturaleza jurídica del interés superior del niño**

La discusión de resultados hasta este punto, resulta incontrovertido que el interés superior del niño es reconocido como un principio superior y absoluto por parte del Tribunal Constitucional.

El problema radica que no se puede operativizar adecuadamente puesto que el TC solo lo reconoce como principio superior, o como diría Alexy, principio absoluto, o en palabras de García regla de validez estricta, o Ratti con su norma inderrotable, sin embargo, al limitarse el desarrollo de la misma como mera descripción de principio superior sin la construcción de una regla que lo delimite adecuadamente, sucederá lo que señala García (2019) que será el Juez quien decida si en el caso concreto el interés del niño opera como regla, principio o regla superior de validez estricta (p. 86). Lo que inevitablemente no permitiría una “optimización” del presente principio con todas las posibilidades fácticas y jurídicas, puesto que así se viene demostrando por cada jurisprudencia analizada al respecto.

Es interesante apreciar, que el propio Alexy (2007) considera que a fin de establecer que un principio es absoluto, al hecho concreto objeto de protección debe encontrarse dentro de su núcleo esencial, pero no establece alguna pauta para dicho fin. Al respecto García (2019) considera que los principios absolutos de Alexy (a los que él llama reglas de validez estricta) pueden operativizar adecuadamente la misma mediante una operación en dos fases:

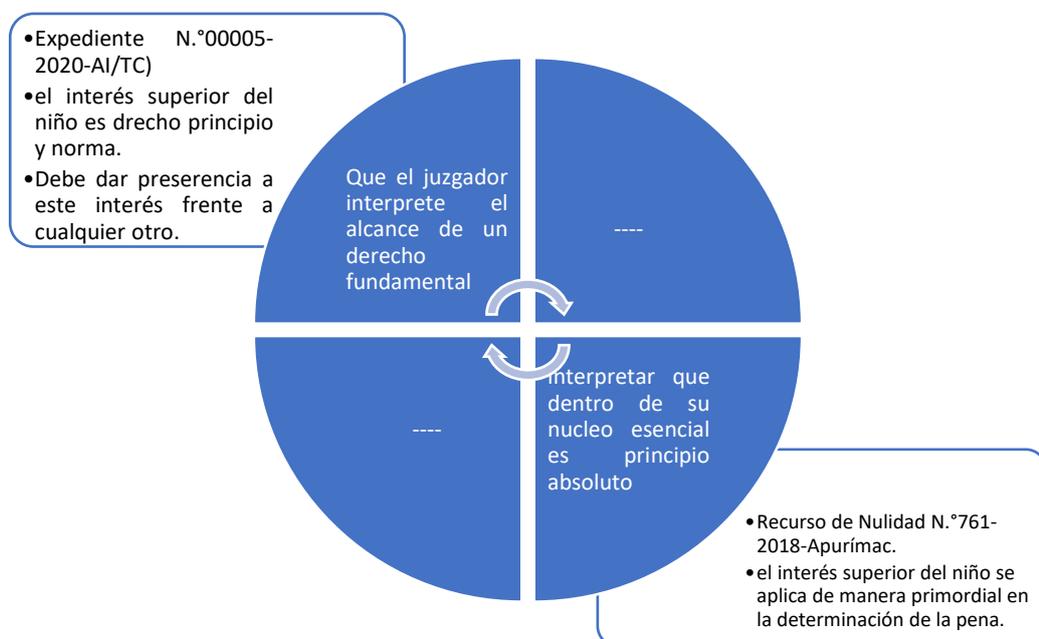
La primera: Trazar una tipología de derechos fundamentales estableciendo la cual es el alcance de cada derecho fundamental y que derechos protege en

concreto, a fin de articularlo adecuadamente.

La segunda: Establecer que este derecho concreto, en su escenario concreto y dentro de su núcleo esencial, no admite ninguna injerencia a fin de su adecuado cumplimiento, es decir ante un conflicto de éste ante otro debe necesariamente preferirse a éste.

Entonces, por cuestiones didácticas para la presente investigación, dicho postulado puede ser mejor entendido en la siguiente figura:

**Figura 2.** Núcleo esencial del interés superior del niño



Realizado dicha operación, cabe cuestionarnos si la misma es posible dentro de nuestro sistema procesal penal. Entonces, en cuanto al primer presupuesto de delimitar los alcances (o núcleo esencial) del interés superior del niño, evidentemente contamos con el apoyo interpretativo del propio Tribunal Constitucional, que en el sub-eje anterior delimita que efectivamente dicho principio es de carácter superior pero no desarrolla reglas de aplicación concreta,



y es la Corte Suprema quien desarrolla los alcances y requisitos que deben cumplirse para operativizar el mencionado principio en concreto en la determinación judicial de la pena. A esta operación de integración e interpretación que la Corte Suprema realiza a fin de dar una mayor y más amplia protección de derechos fundamentales que el propio Tribunal Constitucional ya reconoció pero no desarrolló adecuadamente para casos en concreto se le identifica como la operación de maximización de derechos y se encuentra reconocido por el propio TC en el expediente N.º04853-2004-AA, fundamentos 15 y 16 bajo el razonamiento que el Juez “ordinario” es sobre todo un Juez de la constitución y en un determinado caso concreto puede desarrollar lo establecido por el Tribunal Constitucional a fin de dotar de mayor eficacia un derecho fundamental concreto, por lo que en base a ello resulta posible establecer que la Corte Suprema ha desarrollado los alcances y requisitos a fin de permitir establecer cuando nos encontramos ante el núcleo esencial de protección del principio de interés superior del niño y tanto los pronunciamientos del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de deben interpretar de manera articulada y sistemática.

Respecto a la segunda operación que propone García, la misma también se encuentra adecuadamente desarrollado por el propio Tribunal Constitucional, la que se encuentra en el anterior sub-eje, el aspecto que faltaría desarrollar sería únicamente uniformizar y aplicar dicho principio, cambiando el paradigma de ponderación por aplicación jerárquica limitado al contexto expreso para el que se ha investigado: La adecuada dosimetría penal al momento de imponer una pena exacta al sujeto activo en delitos de infracción de deber.



#### **4.1.6. Naturaleza jurídica de los delitos de corrupción de funcionarios**

Conforme al desarrollo hasta ahora, el problema a solucionar con la presente investigación radica en establecer si el interés superior del niño puede reducir la pena en delitos de corrupción de funcionarios.

La respuesta a priori (conforme la jurisprudencia analizada) es que una debida aplicación (en casos aislados conforme a los datos analizados) permite disminuir la misma, pero este sistema es totalmente inseguro y arbitrario a cada Juzgador, lo que no permite una adecuada operatividad de dicho principio, lo que más que obedecer al criterio del juzgador en concreto, es debido a la propia metodología ponderativa.

La propuesta teórica que se esboza en la presente investigación, es una de jerarquía entre principios, por lo tanto de aplicación absoluta a los delitos comunes y de infracción de deber, y conforme se viene sustentando hasta ahora permite una reducción de la pena por debajo del mínimo legal que irradia a los delitos de infracción de deber.

Sin embargo debe tenerse presente que la naturaleza jurídica de los delitos de corrupción de funcionarios es principialista, es decir, todos los delitos de infracción de deber no se categorizan como meras reglas, sino manifestaciones concretas del principio de proscripción de la corrupción que el Tribunal Constitucional en el expediente 0017-2011-PI/TC-Lima, cuyo fundamento principal es que la corrupción ataca la esencia misma del Estado y pone en peligro su existencia, lo cual es un fundamento categórico que incluso pondría en tela de juicio todo lo desarrollado hasta ahora.

Sin embargo, el mismo Tribunal constitucional en el Pleno Jurisdiccional



N.°0048-2004-PI/TC y cumpliendo su rol de máximo intérprete de la constitución desarrolla como coexisten la persona y la sociedad dentro de nuestro sistema jurídico, señalando que ante conflictos dentro del mismo, la argumentación es el “mejor recurso” que tiene el TC para solucionar dichas colisiones (f. 03), que se entiende que en un Estado Social y Democrático de Derecho los derechos de un individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues uno depende del otro para sobrevivir y lo que se busca ante una oposición entre el individuo y la sociedad es la conciliación de sus intereses (f. 04), quedando claro que lo que interesa no es que el Estado sobreviva a toda costa, sino aun dentro de dicha filosofía de supervivencia se deban respetar los principios fundamentales que la sostienen por cuanto ello va de acuerdo a su filosofía, posición que se integra a la presente propuesta de investigación y en sentido general a nuestro sistema jurídico actual, lo que viabiliza nuestro postulado teórico.

En ese sentido, aún de enfrentar el principio de proscripción de la corrupción (mediante cualquier delito de infracción de deber) y el interés superior del niño, prima este último y no solo metodológicamente, sino guarda estricta observancia a lo que Eto (2022) llama la ingeniería constitucional, y no requiere más que de una adecuada reinterpretación constitucional a fin de una adecuada operativización armónica, sistemática y unitaria con nuestro sistema procesal penal.



## **4.2. SEGUNDO EJE TEMATICO: DETERMINAR LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO PARA ATENUAR LA PENA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS**

**DISCUSIÓN:** Posibilidad de aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios

A fin de abordar adecuadamente el presente eje temático y superar el mismo, por cuanto además del método dogmático, este sub eje debe trabajarse también con el método sistemático y analítico, resulta imperativo desarrollar si de la propuesta teórica concluida, el interés superior del niño en su núcleo esencial es absoluto, en el anterior eje guarda armonía y resulta sistemática con el proceso penal peruano actual, por lo que resulta imperativo analizar cuál es la filosofía de la determinación de la pena en nuestro sistema procesal penal, si nuestra propuesta teórica es viable con nuestro sistema de resolución de conflictos de principios, así como identificar dentro de que margen operativo de punición es que se debe aplicar nuestra propuesta teórica para finalmente proponer una metodología de aplicación práctica, sistematizando todo el recaudo teórico realizado en el anterior eje.

### **4.2.1. Filosofía de la determinación judicial de la pena en el Perú**

Para Magariños (1993) afín a la filosofía de Roxín, considera que la determinación judicial de la pena tiene el problema que obedece a la arbitrariedad del juzgador en el caso concreto porque la Ley penal permite ello, a fin de superar dicho problema considera que: **1)** Se debe partir como límite cuantitativo máximo de la pena el establecida en la Ley penal en cuanto a la culpabilidad, **2)** Partiendo de ese punto, se pasa a debatir si por razones de prevención especial es posible



aplicar una pena menor, sustituir o no aplicar pena, sin embargo dichas facultades no deben dejarse al arbitrio de los tribunales porque sus razonamientos resultarían erróneas, 3) Se debe establecer “mecanismos” que limiten la actividad judicial en dichas operaciones a fin de permitir la solución del conflicto social. (pp. 71-86)

Para Prado (2015) y cuya posición inicial fue con la entrada en vigencia de la Ley N.º30076, la determinación judicial de la pena tiene como filosofía que dicho marco legal punitivo se orienta a identificar un adecuado procedimiento técnico, valorativo y sanción individual que finalmente resulte racional y compatible con nuestro sistema procesal penal. (pp. 31-49)

Un Prado más maduro (2018) identifica que en nuestro sistema de determinación de la pena se permite un modelo de arbitrio judicial amplio, puesto que en este Código Penal, a diferencia de las anteriores, no se hace mención a la filosofía de la determinación de la pena por lo que se entiende es de filosofía amplia. Sin embargo, precisa que la determinación judicial de la pena en esencia es un “procedimiento técnico” que obedece a reglas estrictas y por lo tanto el juzgador no puede concebir otra circunstancia que modifique la pena aunque lo justifique, porque sometidos a evaluación dichas justificaciones generalmente resultan erróneas. Advierte que uno de los problemas de nuestro sistema de determinación punitiva es que no se tiene un manejo uniforme y justificado de las reglas y circunstancias que permiten imponer una pena concreta, lo que llevó a una práctica arbitraria por parte de los juzgadores en sus decisiones. (pp. 166-187)

A efectos de la presente investigación merece especial énfasis que el mencionado autor analizó la Casación N.º335-2015 Del Santa (la cual aplicó el interés superior del niño y ponderó la pena reduciendo el delito de violación sexual



de 35 años a 5 años) delimitando que dicha ponderación y la aplicación de pena resultó en una confusión en la aplicación de las categorías establecidas en el artículo 22° del Código Penal, Maxime si se tiene presente que dicha casación vinculante en su momento, dio origen a la sentencia plenaria 1-2018. (p. 187)

Para Mendoza (2019), quien sigue la línea de Zaffaroni y partiendo de la filosofía constitucional de las normas-regla y normas-principio, considera que la determinación judicial de la pena obedece a un programa constitucional de contención penal, es decir, la determinación concreta se encuentra directamente vinculado a la constitución, aunque existan criterios que permitan discrecionalidad, estos deben ser interpretados a la luz de la constitución. Además, considera que actualmente las teorías sobre determinación e individualización son débiles y no permiten un adecuado tratamiento de la pena específica a imponer, lo que trae como consecuencia: **1)** Los fundamentos de imposición de pena carece de uniformidad y afectan la seguridad jurídica, **2)** Sus fundamentos son débiles y erróneos y ante hechos similares las penas son distintas. Finalmente, propone que para realizar una adecuada individualización de la pena se debe realizar en dos pasos: **1)** Obtener la cuantía exacta de la pena, **2)** Aplicar la ponderación a esa cuantía exacta, por cuanto la pena implica necesariamente un conflicto entre principios y la ponderación permite reducir cualquier atisbo de arbitrariedad legislativa o judicial. (pp. 96-273)

Por su parte, para Guevara (2021) quien de manera similar sigue la línea de Zaffaroni y el llamado programa de contención del poder punitivo, la filosofía de la determinación de la pena debe estar orientada por el camino de la ciencia por cuanto permite eliminar cualquier atisbo de subjetividad en el proceso



determinativo (pp. 55-58), adicionalmente, considera que ante un conflicto ya sea entre reglas o principios dentro de esta determinación punitiva, se debe dar preferencia a las normas-principio por cuanto solamente estas tienen la entidad filosófica y procesal para inclusive reducir la pena, suspenderla o absolver (pp. 424-426).

Hacemos presente que si bien es cierto, dentro de su postulado no encontramos una diferencia metodológica, consideramos que el referido autor al considerar las normas principio se refiere al núcleo esencial de estos, lo que guardaría estricta relación con Alexy, por cuanto las reglas principio, metodológicamente si resultan derrotables cuando no se encuentran directamente vinculados al núcleo esencial de éstos.

Para Cancho (2023) partiendo de la filosofía que el Derecho Penal es un sistema y no solamente un cúmulo de ideas causalistas, plantea que la operación de determinación exacta de la pena debe estar orientada a la llamada pena puntual, es decir, guiándose de la ley y sin permitir margen amplio de medición por parte del Juzgador, con lo que la pena cumpliría sus fines establecidos por ley, es decir la retribución de acuerdo al grado de culpabilidad y la prevención futura de hechos similares (pp. 79-84). Resulta de especial interés para la presente investigación que el mencionado autor se ocupa de analizar si la pena cumple con sus fines preventivos cuando se impone por debajo del mínimo legal, se exime o se suspende, al respecto detalla que bajo la lógica que en nuestro sistema procesal penal la pena no se mide a ciegas, sino amparado en el principio de proporcionalidad (en sentido operativo distinto a la metodología de la ponderación), entonces lo que el Juzgador realiza en esa concreta operación, es



corregir un caso concreto, lo que implica que la pena en su determinación concreta por debajo del umbral de punibilidad legal, sigue cumpliendo de manera adecuada con el fin de prevención. (pp. 76-71)

Queda claro entonces, a pesar que la doctrina se decanta por un margen de decisión amplio y uno de decisión puntual de la pena, que para nuestro sistema procesal penal la determinación judicial de la pena se rige por la siguiente filosofía: **1)** Con la entrada dentro de nuestro sistema penal de la regla de tercios, la filosofía de la determinación de la pena se aleja del sistema Alemán de margen judicial amplio a uno de margen judicial concreto, **2)** La determinación individual de la pena obedece a criterios principistas que priman sobre las reglas, **3)** Dentro de la determinación de la pena no se le puede otorgar márgenes de interpretación amplias al Juzgados porque mayormente resultas erróneas, **4)** Los criterios de determinación de pena individual actuales resultan arbitrarios y afectan la seguridad jurídica, **5)** Aún de reducirse por debajo del mínimo legal, suspenderse, convertirse, eximirse la pena concreta, sigue cumpliendo con su fin de prevención ante la sociedad.

Resulta necesario precisar nuevamente (aunque ya se desarrolló en su respectivo ítem) que la Sentencia-Plenaria-001--2018-CIJ-433, recibe toda esta doctrina, independientemente de su orientación (margen de delimitación amplia y margen de pena concreta puntual de la pena) y respecto a la determinación judicial de la pena concreta, es de la filosofía que la ponderación resulta errónea en esta etapa procesal concreta, y así precisamente, fue la ponderación en la determinación judicial de la pena la que llevó a la creación de esta jurisprudencia. Además, es de la filosofía que en este aspecto concreto de determinación, si bien



el legislador debe determinar la cuantía exacta de la pena, la regla de tercios establecida permite establecer que mientras menos arbitrio judicial exista en su determinación más segura y constitucional será la pena a imponer. (fundamento 20)

Entonces, la presente propuesta, guarda relación con la filosofía de la determinación exacta de la pena que nuestro sistema procesal penal recalca mediante jurisprudencia, lo que permite analizar el siguiente sub-item de manera confiable.

#### **4.2.2. Viabilidad de reconocimiento de supraprincipio o principio absoluto del interés superior del niño en su núcleo esencial**

La línea jurisprudencial establecida para este tipo de conflictos entre el interés superior del niño y los delitos de corrupción de funcionarios en concreto es que se resuelven mediante la ponderación y dicha metodología, al menos teóricamente, debería de ofrecer la solución al caso concreto. Lo cierto es que en los pronunciamientos de la Corte Suprema existen marcadas divergencias en cuanto a dicho tratamiento, tal es así que inclusive desconocen completamente al niño como víctima indirecta del proceso penal (como se ha desarrollado en su ítem respectivo), lo que atenta contra las propias funciones nomofiláctica y dikelógica de la Casación.

Inclusive, estos pronunciamientos divergentes afectan directamente otro principio que es la seguridad jurídica la misma que el propio Tribunal Constitucional reconoce como principio fundamental en el expediente N.º0016-2002-AI/TC, en el sentido que ya no se puede establecer con meridiana claridad



la predecibilidad de las conductas de los juzgadores, ya que estos actuarían arbitrariamente en base a su subjetividad, lo que dicho sea de paso se encuentra proscrita a nivel constitucional.

Conforme se ha desarrollado, debe tenerse presente que, el propio tribunal constitucional considera que, la mejor solución ante conflictos es la argumentación, y parte de dichos esfuerzos es la llamada metodología de la ponderación. Sin embargo, si dicha metodología no permite solucionar conflictos entre principios de manera satisfactoria se debe mirar hacia otros lados a efectos de buscar otra solución, lo que guarda estricta observancia a lo desarrollado por Alexy, por cuanto el mismo autor prevé que (como se desarrolló en su sub-eje respectivo) existen los principios absolutos.

En ese sentido, la pregunta que nos permite abordar satisfactoriamente el presente sub-eje es: ¿Podemos usar alguna otra teoría que no se ha desarrollado de manera suficiente o no tiene reconocimiento amplio dentro de nuestro sistema jurídico de manera satisfactoria?, el acercamiento jurisdiccional más completo nos lo otorga el supremo interprete de la constitución en el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaído en el expediente N.º047-2004-AI/TC, donde desarrolla que dentro de nuestro ordenamiento constitucional coexisten diferentes teorías jurídicas que si coadyuvan a la normatividad sistémica y la coherencia normativa se aceptan las mismas. Resulta interesante detallar que dicho pronunciamiento considera (dentro de uno de sus supuestos) que cuando distintos tipos de normas afectan esta coherencia durante la aplicación de las normas, especialmente por el Juzgador, se resuelven con criterios de especialidad, cronológico y **prevalencia**.



Por su parte el ex Tribuno Eto (2022) aterriza dichas ideas del Tribunal Constitucional delimitando que independientemente de la clasificación interpretativa que se dé a las normas dentro del ordenamiento constitucional, estas no pueden ser consideradas como verdaderas o falsas, sino correctas e incorrectas teniendo en cuenta su buena o mala aplicación y las perspectivas del autor que propone la misma. (p. 144)

En cuanto a la creación, postura o interpretación dogmática en materia penal García Cavero (2019) considera que las instituciones dogmáticas ya establecidas no es que se puedan tomar como verdades absolutas e inmutables, sino inclusive pueden advertir la presencia de déficits en algunas de sus construcciones, por lo tanto, debe abordarse desde una posición crítica, ya que solo aplicando dicha filosofía se permitirá una correcta aplicación de las instituciones jurídica en el caso concreto. Lo que en concreto pone de manifiesto que la labor de la dogmática penal es servir de puente entre la Ley y la práctica de la misma (p. 49)

En la Apelación N.º9-2015-Lambayeque, la Corte Suprema precisa que la labor del Juzgador en la labor de medición de la pena, adicional a los presupuestos que la Ley prevé, no basta con mencionar la disposición normativa aplicable, sino se tiene que interpretar y mediante dicha operación determinar el significado normativo que se le otorga a la norma que se invoca para resolver, sobre todo donde se tenga dudas acerca de los alcances y sentido de la norma.

Empero esta interpretación del Juzgador (como juez de la constitución) según la Sentencia Plenaria Casatoria N.º1-2018/CIJ-443, debe realizarse teniendo presente la unidad del ordenamiento jurídico y la primacía de la



constitución sobre la Ley.

Siendo así, la presente propuesta no rompe la coherencia constitucional ni la unidad del ordenamiento jurídico, ya que la misma no representa un cambio de paradigma en la etapa procesal de determinación de la pena, sino una propuesta en doble vertiente:

La primera: El reconocimiento del interés superior del niño como principio absoluto en su núcleo esencial y con ello disminuir la pena a efectos de no afectar el desarrollo del menor el cual irradia inclusive a los delitos de infracción de deber.

La segunda: El interés superior del niño no se pondera, se aplica por jerarquía aún entre principios en el que se debe observar los requisitos (a fin de identificar el núcleo esencial) a fin de su adecuado cumplimiento en los delitos de corrupción de funcionarios, por que prima por sobre los intereses colectivos del Estado y su persecución punitiva.

Dicha propuesta, guarda estricta relación con la filosofía de nuestro ordenamiento constitucional, puesto que permite maximizar la institución del interés superior del niño en un aspecto muy concreto que es la determinación judicial exacta de la pena.

La teoría propuesta no obedece al arbitrio del investigador, sino parte de la propia propuesta de Alexy, por cuanto dicha teoría, para el caso concreto no permite satisfacer adecuadamente la resolución de casos concretos, que es lo que el Derecho Penal busca.

#### **4.2.3. Identificación del margen punitivo de aplicación**

Un aspecto trascendente que debe ser objeto de análisis es que la presente



propuesta solamente puede aplicarse al núcleo esencial del principio objeto de protección, ello debido a que reiteramos, por optimización, la Corte Suprema considera que el interés superior del niño requiere de presupuestos para su determinación, es decir funcione como regla, por ejemplo (solo a manera didáctica por cuanto los requisitos concretos que delimiten su núcleo esencial se encuentran en su respectivo sub-eje posterior )uno de estos es la carencia de antecedentes penales y el otro que la pena se ubique dentro del tercio inferior.

Lo que tiene lógica, puesto que conforme a las reglas de tercios que nuestro sistema de determinación judicial de pena establece, que las penas se encuentren en tres medidas abstractas de punibilidad implica un mayor reproche y un mayor número de circunstancias que delimitan la pena.

Nuestra propuesta, conforme se ha desarrollado, debe interpretarse de la siguiente manera: Si el sujeto activo en un delito de infracción de deber, ubica la pena dentro del tercio inferior y previo cumplimiento de los requisitos previstos en el sub-eje posterior, la pena necesariamente deberá ubicarse por debajo del mínimo legal, y aún de no encontrarse dentro del margen punitivo de 4 años, debe preferirse que se viabilice a dicho quantum punitivo a fin de convertir la pena, solo dicha operación permitirá que el niño no vea severamente limitado sus intereses a fin de desarrollarse con plenitud.

La razón por la que no se aborda el tercio intermedio y superior se deriva de: **1)** Escapa al análisis cualitativo de la presente investigación, **2)** Resulta particularmente complejo por cuando dichos escenarios revelan no solo la propia gravedad del delito, sino otorgarían una sensación de impunidad al agente, y la función de disuasión de la pena mermaría considerablemente o inclusive se



limitaría, es decir no permitiría una adecuada solución de los conflictos penales que es uno de los fines de la pena.

Ello no es una limitante más que para la presente investigación de acuerdo a los objetivos planteados, puesto que representa una oportunidad para futuras investigaciones de los aspectos no abordados en la presente tesis.

Máxime si por la estructura de la propuesta que se plantea, deja prácticamente incólume la solución de conflictos actuales en temas penales, es decir, solo a modo de hipótesis en base a lo analizado, si la pena se ubica dentro del tercio medio o superior la metodología de la ponderación cumpliría un adecuado cometido, claro con las precisiones que esboza el maestro Celis Mendoza, con lo que se pone de mayor manifiesto la viabilidad de la presente propuesta.

#### **4.2.4. Propuesta de aplicación del interés superior del niño dentro del proceso penal**

Nuestra propuesta, basada en la identificación y sistematización de los criterios del Tribunal Constitucional y mediante la optimización de la Corte Suprema a fin de determinar la operativización del interés superior del niño como principio inderrotable en su núcleo esencial, resulta mejor precisado mediante la aplicación del análisis de datos cualitativos con base en unidades, categorías y temas a fin de producir nuestra propuesta teórica y resolver el problema en cuestión. Para ello consideramos que debemos hacer uso de la codificación selectiva que según Hernández Sampieri (2018) “consiste en determinar la categoría o tema central que explica el fenómeno o problema de investigación”

(p. 491). En el caso concreto el tema central (en este sub-eje concreto) es identificar **el contenido esencial del interés superior del niño**, para dicho efecto, como unidades de base fáctica tenemos las tablas 3 al 7 y sus datos que hemos resumido de forma manual y que forman parte de la presente tesis, los que nos permiten uniformizar criterios a fin de determinar dicho núcleo esencial que permita que el interés superior del niño resulte como principio absoluto. En base a ello tenemos el siguiente cuadro:

**Tabla 8.** Propuesta de aplicación del interés superior del niño

N.º	Momento procesal	Concepto
01	Según la jurisprudencia, lo que protege el principio del interés superior del niño es:  Fuente: Tabla 3.	- Se encuentra directamente vinculado a la dignidad humana.  - Se protege al niño y las condiciones apropiadas para su desarrollo porque es el futuro del Estado.
02	En la determinación judicial de la pena busca:  Fuente: Tablas 3 al 7.	- El interés superior del niño prima a efectos de imponer una condena no efectiva y convertida a favor de su progenitor en los delitos de corrupción de funcionarios. Solo así se asegura su adecuado desarrollo a fin de que contribuya al Estado en el futuro.
03	Condiciones de cumplimiento	- El interés superior del niño,



	<p>para hablar de interés superior del niño como núcleo esencial absoluto:</p> <p>Fuente: Tablas 4 al 7.</p>	<p>adquiere el grado de principio absoluto superior en el momento de la determinación de la pena cuando (se entiende que en otros casos es derrotable ya sea por ponderación o subsunción):</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. La pena a imponer se encuentre en el tercio inferior.</li><li>2. Tenga la condición de niño o adolescente.</li><li>3. El niño dependa del condenado para su supervivencia.</li><li>4. El condenado esté cumplimiento adecuadamente con sus obligaciones.</li></ol>
<b>04</b>	<p>Consideraciones adicionales de aplicación.</p>	<p>En la sentencia o la resolución u otro que invoque este principio superior, se debe fundamentar lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. La aplicación debe realizarse de oficio o solicitud de las</li></ol>



	Fuente: Tablas 4 al 7.	<p>partes.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>2. Se debe fundamentar como es que una condena efectiva al sujeto activo afectará al niño.</li><li>3. A fin de evitar falsa sensación de impunidad, se debe convertir la pena suspendida para que el condenado internalice la gravedad de su conducta y no cometa nuevos delitos.</li></ol>
--	------------------------	--

Identificados y cumplidos dichos presupuestos, el principio de interés superior del niño se erige como absoluto y no es susceptible de derrota o inclusive limitación por ningún otro principio, aspecto que constituye la real naturaleza de dicho principio.

Debemos precisar que su fundamento axiológico es que el hombre hace la sociedad, pero en esencia el niño es hombre pero que necesita una especial protección a fin de desarrollarse y contribuir en el futuro a la sociedad.



### **4.3. TERCER EJE TEMATICO: DETERMINAR EL FUNDAMENTO LEGAL, DOGMATICO, QUE PERMITA LA APLICACIÓN DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO PARA ATENUAR LA PENA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO PENAL**

**DISCUSION:** Cual es el fundamento legal, dogmático, que permita la aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios en cualquier etapa del proceso penal.

A fin de abordar adecuadamente el presente eje temático, debe tenerse presente que en palabras de Luque (2022) la dogmática penal y los diferentes postulados, proponen soluciones prácticas a casos concretos, ese es su cometido principal. Para dicho cometido, no basta con delimitar un postulado que solo abarque lo teórico, sino también tenga rendimiento práctico, por lo tanto en el presente eje se analizarán sub ejes orientados a un cumplimiento más allá de las sentencias donde el juzgador tiene papel preponderante, las que si bien manifiestan el punto de partida de la adecuada dosimetría penal, la propuesta tiene potencial para abarcar etapas anteriores al juicio oral.

#### **4.3.1. Fundamento legal y dogmático**

Además de la sentencia, en concreto en la determinación concreta de la pena, que es la etapa estelar donde la presente propuesta tiene su mayor rendimiento, la misma puede ser incorporada adicionalmente en tres actos procesales concretos donde se analiza la pena concreta a aplicar: La terminación anticipada, conclusión anticipada y la prisión preventiva, si perjuicio (de acuerdo a la filosofía que el Tribunal Constitucional ha desarrollado, la optimización que



la jurisprudencia delimita y hemos analizado) que se tome como pauta de aplicación a lo largo de todo el proceso penal.

**Terminación anticipada.** La presente propuesta tiene mayor alcance en el presente acto procesal, por cuanto, al permitir delimitar que el interés superior del niño se aplica obligatoriamente el caso donde el imputado tiene un hijo menor de edad, no requiere de la metodología de la ponderación, en el que solamente el juzgador como juez de la constitución puede realizar dicho proceso.

El enfoque que el investigador pretende demostrar se encuentra mejor detallado en el siguiente caso concreto en el expediente N.º2209-2022-68-JR-PE-04, donde el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Puno conoció el siguiente caso:

El sujeto activo fue procesado por el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, los hechos y pruebas que lo involucraron fueron contundentes, en ese sentido se le impuso la medida de prisión preventiva, la pena en abstracto para dicho delito es de 06 a 10 años. Ahora, considerando que un juicio resultaría innecesario por la claridad del caso, el sujeto activo solicitó la terminación anticipada del proceso, durante la negociación con el Ministerio Público se alegó dos aspectos: **1)** La reducción de la pena por terminación anticipada, **2)** La reducción de la pena por el interés superior del niño dado que el procesado tiene 2 hijos menores que dependen de éste por cuanto la madre no cuenta con trabajo estable. Sin embargo, el Ministerio Público (durante las 3 sesiones que duró la negociación) no aceptó reducir la pena de 06 años a 04 años por cuanto su argumento central es el de definir a los delitos de infracción al deber como delitos gravísimos que afectan directamente al Estado, por lo tanto, el



mensaje que se daría a la sociedad sería el de impunidad ante estos delitos, ante ello el procesado se vio obligado a aceptar dichas condiciones teniendo presente que expresó que no quería continuar con un proceso donde finalmente se le condenaría. Por lo tanto, el marco abstracto de 6 años fue reducido a 5 años con la calidad de efectiva, la misma que fue aprobada mediante resolución N.º10-2022 de fecha 22 de noviembre de 2022. En dicha sentencia, a pesar de encontrarse obligada a emitir pronunciamiento por cuanto se le puso en conocimiento del Despacho Judicial los menores hijos que dependían del procesado, el despacho se limitó a argumentar que se tomó en cuenta dicha carga familiar del procesado y por ello la pena se partía desde los 6 años para llegar a 5 años efectiva.

Un aspecto trascendente del presente caso, es que a pesar que se alegó el interés superior del niño y los requisitos a fin de su adecuada identificación se cumplieran, el Juzgado no aplicó lo desarrollado en la Casación N.º936-2018-Ayacucho, que establece si existe un acuerdo arbitrario el juez debe desaprobar la terminación anticipada, porque el control judicial de la pena que éste realiza se centra en defender que la pena resulte legal, en el que inclusive de oficio el juez puede evaluar si en el caso concreto se posibilita una disminución punitiva por debajo del extremo de la pena.

Metodológicamente, este caso nos permite evidenciar, que el estado de la cuestión no se limita a establecer que el interés superior del niño no se viene aplicando de manera satisfactoria al momento de determinar la pena, sino el mensaje que se envía de esta inadecuada operatividad es que el Ministerio Público no puede hacer un uso efectivo del mismo en los delitos de corrupción de funcionarios por cuanto consideran que la negociación no puede versar sobre una



pena por debajo del mínimo legal, puesto que al resultar el delito de cohecho en la función policial un delito grave, se tiene que imponer a rajatabla una sanción punitiva efectiva. Lo que evidencia también que el análisis que se realiza en ambas instituciones (interés superior del niño versus delitos de infracción de deber) resulta intuitivo y no sistemático (que en palabras de Caro desnaturaliza y subjetiviza el análisis de la teoría del delito), lo que permite sostener como se encuentra el estado de la cuestión en esta etapa procesal.

Teniendo presente dicha cuestión, es que la presente tesis tiene mayor rendimiento práctico, por cuanto al delimitar una mayor jerarquía y cumplir los requisitos establecidos, la pena a imponer debe reducirse hasta permitir convertir la misma en prestación de servicios comunitarios, lo que permitirá cumplir adicionalmente de mayor medida con la filosofía de este mecanismo de simplificación procesal, cuyo aspecto de costo beneficio de analiza en mayor medida en los sub-ejes posteriores.

**Conclusión anticipada.** Teniendo presente lo desarrollado, si el procesado se acoge a este mecanismo de simplificación procesal, el Juzgador caería en el mismo escenario que la determinación judicial de la pena, por lo que es indudable que se prefiera una pena convertida a prestación de servicios, el mismo que cumple con los fines de la pena conforme a lo desarrollado en la presente tesis.

**Prisión preventiva.** Lo desarrollado en la presente tesis, coadyuva a una adecuada imposición de la presente medida de coerción personal, en el extremo del análisis de pronóstico de la pena, por lo que se debe hacerse uso de la presente propuesta a efectos de resolver o no la imposición de la presente medida de



coerción, debe tenerse presente que teniendo en cuenta la naturaleza de la presente propuesta, en nada limita un análisis de la ponderación a fines de imposición de prisión preventiva, por cuanto la misma responde a otro extremo distinto de la prognosis de la pena.

El rendimiento práctico de la presente tesis en este eje temático es que, a fin de aplicar el interés superior del niño de manera eficiente primordialmente en la terminación anticipada, no requiere de la participación del Juzgado más que en la aprobación de la misma, que por la naturaleza de principio superior resulta evidente y categórico que la pena debe disminuirse.

#### **4.3.2. Evaluación de la propuesta de tesis mediante el análisis económico del derecho**

**Justificación.** Es innegable que de la propuesta esbozada en la presente investigación se aleja de la argumentación como principal herramienta de la determinación de la pena y su vertiente de control judicial amplio, y se decanta por la aplicación rigurosa de instituciones concretas como el interés superior del niño. Dicha postura estrictamente racional, se adhiere al pensamiento del llamado racionalismo práctico de la cual el análisis económico del derecho es una de sus teorías que más representa a dicha filosofía.

Según Martínez-Cinca (2015) el primer campo humano donde se ha hecho uso del análisis económico del derecho es en el Derecho Penal centrandose su concepción clásica en la previsión de conductas y la implicancia penal de estas, ello en el análisis que Beccaria realiza sobre el comportamiento del contrabandista y su análisis de costo-beneficio en la comisión de delitos. Dicho investigador



considera que el derecho procesal penal es donde el análisis económico del derecho tiene mayor impacto, porque se pueden medir dichas instituciones procesales con mayor detalle.

Entonces, el núcleo de discusión *penal* radica en la eficiencia del uso de los recursos, postura metodológica de la que parte el mismo Alexy y así se ha analizado en la presente tesis, entonces según Montani (2013) estructuralmente hablando se define un análisis doble: **1)** Dirigido a valorar la eficacia interna de las reglas jurídicas con el fin de disuadir al delincuente o neutralizar los costos de transacción que genera procesarlo; **2)** Proponer la reforma del sistema procesal penal mismo con una orientación económica con la utilización eficaz de los recursos.

En esencia, se hace uso del Análisis Económico del Derecho porque esta herramienta pretende realizar una mejor distribución de los recursos en los casos penales y la persecución de estos, con lo que los recursos fácticos y jurídicos, a los que hace referencia Alexy en su metodología de ponderación, resultan adecuadamente usados.

(Marciani Burgos y otros, 2020) precisa que el análisis económico del derecho se encuentra presente dentro del derecho penal con autores actuales muy reconocidos como César Higa. Es más, en Argentina (Sagues, 2009), considera el análisis económico del derecho ha tenido una vinculación estrecha en el programa jurisdiccional, por cuanto se evaluaron conceptos técnicos de las sentencias como eficiencia y utilidad, dichos criterios prácticos se encontrarían desarrollados (a criterio del investigador) en lo siguiente:

Mediante la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente



a los retos del siglo XXI, celebrado en Viena desde el 10 al 17 de abril de 2000 los Estados miembros de las Naciones Unidas, en clara posición a favor de sobre una justicia no meramente punitiva sino también restaurativa, declaran en su artículo 28°:

“28. Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas”. (artículo 28)

Bajo la misma lógica, en la “Declaración de Bangkok Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal”, en el 11° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok del 18 a 25 de abril de 2005, bajo el mismo panorama restaurativo, estableció en su artículo 32°:

“32. Para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas de juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda”. (artículo 32)

Bajo dicha lógica se puede inferir sin lugar a dudas de que el sistema



punitivo moderno, debe ser uno que responda a las expectativas actuales, es decir el Derecho Penal como lo refiere Jacobs debe marchar al compás de nuestra época, y por lo tanto se debe de mirar no solo la posibilidad filosófica de una construcción dogmática, sino la posibilidad práctica de dicha construcción teórica, por cuanto la investigación en el campo del Derecho Penal, en palabras de Mamani Luque (2022) resuelve casos penales concretos.

### **Análisis costo beneficio de aplicar el interés superior del niño en terminación anticipada**

Precisamos que el análisis de costo-beneficio se circunscribe al Ministerio Público, por cuanto en la conclusión anticipada y la prisión preventiva, la situación queda clara en base al desarrollo anterior.

### **Estado de la carga procesal penal en las fiscalías del Perú.**

Al día de hoy, presupuestalmente hablando, el Estado (2021) considera que el Ministerio Público presenta dos problemáticas principales: **1)** Solicita constantemente la ampliación de su presupuesto para cumplir con sus funciones de manera adecuada, ya que los recursos que le son asignados anualmente resultan insuficientes, **2)** A pesar de solicitar mayores recursos, estos le son denegados constantemente y recibe menos del 30% del presupuesto que solicita anualmente. Asimismo, de las estadísticas del Ministerio Público (2023) actualizadas al 2019 de todos los casos que conoció dicha institución, los delitos de corrupción de funcionarios alcanzaron niveles preponderantes conforme a la siguiente figura:

**Figura 3.** Carga procesal del Ministerio Público

**Cuadro N°39**

Casos ingresados y atendidos en Fiscalías Provinciales especializadas, Enero - Noviembre 2019.

FISCALÍAS	TOTAL		% DE ATENCIÓN
	INGRESADO	ATENDIDO	
ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	12,603	11,624	92.23
SUPRAPROVINCIAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	45	40	88.89
ESPECIALIZADAS CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	860	812	94.42
SUPRAPROVINCIALES ESPECIALIZADAS CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	309	283	91.59
ESPECIALIZADAS EN DELITOS ADUANEROS Y CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL	2,539	2,426	95.55
ESPECIALIZADA EN DELITOS TRIBUTARIOS	93	88	94.62
ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y PERDIDA DE DOMINIO	1,085	742	68.39
SUPRAPROVINCIALES ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y PERDIDA DE DOMINIO	238	228	95.80
ESPECIALIZADAS EN MATERIA AMBIENTAL	9,549	9,146	95.78
ESPECIALIZADAS EN PREVENCIÓN DEL DELITO	17,708	17,619	99.50
ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE TRAFICOS ILICITO DE DROGAS	3,072	2,983	97.10
ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE TRATA DE PERSONAS	746	740	99.20
ESPECIALIZADA DE TURISMO	412	396	96.12
ESPECIALIZADAS EN TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL	15,944	13,973	87.64
PENALES SUPRAPROVINCIALES	277	227	81.95
ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR	131,763	78,453	59.54
<b>TOTAL</b>	<b>197,243</b>	<b>139,780</b>	<b>70.87</b>

*Fuente:* Sistema de Gestión Fiscal -SGF, Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal – SIATF

Elaborado por: Oficina de racionalización y Estadística – ORACF

## 1. Costos y beneficios concretos

### 1.1. Costos.

La presente propuesta no generará algún costo al estado debido a que para su implementación no se requiere ningún cambio estructural que requiera de gastos económicos, solo la aplicación estricta del interés superior del niño como principio absoluto específicamente en su núcleo esencial.

### 1.2. Beneficios.

A fin de evaluar adecuadamente los beneficios concretos de la aplicación del interés superior del niño, tres herramientas metodológicas del análisis



económico nos permiten conocer los beneficios de la misma: El criterio de Pareto, análisis de externalidades e internalidades y teoría de juegos.

### ***Criterio de Pareto.***

Usando los limitados recursos con los que cuenta el ministerio público, tenemos que la persecución punitiva está aplicado al criterio de Pareto, sin embargo, esta situación puede mejorarse con la aplicación de una adecuada terminación anticipada que permita que usando los mismos recursos el Ministerio Público en delitos de corrupción de funcionarios pueda solucionar los procesos de manera mucho más célere y por lo tanto conocer otros casos con mayor énfasis, entonces la fórmula a aplicar es que; un caso sometido adecuadamente a terminación anticipada aplicando la pena convertida por debajo del mínimo legal del tipo penal permitirá que el despacho fiscal conozca con mayores recursos otros casos de corrupción.

### ***Internalidades y Externalidades.***

***Internalidades.*** 1) El hijo menor del condenado podrá satisfacer de manera completa sus exigencias con su padre/madre lo que permitirá que su desarrollo en el Estado se realice de manera óptima y acorde a un estado constitucional de derecho, 2) El imputado internalizará de mejor manera el proceso penal y el cumplimiento de los fines de la pena, lo que permitirá que cumplida la pena impuesta se reinserte de manera óptima en la sociedad, 3) La pena como disuasión se seguirá cumpliendo.

***Externalidades.*** **Negativas**, no se han presentado externalidades de este tipo; **positivas**, se cumplirá con el derecho penal constitucional de contención, los procesos de terminación anticipada cumplirán los fines que fueron previstos.



*Teoría de juegos. (La teoría de los juegos es una herramienta metodológica, cuya finalidad es entender una realidad en el marco de un comportamiento estratégico a fin de predecir las estrategias de cada uno de los involucrados.)*

Para una mejor explicación se analizará con el siguiente cuadro, donde los valores son:

**Cada fiscal** en cada mes tiene 100 créditos como tope para conocer casos penales.

**Cada crédito** (01) representa el esfuerzo personal, institucional para perseguir delitos de infracción de deber.

**Recursos internos:** los recursos que usa el estado para perseguir delitos, estos recursos son el esfuerzo del fiscal, asistentes, practicantes, peritos, vehículos, hojas, horas de trabajo, defensor de oficio, etc.

**Recursos externos:** recursos que no ocasionan gasto al estado, abogado defensor particular, perito particular, la propia iniciativa de las partes, EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, etc.

**Promoción de la acción penal:** los gastos generados de los créditos que tiene el fiscal para conocer un caso penal, hasta llegar a acusación o sobreseimiento.

**Uso de la terminación anticipada y reducción por debajo del mínimo legal por interés superior del niño:** los gastos o beneficios que aporta el Ministerio Público (mediante recursos internos) o las partes (mediante recursos externos) utilicen para la solución de esta controversia penal.

Dicha metodología, a efectos de una adecuada pedagogía, debe realizarse mediante un cuadro de doble entrada, por cuanto así se podrá establecer una mejor distribución de los sujetos que intervienen en esta metodología.

Por lo tanto, tenemos:

**Figura 4.** Teoría de juegos del interés superior del niño

TEORIA DE JUEGOS	RECURSOS INTERNOS			RECURSOS EXTERNOS			
	PROM ACCIÓN PENAL	5	-	5	-	-	+1
TAP (debajo de mínimo legal por ISN)	1	-	3	-	-	+5	Total: +4
			Total: -10	5	-		Total: -4
			Total: -4	1	-		Total: +4

En esta tabla desarrollada, se denota lo siguiente: **i)** aplicar la acción penal y utilizar los recursos internos del Ministerio Público, generan un costo representado por -5 en el primero y en el segundo -5, es decir en total -10 lo que representa un costo muy alto para el Ministerio Público, **ii)** aplicar la acción penal sin recursos internos significará un costo representado por -4, y aplicando los recursos externos el que estará representado por -4, dará un total de costo de -4, que si bien no es un costo muy alto, es un costo considerable respecto de los recursos del Ministerio Público, **iii)** ahora bien, aplicar la terminación anticipada por debajo del mínimo legal por interés superior del niño, estará representado por -1, y en caso de usarse los recursos internos representará -3, lo que da un total de -4, que significaría una reducción máxima de los costos con la intervención de recursos internos para negociar una terminación anticipada, y **iv)** ahora bien, en caso que se aplica una terminación anticipada el costo es -1, pues esta no será a



nivel del Ministerio Público, y en caso de usarse los recursos externos, representado por el +5, dará un total de +4, lo que significa que se reducirán los costos y por el contrario presenta la estrategia dominante cuando se aplica la terminación anticipada.

En conclusión, permite establecer con claridad cual es la estrategia dominante de los agentes del proceso penal, puesto que se ve claramente que, aplicando la predictibilidad de la conducta, que tanto el Ministerio Público como las partes, al hacer un análisis de costo beneficio se decantaran ineludiblemente por la alternativa de terminación anticipada, por cuanto delimita una fórmula de ganar/ganar para ambas partes.



## V. CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que el desarrollo dogmático por parte del Tribunal Constitucional, sumado a la optimización por parte de la jurisprudencia, a la vez adicionado a nuestra reinterpretación de propuesta teórica basada en doctrina autorizada, delimitan que la naturaleza jurídica del interés superior del niño dentro del proceso penal, es del reconocimiento de un principio fundamental absoluto que no se debe ponderar sino aplicar de manera irrestricta siempre que se encuentre dentro de su núcleo esencial, por lo que su adecuada operatividad, al encontrarse en conflicto con el principio fundamental de proscripción de la corrupción que se materializa en los delitos de corrupción de funcionarios en el estado de la determinación de la pena, es que prevalece sobre este y por extensión a cualquier otro tipo de delitos por cuanto solo así se permite que el niño pueda desarrollar adecuadamente su personalidad y contribuir a la sociedad en el futuro. En ese sentido, se debe disminuir la pena por debajo del mínimo legal y convertirla a prestación de servicios a la comunidad, lo que permitirá cumplir adecuadamente la filosofía de la pena en que se inspira el sistema procesal penal peruano.
2. Se ha determinado que la filosofía que inspira nuestro sistema jurídico procesal penal en cuanto a la determinación de la pena es la de limitar en la mayor medida de lo posible la discrecionalidad judicial por cuanto mayormente resulta errónea, en ese sentido la propuesta teórica que se aborda en la presente tesis se condice con dicha inspiración, además que el interés superior del niño como principio absoluto dentro de su núcleo esencial no colisiona con la unidad de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y se respeta la primacía de la constitución.



Sin embargo, conforme a lo desarrollado, se limita a aplicarse cuando la pena fijada en el delito de corrupción de funcionarios se encuentra dentro del tercio inferior, no se aborda la posibilidad de aplicación en cuanto al tercio intermedio y superior, lo que representa la base para futuras investigaciones al respecto en dichos extremos. A fin de aplicar adecuadamente este supraprincipio debe cumplir cabalmente lo propuesto en la tabla N.º08.

3. Se ha determinado que el interés superior del niño, al delimitarse en un supraprincipio debe aplicarse prioritariamente en el mecanismo de terminación anticipada, conclusión anticipada y prisión preventiva por que en dichos escenarios se debate la graduación concreta de la pena. Debe tenerse especial consideración en la terminación anticipada porque la presente propuesta teórica prescinde de la intervención por parte del Juzgador lo que significa el mayor rendimiento operativo de la presente tesis. Asimismo, aplicando la propuesta teórica dentro de un ámbito puramente práctico desde la postura del análisis de costo-beneficio, usando las herramientas metodológicas del análisis económico del derecho, la postura dominante es de aplicar el interés superior del niño a fin de disminuir la carga procesal, lo que significa que el Ministerio Público podrá conocer otros procesos con mayor diligencia, es decir una adecuada aplicación de la presente propuesta significa una estrategia de ganar-ganar.



## VI. RECOMENDACIONES

1. A los Jueces, deben tener presente que el principio del interés superior del niño es absoluto en su núcleo esencial, por lo que prima en la determinación de la pena ante los delitos de corrupción de funcionarios y en general ante cualquier otro principio fundamental.
2. A los Jueces, en el momento de la determinación de la pena en delitos de corrupción de funcionarios y el sujeto activo tenga a su cargo un menor que dependa de éste para desarrollarse adecuadamente, además de lo desarrollado en la tabla N.º08 que integra la presente, teniendo especial énfasis en que la pena sea graduada en el tercio inferior, deben tener en cuenta lo desarrollado en la presente tesis. Por lo que, cumpliendo su papel de Juez de la Constitución están obligados a disminuir la pena del sujeto activo y convertirla en prestación de servicios, a fin de asegurar el desarrollo y posterior integración del niño en la sociedad.
3. A los operadores del derecho Fiscales y Abogados, al momento de encontrarse en la etapa de determinación de la pena en la terminación anticipada, teniendo presente lo desarrollado en la tesis, deben de aplicar la pena, siempre que se encuentre dentro del tercio inferior y previo cumplimiento de los requisitos de la tabla N.08, y convertirla a prestación de servicios, operativamente deben tener presente que de esta manera se cumple con efectividad la filosofía de la terminación anticipada. Deben tener especial consideración que ello no implica la impunidad de la conducta del sujeto activo, sino se encuentra dirigido a proteger al menor, cumpliendo el estado constitucional de derecho.



## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló, J. (2021). *En defensa del estado constitucional de derecho*. Palestra.
- Alfredo, B. (2018). *Análisis económico del derecho*. Fondo Editorial PUCP.
- Arce, E. (2022). *El Derecho Como Objeto de Investigación, enfoque metodológicos y técnicas de recolección de datos*. Lima: Palestra.
- Atienza, M. (2021). *Debates iusfilosóficos sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Palestra.
- Battista, G. (04 de noviembre de 2019). *Diferencias entre reglas y principios, por Giovanni Battista Ratti*. [video adjunto]. Youtube.  
<https://www.youtube.com/watch?v=kYbMQv3aw18&t=109s>
- Burga, A. M. (2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta constitucional*, (47), 253-267.
- Bustamante, T. (2010). Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *DOXA, cuadernos de filosofía del derecho*, (33), 79-108.
- Cabrera, L. (2020). Ponderación de los derechos constitucionales: principios y valores en Colombia. *DIXI* (22), 17. <https://doi.org/https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.01.06>
- Calderón, T. (2018). El principio del interés superior del niño como principio garantista en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos en el Perú. [Tesis de pregrado]. Universidad Nacional de Ancash Santiago Antunez de Mayolo, Ancash. Recuperado de



<http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2731>

Cancho, C. J. (2023). *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. Martell Acabados Gráficos E.I.R.L.

Chano, L. (2022). Ponderación (Tribunal Constitucional Español). *Economía, revista en cultura de la legalidad*(23), 241-253.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.20318/economia.2022.7121>

Corte superior de justicia de puno Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Provincia de Puno. (2022, 12 de octubre). *Sentencia de Vista N.º 256-2022*.

Corte Superior de Justicia de Puno, Primer Juzgado de Investigación Preparatoria - Sede Juliaca. (2022, 25 de agosto). *Resolución Nro. 05-2022*.

Corte Superior de Justicia de Puno, Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora y Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Puno. (2022, 08 de agosto). *Sentencia de Vista N.º 170-2022*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (06 de junio de 2017). *Recurso de Nulidad N.º 3495-2015-Ancash*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2018, 18 de diciembre). *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433*.  
<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>

Corte Suprema de Justicia de la República. (2023, 24 de abril). *Recurso de Nulidad N.º 1823-2022-La Libertad*.

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2018, 28 de mayo). *Recurso de Nulidad N.º 761-2018/Apurímac*.

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2020, 05 de



noviembre). *Recurso de Nulidad N.º2217-2019-Junín.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2020, 06 de octubre).

*Recurso de Nulidad N.º2004-2019-Lima.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2020, 17 de junio).

*Casación N.º1348-2019-Puno.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2021, 05 de mayo).

*Recurso de Nulidad N.º679-2020-Apurimac.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2022, 20 de marzo).

*Casación N.º1465-2022-Selva Central.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2022, 25 de febrero).

*Revisión de Sentencia N.º380-2020-Ucayali.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2023, 06 de febrero).

*Apelación N.º29-2023-Cuzco.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2023, 18 de enero).

*Casación N.º1067-2022-Huancavelica.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2023, 27 de enero).

*Casación N.º1068-2021-Puno.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente. (2023, 27 de febrero).

*Casación N.º438-2022-Lima Norte.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Transitoria. (2019, 22 de julio).

*Recurso de Nulidad N.º2341-2018-Lima.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Transitoria. (2023, 06 de marzo).

*Recurso de Nulidad N.º291-2022-Lima.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Transitoria. (2023, 17 de enero).



*Recurso de Nulidad M.°109-2022.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Transitoria. (2023, 20 de marzo).

*Recurso de Nulidad 1966-2022-Lima Sur.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Transitoria. (2023, 28 de marzo).

*Recurso de Nulidad N.°1006-2022-Lima Sur.*

Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Transitoria. (2023, 30 de marzo).

*Recurso de Nulidad N.°1434-2022.*

Eto, G. (2022). *La transversalización del derecho constitucional*. Grijley.

Fernández, M., Urteaga, P., & Verona, A. (2015). <https://cdn02.pucp.education>.

[https://cdn02.pucp.education:https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO\\_D.pdf](https://cdn02.pucp.education:https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO_D.pdf)

Flores, C. (2004). *Criminología*. Imprenta y encuadernación II Tigres.

García, J. (2019). *Ponderación judicial estudios críticos*. Zela.

García, J. & Dalla-Barba, R. G. (2022). *Principios jurídicos, el debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*. Palestra .

García, P. (2019). *Derecho penal parte general, 3ra edición corregida y actualizada*. Ideas.

García, J. (2019). La ponderación de intereses como método. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (16), 293-311.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4707>

Guevara, I. (2021). *La determinación judicial de la pena concreta, la regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo*. Gamarra Editores.

Hernandez Sampieri, R., & Mendoza Torres, C. P. (2018). *Metodología de la investigación, las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Mc GRAW-HILL.



- Janampa, J. (2021). *Interpretación constitucional, fragmentos teóricos*. Ara editores.
- Marciani, B., Sotomayor, J. E., & Cornejo, L. (2020). *Justicia Derecho y Mercado, una investigación sobre el análisis económico del derecho en el Perú*. Zela.
- Martínez-Cinca, D. (18 de mayo de 2015). [www.youtube.com](http://www.youtube.com). [www.youtube.com: https://www.youtube.com/watch?v=zJ4V9T4yIz4&t=2425s](https://www.youtube.com/watch?v=zJ4V9T4yIz4&t=2425s)
- Mendoza, F. (2019). *La medida del dolor, determinación e individualización de la pena*. Idemsa.
- Mendoza, Y. (2022). Interés superior del niño y el adolescente en la aplicación de la prisión preventiva de los progenitores procesados, Tumbes-2022. [Tesis de pregrado]. Universidad Nacional de Tumbes, Tumbes. Recuperado de <https://repositorio.untumbes.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12874/63602/TESIS%20-%20MENDOZA%20MORAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Montani, E. (2013). Crímenes económicos, derecho penal y economía: prueba de diálogo. *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal 2013-2014, de la universidad de Chile*.
- Morales, F. (2005). ¿Qué teoría del derecho asume el Tribunal Constitucional peruano? *Foro jurídico*, (04), 189-197.
- Nizama, M., & Nizama, L. M. (01 de julio de 2020). <https://www.aulavirtualusmp.pe>. <https://www.aulavirtualusmp.pe:https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1807>
- Peruano, E. (08 de junio de 2021). <https://www.gob.pe/>. <https://www.gob.pe:https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/499513-ministerio-publico-solicita-ampliacion-presupuestal-para-atender-obligaciones-prioritarias>
- Prado, V. (2018). *La dosimetría del castigo penal, modelos reglas y procedimientos*.



Ideas.

Prado, V. Demetrio Crespo, E., Velázquez Velásquez, F., Van Weezel, A., & Couso, J. (2015). *Determinación judicial de la pena*. Instituto Pacífico.

Público, M. (07 de enero de 2023). <https://www.mpfm.gob.pe>. [https://www.mpfm.gob.pe/estadisticas/](https://www.mpfm.gob.pe:https://www.mpfm.gob.pe/estadisticas/)

Ramos, C. (2018). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Lex & Iuris.

Relat, M. (2010). *Introducción a la investigación básica*. Centro de Investigación. [https://www.researchgate.net/publication/341343398\\_Introduccion\\_a\\_la\\_Investigacion](https://www.researchgate.net/publication/341343398_Introduccion_a_la_Investigacion).

Robert, A. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales, segunda edición*. Centro de estudios políticos y constitucionales.

Robert, A. (2022). *Principios jurídicos, el debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*. Palestra.

Rodriguez, M. (2022). Interés superior del niño y disminución de punibilidad en delitos de violación sexual, en los juzgados supraprovinciales de San Martín, 2019-2021. [Tesis de maestría]. Universidad César Vallejo, Tarapoto. Recuperado de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/97564>

Roxin, C. (15 de 01 de 2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 1-27. Retrieved 19 de enero de 2023, from <http://criminet.ugr.es/http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal, traducción de la novena edición alemana*. Marcial Pons.



- Roxín, C., Beloff, M., Magariños, M., Ziffer, P., Bertoni, E., & Ríos, R. (1993). *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto.
- Sagues, S. (2009). El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación de la unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Pensamiento Constitucional*, (14), 225-255.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. IUSTITIA.
- Salinas, R. (21 de diciembre de 2021). <https://lpderecho.pe/>. <https://lpderecho.pe/tesis-doctoral-magistrado-ramiro-salinas-siccha/>
- Santamaría, L. (2017). *La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional [Tesis de doctorado, Universitat Internacional de Catalunya]*. <https://www.tdx.cat/handle/10803/565731#page=1>.  
<https://www.tdx.cat/handle/10803/565731#page=1>
- Sernaque, A. (2021). El interés superior del niño en la constitución política del Perú de 1993. [Tesis de maestría]. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Recuperado de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/8448>
- Solís, A. (2022). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: FFEECAAT E.I.R.L.
- Sotelo, B. (2019). El interés superior del niño frente a la seguridad jurídica procesal [ tesis de maestría]. Recuperado de: <https://repositorio.unica.edu.pe/handle/20.500.13028/3443>
- Tantaleán, C. F., Zavaleta Chimbor, D., & Sánchez Zorrilla, M. (2022). *La investigación jurídica y la reglas de la APA*. Grijley.
- Tribunal Constitucional. (1996). *Expediente N.º 0298-96-AA/TC, S-993*.
- Tribunal Constitucional. (2005, 06 de septiembre). *Expediente N.º 6165-2005-HC/TC*.



- Tribunal Constitucional. (2008, 12 de noviembre). *Expediente N.°03744-2007-PHC/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2009, 07 de octubre). *Expediente N.°01817-2009-PHC/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2011, 09 de mayo). *Expediente N.°02132-2008-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2019, 06 de junio). *Expediente N.°01587-2018-PHC/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2022, 08 de noviembre). *Expediente N.°00005-2020-AI/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2022, 14 de junio). *Expediente N.°00616-2018-PA/TC, Pleno.*  
*Sentencia 210/2022.*
- Tribunal Constitucional. (2023, 24 de febrero). *Expediente N.°2696-2021-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2023, 29 de marzo). *Expediente N.°00956-2022-PHC/TC*.
- Ureta, J. (07 de abril de 2020). *El sistema del derecho y el de la guerra )Parte II.*  
*La ponderación y pensamiento militar.* [video adjunto]. Facebook.com.  
<https://www.facebook.com/profile/100009482286056/search/?q=ponderar>
- Velásquez, C. (2022). *Informe jurídico: el interés superior del niño en el marco de un proceso penal[ informe de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú].*  
repositorio.pucp.edu.pe. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/22949>
- Villabella, M. (2015). <https://archivos.juridicas.unam.mx>.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/>:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>



## ANEXOS

**ANEXO 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION  
“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN COMO ATENUANTE DE PENA ANALÓGICA EN BENEFICIO  
DEL AUTOR EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS”**

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	UNIDADES DE ESTUDIO	DISEÑO METODOLÓGICO	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
¿Es posible aplicar el interés superior del niño como factor de atenuación de pena analógica de sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios?	Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño como factor de atenuación de pena analógica de sujeto activo en delitos de corrupción de funcionarios.	1.- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del interés superior del niño en el proceso penal?	1.- Definir la naturaleza jurídica del interés superior del niño dentro del proceso penal.	<p>1.- Interés superior del niño. 2.- Proceso penal. 3.- Principio constitucional. 4.- Pena analógica. 5.- Delitos de dominio. 6.- Delitos de infracción de deber. 7.- Ponderación judicial. 8.- Fundamentos legales/interpretativos de aplicación.</p>	<p><b>ENFOQUE: Cualitativo</b></p> <p><b>MÉTODOS:</b> 1.- Método dogmático. 2.- Método sistemático. 3.- Método analítico.</p>	<p><b>TÉCNICAS:</b> 1.- Recolección de información documental. 2.- Revisión de Leyes. 3.- Revisión bibliográfica. 4.- Revisión de jurisprudencia. 5.- Revisión de doctrina nacional y comparada.</p> <p><b>INSTRUMENTOS:</b> 1.- Fichas de análisis de contenido. 2.- Fichas bibliográficas. 3.- Fichas hemeográficas. 4.- fichas de anotación paráfrasis. 5.- Fichas de interpretación. 6.- Fichas de transcripción. 7.- Fichas de comentarios. 8.- Libreta de apuntes.</p>
		2.- ¿Es posible aplicar el interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios?	2.- Determinar la posibilidad de aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios.			
		3.- ¿Cuál es el fundamento legal, dogmático, que permita la aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios?	3.- Determinar el fundamento legal, dogmático, que permita la aplicación del interés superior del niño para atenuar la pena en delitos de corrupción de funcionarios en cualquier etapa del proceso penal.			



## AUTORIZACIÓN PARA EL DEPÓSITO DE TESIS O TRABAJO DE INVESTIGACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Por el presente documento, Yo ROGER PAULET MAMANI TURPO,  
identificado con DNI 70238054 en mi condición de egresado de:

Escuela Profesional,  Programa de Segunda Especialidad,  Programa de Maestría o Doctorado

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS DERECHO,  
informo que he elaborado el/la  Tesis o  Trabajo de Investigación denominada:  
" EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU APLICACION COMO ATENUANTE  
DE PENA ANALÓGICO EN BENEFICIO DEL AUTOR EN DELITOS DE  
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS "

para la obtención de  Grado,  Título Profesional o  Segunda Especialidad.

Por medio del presente documento, afirmo y garantizo ser el legítimo, único y exclusivo titular de todos los derechos de propiedad intelectual sobre los documentos arriba mencionados, las obras, los contenidos, los productos y/o las creaciones en general (en adelante, los "Contenidos") que serán incluidos en el repositorio institucional de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno.

También, doy seguridad de que los contenidos entregados se encuentran libres de toda contraseña, restricción o medida tecnológica de protección, con la finalidad de permitir que se puedan leer, descargar, reproducir, distribuir, imprimir, buscar y enlazar los textos completos, sin limitación alguna.

Autorizo a la Universidad Nacional del Altiplano de Puno a publicar los Contenidos en el Repositorio Institucional y, en consecuencia, en el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto, sobre la base de lo establecido en la Ley N° 30035, sus normas reglamentarias, modificatorias, sustitutorias y conexas, y de acuerdo con las políticas de acceso abierto que la Universidad aplique en relación con sus Repositorios Institucionales. Autorizo expresamente toda consulta y uso de los Contenidos, por parte de cualquier persona, por el tiempo de duración de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, a título gratuito y a nivel mundial.

En consecuencia, la Universidad tendrá la posibilidad de divulgar y difundir los Contenidos, de manera total o parcial, sin limitación alguna y sin derecho a pago de contraprestación, remuneración ni regalía alguna a favor mío; en los medios, canales y plataformas que la Universidad y/o el Estado de la República del Perú determinen, a nivel mundial, sin restricción geográfica alguna y de manera indefinida, pudiendo crear y/o extraer los metadatos sobre los Contenidos, e incluir los Contenidos en los índices y buscadores que estimen necesarios para promover su difusión.

Autorizo que los Contenidos sean puestos a disposición del público a través de la siguiente licencia:

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visita: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

En señal de conformidad, suscribo el presente documento.

Puno 14 de agosto del 2023

FIRMA (obligatoria)



Huella



### DECLARACIÓN JURADA DE AUTENTICIDAD DE TESIS

Por el presente documento, Yo ROGER PAULET NAMANI TORPO  
identificado con DNI 70238054 en mi condición de egresado de:

Escuela Profesional,  Programa de Segunda Especialidad,  Programa de Maestría o Doctorado

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS DERECHO

informo que he elaborado el/la  Tesis o  Trabajo de Investigación denominada:

" EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN COMO ATENUANTE  
DE PENAL ANALÓGICO EN BENEFICIO DEL AUTOR EN DELITOS DE  
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS "

Es un tema original.

Declaro que el presente trabajo de tesis es elaborado por mi persona y **no existe plagio/copia** de ninguna naturaleza, en especial de otro documento de investigación (tesis, revista, texto, congreso, o similar) presentado por persona natural o jurídica alguna ante instituciones académicas, profesionales, de investigación o similares, en el país o en el extranjero.

Dejo constancia que las citas de otros autores han sido debidamente identificadas en el trabajo de investigación, por lo que no asumiré como tuyas las opiniones vertidas por terceros, ya sea de fuentes encontradas en medios escritos, digitales o Internet.

Asimismo, ratifico que soy plenamente consciente de todo el contenido de la tesis y asumo la responsabilidad de cualquier error u omisión en el documento, así como de las connotaciones éticas y legales involucradas.

En caso de incumplimiento de esta declaración, me someto a las disposiciones legales vigentes y a las sanciones correspondientes de igual forma me someto a las sanciones establecidas en las Directivas y otras normas internas, así como las que me alcancen del Código Civil y Normas Legales conexas por el incumplimiento del presente compromiso

Puno 14 de agosto del 20    

  
FIRMA (obligatoria)



Huella