

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

DISERTACION DE GRADO

RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN EL ECUADOR

DIRECTOR: DR. RICARDO VACA ANDRADE

AUTORA: CARLA SOFÍA ALBÁN AGUIRRE

**FEBRERO - 2013
QUITO – ECUADOR**

Agradecimiento

A mis queridos padres Sonia y Henry, a mis abuelos Ítalo y Flor, a mis tíos Juan, Jorge y Piedad, a mi hermana Fernanda, por ser las personas que me han ayudado, guiado y brindado todo su amor y apoyo, para la consecución de mis metas.

El tema central de esta investigación es el motivo por el cual la propuesta del gobierno ecuatoriano, cuyo representante es el Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, de bajar la edad de imputación penal de los 18 a los 16 años de edad, es inconstitucional, viola varios tratados internacionales y la ley específica destinada a los menores de edad.

Se realiza un análisis de las teorías que se han generado en torno a los elementos del delito, para conocer a fondo la evolución de las discusiones doctrinarias, para llegar al concepto que ahora tenemos de los mismos y por ende, a la doctrina dominante en la actualidad. Respecto al menor de edad en concreto se hace un estudio de contenido de las teorías que han influido en su tratamiento, para realizar una proyección histórica de todos los Códigos de Menores que han existido en el Ecuador, con sus respectivas tendencias doctrinarias.

El objetivo de este trabajo es poner en consideración los problemas legales y empíricos que trae consigo penalizar al menor de edad de la misma manera que a una persona adulta y por qué no es conveniente hacerlo. La metodología empleada en el mismo es teórica.

El aporte que se realiza a la ciencia jurídica es el análisis de un tema que en la actualidad se está debatiendo en la Asamblea Nacional, el cual, a pesar de todo el avance legislativo que ha tenido el Ecuador en materia de derechos humanos, ha sido controversial por representar un retroceso en ellos y una expansión del poder punitivo del estado.

INDICE GENERAL

TEMA: Responsabilidad Penal Juvenil en el Ecuador.....4

INTRODUCCIÓN.....4

CAPITULO I

DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

1.1.	Doctrina de la situación irregular	4
1.2.	Doctrina de la protección integral.....	9
1.3.	Atención a los menores infractores en el Ecuador en el Derecho Penal.....	12
1.3.1.	Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	13
1.3.2.	La Convención sobre los Derechos del Niño.....	14
1.3.3.	La Declaración sobre los Derechos del Niño.....	15
1.3.4.	Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia.....	16
1.3.5.	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.....	18
1.3.6.	Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores.....	19
1.3.7.	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	22
1.3.8.	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	23
1.3.9.	Constitución del Ecuador 2008.....	23
1.3.10.	Código de la Niñez y Adolescencia.....	24

CAPITULO II

CONFIGURACIÓN DEL DELITO Y ESPECIAL REFERENCIA AL MENOR DE EDAD

2.1.	La Conducta.....	25
2.2.	La Tipicidad.....	26
2.3.	La Antijuridicidad.....	27
2.4.	El dolo y la culpa.....	28
2.5.	Imputabilidad.....	29
2.5.1.	Imputabilidad y minoría de edad en la doctrina clásica y positivista.....	29
2.5.1.1.	La Doctrina Clásica en lo referente a la Imputabilidad y Minoría de Edad Penal.....	30
2.5.1.2.	La minoría de edad como una causa de inimputabilidad en el pensamiento clásico.....	35
2.5.2.	La minoría de edad como una causa de inimputabilidad en el pensamiento positivista.....	38
2.6.	Culpabilidad.....	42
2.6.1.	Teorías de la culpabilidad.....	42
2.6.1.1.	Teoría Psicológica.....	42
2.6.1.2.	Teoría Caracterológica.....	44
2.6.1.3.	Teoría Normativa.....	45
2.6.1.4.	Teoría Finalista.....	49
2.6.1.5.	Teoría del fin de la pena.....	55
2.6.1.6.	Teorías Eclécticas.....	56
2.6.2.	Consecuencias de la aplicación del principio de culpabilidad.....	61
2.6.3.	Culpabilidad en menores infractores.....	62
2.7.	Proyección Histórica de los Códigos de Menores generados en el Ecuador...63	

2.8. Incidencia del pensamiento positivista criminológico y correccionalista en la legislación para menores en Ecuador.....	64
2.9. Imputabilidad y minoría de edad penal. Consideraciones y resultados posteriores a la doctrina clásica y positivista.....	68
2.9.1. Defensores del concepto clásico de imputabilidad.....	69
2.9.1.1. Los clásicos ortodoxos.....	70
2.9.1.2. Los clásicos moderados.....	70
2.9.1.3. Observaciones a la teoría clásica respecto de los menores.....	72
2.9.2. La imputabilidad como capacidad de motivación.....	73
2.9.2.1. Observaciones respecto a la imputabilidad como capacidad de motivación...73	
2.9.3. La corriente psicológica.....	74
2.9.3.1. La corriente psicológica que reemplaza el concepto de culpabilidad por el de necesidad de pena.....	75
2.9.3.2. Observaciones respecto de la corriente psicológica que reemplaza el concepto de culpabilidad por el de necesidad de pena.....	76
2.9.3.3. La corriente psicológica que conserva el concepto de culpabilidad, pero le introduce algunos elementos valorativos.....	78
2.9.4. La corriente social.....	80
2.9.5. Tendencias críticas respecto al concepto de imputabilidad.....	85
2.9.5.1. La imputabilidad desde la perspectiva de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa.....	85
2.10. Regulación normativa y doctrina dominante de la imputabilidad y minoría de edad en Ecuador.....	90
2.11. Fundamento de la inimputabilidad del menor como persona que no ingresa en el derecho penal de adultos.....	93
2.12. Consecuencias para menores infractores al ser sujetos de responsabilidad.....	96

CAPITULO III

PLANTEAMIENTO DE LA PSICOLOGÍA RESPECTO AL DESARROLLO INTELLECTUAL Y MORAL DEL MENOR

3.1. Teoría cognitiva – evolutiva.....	99
3.1.1. Piaget.....	99
3.1.2. Kholberg.....	101
3.1.3. Turiel.....	104
3.2. Teoría del Aprendizaje Social.....	105
3.2.1 Bandura.....	106
3.3. Resultado de las teorías respecto del desarrollo moral e intelectual del menor y su incidencia en la capacidad de imputabilidad y culpabilidad.....	107
3.4. Posturas acerca de la imputabilidad de los menores.....	108
3.4.1. Imputabilidad “sui géneris”.....	108
3.4.2. Semi-imputabilidad.....	110
3.4.3. Posición ecléctica.....	111

CAPITULO V

4.1.	Nuevo Proyecto de Código Integral Penal del Ecuador en referencia a la propuesta del gobierno ecuatoriano de bajar la edad de imputación penal de 18 a 16 años.....	111
4.2.	Análisis de la propuesta del gobierno nacional de bajar la edad de imputación penal de 18 a 16 años.....	112
	CONCLUSIONES.....	115
	RECOMENDACIONES.....	119
	BIBLIOGRAFÍA.....	120

TEMA: RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN EL ECUADOR

INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico de los menores de edad en el Ecuador en sus inicios tuvo una marcada influencia del positivismo y el correccionalismo, que perduró durante los tres códigos subsecuentes, con la denominada doctrina de la irregular, hasta llegar al código creado posteriormente a la Convención de los Derechos del Niño, que marcó el inicio de la doctrina de la protección integral.

Durante todo este proceso, el menor siempre ha sido sujeto de responsabilidades, a pesar de que la doctrina de la situación irregular lo trataba solamente como objeto de tutela jurídica, este paradigma tuvo un cambio trascendental con la doctrina de la protección integral, en la que se reconoce al menor como sujeto de derechos.

Mediante este trabajo, vamos a exponer los postulados más importantes de estas doctrinas, cómo han operado en el sistema legal ecuatoriano y las razones para que el menor de edad sea considerado en la doctrina de la protección integral como sujeto de derechos.

CAPITULO I

DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

1.1. Doctrina de la situación irregular

Este sistema tiene sus orígenes en el contexto de la Revolución Industrial, en el siglo XIX, en una sociedad en la que es evidente la desigualdad social, la miseria, la explotación, y los problemas de delincuencia juvenil que se generan como consecuencia de esto. Estos problemas sociales generan el cuestionamiento del orden social por la clase obrera, y por ende crece el temor por las clases poderosas de la

rebelión por las mismas en contra del sistema, por lo que buscan mecanismos de control social para paliar estos efectos.¹

La clase burguesa se estaba consolidando, y al constituir la delincuencia juvenil, una amenaza para sus intereses y con fines filantrópicos también de ciertas personas, al escapar el control de los jóvenes menores de manos del estado (mediante el control familiar, ya que padre y madre trabajaban en horarios exorbitantes y no se compartía tiempo con la familia, que es el núcleo de la sociedad y la que ejerce control directo sobre los mismos), mediante movimientos sociales de la clase alta, crean esta doctrina en la que luchan por una exclusión de los menores de edad del sistema penal y además incluyen en este sistema de protección a mendigos y pobres.²

Esta tendencia era de doble partida, por un lado, se tenía, respecto de los menores de edad, una conciencia de sus particularidades, y de que se les debía otorgar un trato diferenciado, merecedor de mayor atención que los adultos, pero por otro lado el menor de escasos recursos seguía sufriendo la explotación laboral, sin que se viera inconvenientes en aquello.³

Al considerarse a la niñez como una categoría específica nacen las ciencias que se ocupan de ella como la psicología, sobre todo importante en el aspecto de la psicología evolutiva, que permitió realizar estudios sobre las diversas etapas del desarrollo del ser humano y considerar las características especiales de la infancia, que condicionan el futuro del ser humano, con sus aspectos y características peculiares, también nacen respecto del menor la pediatría y la pedagogía.⁴

En el aspecto de asistencia social, el estado empieza a darse atribuciones y competencias que anteriormente correspondían a la iglesia. En la última mitad del S XIX y en las primeras décadas de S XX los estados incluyeron en su legislación leyes de protección y regulación de la infancia, eran leyes que procuraban reformar a los niños corrompidos o ayudar a aquellos que están en malas condiciones, como por ejemplo se

¹Cfr. HALL Ana, *La Responsabilidad Penal del Menor*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, primera edición, 2004, p. 226.

² Cfr., Id.

³Cfr. Ibíd. p. 45.

⁴Cfr. Ibíd. pp. 45,46.

crean mediante ley instituciones benéficas en España y asilos para niños, que los acogían mientras sus padres trabajaban.⁵

Otro ejemplo de este problema lo podemos apreciar en la historia de Estados Unidos en la que se crea el movimiento “Salvador del Niño”, que generó un sistema de protección social frente a futuros delincuentes⁶, un sistema creado para mantener el orden y control de la sociedad, sin alterar su gradación social, sistema de clases y desigual distribución de la riqueza.⁷ Personas de clase media y profesionales apoyaron este movimiento, pero con la aportación económica indispensable de las clases poderosas, este movimiento tuvo sus antecedentes en movimientos filantrópicos anteriores.⁸ De esta manera la caridad se convirtió en mecanismo de control social de la clase pobre.⁹

Durante la vigencia de estemovimiento, a pesar de haberse creado una nueva ley con fines benéficos en teoría, la realidad era que los derechos de los menores eran violados día a día en los centros de detención, en los que se encontraban niños de clases sociales bajas, varios de ellos habían cometido delitos, otros simplemente se encontraban allí por sus escasas condiciones económicas, todos en un mismo lugar, sin distinciones respecto a si se tenía o no responsabilidad por algún ilícito. Los menores eran maltratados, castigados cruelmente, en lugares no apropiados para la supuesta reforma social pretendida. Esto debido en parte a la discrecionalidad excesiva de los jueces e instituciones inadecuadas para el trato a menores.

No se respetó el derecho de los menores a ser criados en su entorno familiar, a la dignidad personal de cada uno de ellos, a no ser torturados ni tratados cruelmente, y tampoco se tomó en cuenta en qué medida existe una responsabilidad que justifique la privación de la libertad, sino que simplemente se penalizó la pobreza, primaba las utilización de herramientas de derechos penal y se obviaban las garantías y límites de éste. Todo esto en vez de mitigar la violencia, la genera.

⁵Cfr. *Ibíd.* p. 46.

⁶Cfr. REVISTA CUBANA DE DERECHO NÚMERO 5 DE MARZO DE 1992, *Justicia Penal de Menores o el Discurso de la Verdad*, p.118.

⁷Cfr. PLATT Anthony, *Los Salvadores del Niño o Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI editores SA de CV, segunda edición, 1988, p.24.

⁸Cfr., *Id.*

⁹HALL Ana, *Óp. Cit.* p. 47.

En Latinoamérica se instaura progresivamente este modelo, aproximadamente en un período de 20 años, desde 1919 a 1939,¹⁰ constituyéndose en la doctrina hegemónica hasta un poco más allá de mediados de los años 80,¹¹ y particularmente en Ecuador, se erige con el primer Código de Menores, que fue el publicado en los Registros Oficiales número 107 y 108 del 10 y 11 de abril de 1939. Esta publicación se produce durante el gobierno del General Alberto Enríquez Gallo.

Las características de este modelo, implantado en América Latina son:¹²

- a) Una concepción positivista de la criminalidad, que justificó una intervención punitiva por parte del estado fundamentándose en criterios de resocialización y defensa social.¹³

Mediante ésta teoría nacen las medidas de seguridad, que son preventivas, en vista de que intentan evitar la comisión de delitos por personas que les parecen peligrosas. Las medidas de seguridad no son retributivas, ni se basan en el reproche de culpabilidad¹⁴.¹⁵ Con ellas desaparece el criterio del discernimiento para conjeturar si el menor es o no imputable, ahora la causa de inimputabilidad es simplemente la falta del requisito de la edad que la ley penal prevé para que una persona pueda ser imputable, el menor debía responder por su peligrosidad mediante las medidas de seguridad, orientadas a su reinserción social, a su educación y corrección.¹⁶

Con el argumento que bajo los límites de la edad que la ley dispone para que las personas sean capaces de imputabilidad penal, había que sustraer las

¹⁰Cfr. MÉNDEZ GARCÍA Emilio, Derecho a tener Derecho, Ed. UNICEF, ed. Primera, Quito, 1998, p. 41.

¹¹Cfr. Ibíd. p. 48.

¹² Cfr. HALL Ana, Óp. cit. p. 47

¹³Cfr. La Escuela Positiva nace a finales del S XIX, sus principales representantes son Ferri, Lombroso y Garófalo, nace de manera posterior a la Escuela Clásica y rebate su concepción del libre albedrío en el ser humano. Sostiene que la voluntad del ser humano está determinada por factores biológicos, psicológicos o sociales, por lo tanto el ser humano no es libre. La intervención por parte del estado tiene su fundamento en la defensa de la sociedad, por lo tanto, la responsabilidad de las personas ya no se encuentra en su culpabilidad basada en el libre albedrío. En: GONZALEZ ZORRILLA citado en DIAZ Lina, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Temis, Bogotá, ed. primera, 2009, p.54.

¹⁴ Según Alexander Graf ZuDohna, "la reprochabilidad significa una valoración negativa de una conducta desaprobada". Según Reinhard Frank esto significa que "la culpabilidad se cristaliza en un juicio de reproche, formulable a un individuo dotado de motivación normal." Esta motivación, explica Muñoz Conde, es la capacidad que tiene un sujeto de ser motivado por la norma, es decir, "conocer su contenido o encontrarse en una situación en la que pueda regirse sin grandes esfuerzos por ella." En conclusión el reproche de culpabilidad es aquel que se le hace a una persona que tiene la capacidad de motivarse según la norma penal, a no actuar de modo que aquella prohíbe, que puede actuar de manera distinta y que conoce que la conducta está prohibida por la ley.

¹⁵ Cfr. GONZALEZ ZORRILLA citado en DIAZ Lina, Óp. cit.

¹⁶Cfr. DIAZ Lina, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Temis, Bogotá, ed. primera, 2009, p.55.

demás del derecho penal, que son los menores de edad, se reemplaza al castigo por una *tutela protectora*.¹⁷

Se incrementa el análisis de factores biológicos y sociales en las conductas antijurídicas de los menores, ya que las medidas de seguridad más atendían a su personalidad, y se busca por ende, apartarlos del medio social, que a su criterio los corrompe, para luego reinsertarlos y sean entes útiles en la sociedad.¹⁸

- b) Sustitución de penas por medidas de seguridad¹⁹ aplicables a menores infractores, menores en situación irregular, menores en peligro de abandono, peligro material o moral. Con el argumento de que las medidas que se tomaban eran para su bien no se precisaron los límites de las medidas, las personas a aplicarlas lo hacían a discrecionalidad.²⁰

En este sistema funcionaban los Tribunales de Menores, que lo que hacía era interesarse inclusive en tipos de conducta de los menores que no eran delictivas, de menores en estado de abandono, los cuáles a pesar de ser víctimas del sistema eran tratados como delincuentes, suprimiendo el procedimiento legal y pretendiendo transformar estas situaciones con encierro y otras formas de castigo.²¹

- c) La tutela como fundamento de este modelo hizo que no se tomen en cuenta dos problemas político-criminales: el que los derechos fundamentales no fueron reconocidos a los menores al ser procesados y que este criterio incidió en el aumento de violencia y marginalidad de la población juvenil.

¹⁷Id.

¹⁸Id.

¹⁹ La medida de seguridad es una sanción que se aplica a una persona inimputable, que ha realizado una conducta típica y antijurídica. Constituyen un instrumento de defensa social, cuyo postulado es el de pena-reeducación, a diferencia del de la pena que es pena-retribución. El objetivo de estas medidas de seguridad es que mediante la educación y el tratamiento, la persona que ha delinquido o que posiblemente llegará a delinquir, no lo haga. En: REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, Ed. TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Quinta reimpresión de la undécima edición, 1996, p. 259. La pena a lo largo de la historia, dependiendo de modelo político que adopte cada estado, ha tenido como los fines de la pena la prevención, la retribución, o la intimidación. En: MIR PUIG Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. BOSCH, ed. Segunda, Barcelona, 1982, p.25. La pena también cumple la función de resguardar la eficacia de la norma. En: VARGAS Luz, *Las Penas y Medidas de Seguridad Consecuencia del Derecho Punitivo en México*, http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos10/luz_vargas.pdf, acceso: 01 de noviembre de 2012, 21:12, p.5.

²⁰Cfr. DIAZ Lina, Op. cit. p. 55.

²¹ Cfr. REVISTA CUBANA DE DERECHO, Óp. cit., p.119.

Se instauran los mismos principios para la facultad de protección y de reforma, lo que constituye un grave problema, ya que se entrelazan, cuando deberían estas dos situaciones tener un trato diferenciado.²²

1.2. Doctrina de la protección integral

A partir de la celebración de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 nace la doctrina de la protección integral, que va realizar un cambio radical en la concepción respecto de la doctrina anterior denominada doctrina de la situación irregular.

En esta doctrina, se denomina niño a toda persona menor de 18 años de edad, desde la concepción.²³ Los niños son sujeto de derechos, por esta razón el alcance de los hechos por ellos perpetrados tomó mayor importancia en su valoración, y su responsabilidad pasó a ser lo principal y fundamental en el proceso.²⁴ Tienen tanto la capacidad de goce, como la capacidad de ejercicio, pero esta se va generando paulatinamente a través del tiempo, mediante el desarrollo de sus habilidades, es decir, existe un desarrollo progresivo de la autonomía de la voluntad.²⁵ A los niños se les reconoce los derechos de todo ciudadano, ya que son intrínsecos de la condición humana, y adicionalmente unos especiales por su situación de vulnerabilidad por ser personas en desarrollo.²⁶

Uno de los principios fundamentales es el del interés superior del niño, que es diferente en cada uno de ellos, por lo que hay que estudiar el caso en particular.²⁷ En palabras de Bruñol Cillero también “se puede afirmar que este principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal”²⁸ en vista de que en el anterior sistema de la situación irregular, el juez cumplía una función paternalista, en la que no se guiaba por pautas jurídicas definidas sino que actuaba de acuerdo a lo que a él le parecía más adecuado

²² Cfr. Id.

²³ Cfr. PEREZ MANRIQUE Ricardo, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, serie justicia y derechos humanos, Quito, primera edición, 2010, p. 609.

²⁴ Cfr. HALL Ana, Óp. cit., p. 232.

²⁵ Cfr. PEREZ MANRIQUE Ricardo, Óp.cit.

²⁶ Cfr. CALDERON Javier, *De la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral: La hegemonía del interés superior del niño*, <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>, p., acceso: 19 de octubre de 2011. 12:45.

²⁷ Cfr. CÁRDENAS Nelly, *Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil*, Arequipa, primera edición, 2009, p.35.

²⁸ BRUÑOL CILLERO citado en DIAZ Lina, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Temis, Bogotá, ed. primera, 2009, p.54.

para el menor, teniendo facultades amplias de actuación²⁹, entonces al considerar al menor como sujeto de derechos se le reconocen los derechos fundamentales que se les reconoce a toda persona, con sus límites legales y garantías, y los que le corresponden en consideración a su edad.³⁰

El interés superior del niño también es un criterio a tomar para la interpretación y aplicación de normas que se refieren al menor, lo que se busca es el bienestar, el respeto a sus derechos, la protección necesaria, tratarlo como a un menor se lo debe tratar, como su condición y situación lo requiera.³¹

Este principio antepone sus derechos, les otorga un lugar preferente, cuando se encuentran en conflicto con otros derechos, que pueden ser los de las personas adultas. Otro de los principios muy importantes es el de la protección integral de todos los derechos, sin existir diferentes categorías, o sin prevalecer un derecho sobre otro, ya que no es posible ejercer un derecho en ausencia de los demás.³²

Adicionalmente debe tratarse estos asuntos sin discriminación, de forma descentralizada y permitiendo la participación de los menores en los asuntos de su competencia; se debe dar mayor protección para los derechos de los niños, dárseles una igual o mejor consideración que otros derechos que se encuentren en colisión con estos.³³

Se establece un tratamiento diferente para dos situaciones: Para la de un menor que infrinja la ley, y para la de menores en estado de abandono y en situación de riesgo, a diferencia de la doctrina de la situación irregular, que le otorgaba el mismo tratamiento a estas dos situaciones totalmente distintas. Se establece diferentes grados de responsabilidad para el niño infractor de la ley penal, dependiendo de la gravedad del hecho, de su edad, de la situación social, del grado de madurez, grado de comprensión del hecho, entre otras consideraciones a tomarse en cuenta³⁴, es decir, se

²⁹Cfr. Óp. cit., DIAZ Lina, p. 285.

³⁰Id.

³¹Cfr. *Ibid.*, pp. 285, 286.

³²Cfr. PEREZ MANRIQUE Ricardo, Óp. cit., pp. 609, 610.

³³Cfr. *Ibid.*, p. 610.

³⁴Cfr. CALDERON Javier, *De la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral: La hegemonía del interés superior del niño*, <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>, p., acceso: 19 de octubre de 2011. 12:45.

eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión de delitos o contravenciones por parte de los menores y se da el reconocimiento explícito de que la internación, o ubicación institucional, son verdaderas formas de privación de libertad.³⁵

Se estableció que la pena privativa de libertad debería ser una medida de *última ratio*, es decir, la excepción, si es que no hubiera otra alternativa, y que el plazo de condena sea el menor posible.³⁶

La intervención punitiva del estado se limita a lo necesario, se amplían las opciones en cuanto a medidas alternativas a la privación de libertad, se establecen límites a la edad penal para delimitar el ámbito de la acción de justicia de menores.³⁷

Ricardo Pérez señala que a partir de este enfoque se sacan dos puntos importantes: el primero es que la Convención de los Derechos del Niño modifica la concepción de la relación de los derechos del niño en relación a los derechos de las personas adultas, y comprende a éstas como obligados a la protección de los derechos del niño, como corresponsables, a la familia, a la sociedad y al estado.³⁸

Indica Pérez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva 17/2002, ha señalado en su art. 91 que: *“El Estado tiene el deber de adoptar las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.”*³⁹

En referencia a la intervención estatal: *“Solamente se justifica para restituir derechos amenazados o vulnerados o como reacción a la violación de la ley penal.”*⁴⁰

El principio de legalidad es fundamental en cualquier intervención por parte del estado, su actuación debe estar siempre fundamentada en las leyes, sobre todo en derecho penal, y la persona procesada debe contar con las garantías del debido proceso. En el caso de los niños, por encontrarse en una condición especial, el ejercicio de los derechos procesales conlleva la adopción de determinadas medidas, para el

³⁵ MENDEZ GARCÍA Emilio, Óp. cit. p. 55.

³⁶ Cfr. CALDERON Javier. Óp. cit.

³⁷ HALL Ana, Óp. cit., p.233.

³⁸ Cfr. PEREZ MANRIQUE Ricardo, Óp. cit., p. 610.

³⁹ Cfr. Ibíd., pp.610, 611.

⁴⁰ Cfr. Ibíd. p. 611

gozo efectivo de sus derechos y garantías,⁴¹ como por ejemplo la garantía de reserva, descrita en el artículo 317 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Una característica importante es que en esta doctrina no es posible alejar al niño de su entorno familiar por motivos de pobreza, por lo que el estado es corresponsable y tiene una obligación solidaria con las familias de escasos recursos económicos, que no puedan proveer todo lo necesario para el menor.⁴²

En muchas legislaciones, que fueron las más avanzadas en América Latina cuando se instauró este pensamiento, era indispensable la obligatoriedad de la presencia de un abogado para precautelar los intereses del menor en cualquier litigio en el que este se halle inmerso y se otorga también una función muy relevante de contrapeso al Ministerio Público.⁴³ En el primer Código de Menores Ecuatoriano que tuvo influencia de esta doctrina, publicado por ley número 170, en el Registro Oficial número 995, del 7 de agosto de 1992, en el gobierno de Rodrigo Borja Cevallos, en su artículo 170 otorga el derecho a la asistencia legal al menor, señala: “Los menores tendrán derecho a ser asistidos durante todo el proceso por un abogado”, aunque no existe disposición acerca de la investigación que debería realizar el Ministerio Público o como es denominado actualmente, Fiscalía, sino que los datos para el juicio los proporcionaban los informes de la policía y de los Centros de Recepción Temporal de Menores, centros a los que conducía la policía a los menores que fueren detenidos por ellos en caso de delito flagrante o por orden escrita del Tribunal de Menores, con lo que los jueces, después de escuchar a las partes, y respetando las garantías del debido proceso, tomaban una decisión y aplicaban la correspondiente medida de reintegración de carácter socioeducativo, esto fundamentado en los artículos 166, 172, 175 y 184, del mencionado Código.

1.3. Atención a los menores infractores en el Ecuador en el Derecho Penal

⁴¹ Cfr. Id.

⁴² Cfr. CALDERON Javier, *De la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral: La hegemonía del interés superior del niño*, <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacion-irregular.html>, p., acceso: 19 de octubre de 2011, 14:19.

⁴³ Cfr. MENDEZ GARCIA Emilio, Óp. cit. p. 54.

En el marco de la legislación internacional existen varios tratados que estipulan normas específicamente para tratar los temas de la niñez y adolescencia en el ámbito de la responsabilidad penal y la protección de los mismos mediante la doctrina de la protección integral.

Así tenemos La Convención sobre los Derechos del Niño, (que constituye el instrumento jurídico más importante, a pesar de no haber sido el primero en el tiempo, por proporcionar un marco general de interpretación para el resto de las normas)⁴⁴, La Declaración de los Derechos del Niño, Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

También tratan sobre estos temas, aunque no son legislación especializada en niñez y adolescencia tenemos La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En la legislación nacional la Constitución del Ecuador del 2008, contiene disposiciones genéricas referentes a los menores de edad, el tema de menores infractores está regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia. Se dio un proyecto de Código Penal Integral, en el que se pretendía incluir el tratamiento de los menores infractores, la propuesta no prosperó y se pretende realiza reformas al Código de la Niñez y Adolescencia en el tema penal de menores.⁴⁵

1.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración de los Derechos Humanos es de aplicación general para todas las personas independientemente de su edad o condición, en lo que respecta al tema del proceso penal tenemos los artículos 8, 9, 10 y 11, los cuales señalan respectivamente que se tiene derecho a un recurso ante los tribunales, a no ser detenido arbitraria e ilegalmente, el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad, a un juicio con todas las garantías y que nadie sea condenado por actos u omisiones que al

⁴⁴Cfr. *Ibíd.* p. 56.

⁴⁵Cfr., EL COMERCIO, *El informe para el primer debate del Código Penal con reparos*, http://www.elcomercio.com/politica/informe-debate-Codigo-Penal-reparos_0_708529300.html, acceso: 06 de junio de 2012, 11:14 am.

momento de cometerse no estuvieran tipificados como delito y que no se ponga pena mayor de la que hubiere al momento de la comisión del mismo.

En lo que respecta a disposiciones específicas acerca de menores el artículo 25, numeral 2 señala que los mismos tienen derecho a asistencia y cuidados especiales.

1.3.2. La Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención es importante, porque marca el inicio de la Doctrina de la Protección Integral del Menor. Primeramente delimita qué se entiende por niño, y señala en su artículo 1 que niño es todo ser humano menor de 18 años de edad, a menos que en la legislación correspondiente a cada país se haya señalado que se alcanza la mayoría de edad en una edad diferente.

Su artículo 3 indica que en toda decisión a ser tomada por cualquier autoridad lo primordial será lo concerniente al interés superior del niño.

El art. 9 se señala que el menor no debe ser separado de sus padres, salvo que sea en consideración al interés superior del mismo, y en caso de que sea separado de sus padres se debe velar por el derecho a que no pierda contacto y relaciones personales con ellos, salvo que la pérdida del contacto sea necesario para el interés superior del niño.

Indica el art. 18 que ambos, padre y madre, tienen la obligación de velar por la crianza y el desarrollo del niño, tomando en cuenta su interés superior. El art. 20 inciso 1 señala la responsabilidad del estado respecto a brindar protección y asistencia a los menores que han sido separados de sus padres.

.Otro artículo importante en lo que concierne a este trabajo es el art. 37 en sus literales a, b, c y d, que indican que ningún menor puede ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se les pondrá pena de cadena perpetua sin posibilidad de excarcelación, ni pena de muerte, que ningún niño debe ser privado de su libertad de forma arbitraria o ilegal, que la privación de libertad debe ser por el menor tiempo posible y utilizada como último recurso. Indica que los menores privados de la libertad deben ser tratados con respeto y lo que corresponda a la dignidad personal de ellos, tienen derecho a tener contacto con las personas que necesiten, familiares, amigos y

otras, a menos que sea perjudicial para su interés superior; tienen el derecho a impugnar la decisión de privación de libertad.

El art. 40 en sus numerales 1,2 y 3, y sus correspondiente literales, indican que todo menor de quién se alegue que ha infringido disposiciones penales o sea declarado culpable, tiene derecho a un trato acorde con la dignidad personal, que se promueva en él la idea de respeto por los derechos humanos de las demás personas y que asuma la idea de ser un ente útil para la sociedad. Para ello el estado parte debe garantizar que no se alegue que un menor ha cometido una infracción penal o que se lo declare culpable, cuando el acto realizado por el menor no estaba tipificado como infracción.

Se debe garantizar la presunción de inocencia de un menor que sea acusado de infringir una ley penal, hasta que se pruebe lo contrario, debe ser informado de los cargos que se le atribuyen y garantizársele el derecho a la defensa. La causa debe ser tratada con celeridad, por órgano competente, independiente e imparcial. No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, se indica el derecho a la revisión de la sentencia en la que lo ha declarado culpable conforme a la ley de cada estado parte.

Es obligación de los estados preocuparse por generar leyes, procedimientos, autoridades, instituciones específicas, que traten asuntos de menores infractores, se deberá especificar en las mismas la edad mínima en la que se presume que un menor no tiene capacidad para infringir la ley penal, la adopción de medidas para tratar a los menores que no requieran de procedimientos judiciales y prever las medidas alternativas a la privación de libertad, las mismas que se aplicarán con prelación a la privativa de libertad siempre que sea posible.

1.3.3. La Declaración sobre los Derechos del Niño

La Declaración sobre los Derechos del Niño en el preámbulo reconoce la necesidad del menor de asistencia y cuidados especiales dada su falta de madurez física y mental, y protección legal.

El principio número 6 indica el ambiente familiar y armonioso en el que debe desarrollarse el menor, la responsabilidad de sus padres en la crianza para su buen desarrollo físico, mental y emocional, el deber de no separar al niño de corta edad de su madre, a menos que las circunstancias lo ameriten, la responsabilidad del estado y la

sociedad en la formación y cuidado de los menores de escasos recursos o que carezcan de familia. Esto es, como se señala en la doctrina de la Protección Integral, corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el estado en la crianza y buen desarrollo de los menores.

El principio número 7 indica que deben atender al principio del interés superior del niño, todos aquellos que tienen la responsabilidad de velar por el bienestar del menor.

1.3.4. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia (Directrices del Riad)

Las postulados principales en el tema de prevención de la delincuencia juvenil los encontramos en las Directrices de Riad, en las que se indica que el tema de la delincuencia juvenil es un problema que puede ser paleado cambiando la situación de la base social, es decir, que mediante, podría ser, políticas de estado, se pueda asegurar a los menores un bienestar social durante todas las fases de su desarrollo, para que el menor tenga un correcto desarrollo físico, mental, psicológico y de esta manera poder reducir el índice de delincuencia juvenil, porque como todos sabemos una mala condición social de las personas, en este caso de los menores, es lo que conduce en su mayor parte a la delincuencia. *“La justicia social es la base de la prevención”*⁴⁶. Se trata de promover los derechos humanos, su eficaz cumplimiento, esto lo encontramos en el artículo 2 en el que se indica que se debe procurar un desarrollo armonioso de los niños desde su primera infancia.

Se considera a los menores como sujetos plenos de derecho, se indica en el artículo 2 que *“los jóvenes... no deben ser considerados como meros objetos de socialización y control.”*

Las Directrices del Riad se habla también del papel importante que juega la familia en el ámbito de la socialización de los menores, de inculcación de valores, procurando que los menores se desarrollen en el seno de la familia y cuando ésta no tuviere posibilidades, el estado deberá prestar la ayuda necesaria, esto se encuentra dispuesto en los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, que también hablan del papel que deben jugar los medios de información en la difusión de información útil y adecuada para los menores.

⁴⁶ CAPPELAERE Geert, *Estudio Introductorio de las Directrices del Riad*, http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf, acceso: 06 de junio de 2012, 12:23.

Se limita el concepto de delincuencia juvenil solamente a la violación de normas del derecho penal por parte de los mismos. Hay una “*separación, al menos, parcial entre medidas de prevención y comportamientos delictivos.*”⁴⁷, esto se encuentra en el artículo 5 que indica que no se debe penalizar a los menores por una conducta que no causa daño a sí mismo o a sus semejantes, y además señala la importancia de proteger el bienestar, el desarrollo de los jóvenes, dándoles las debidas oportunidades para ello.

Otro punto importante es que se debe acudir sólo en última instancia a los organismos de control social, es decir a la aplicación de la justicia penal mediante los órganos especializados en este ámbito en niñez y adolescencia, es decir, lo primordial es la prevención de la delincuencia juvenil mediante acciones conjuntas de toda la sociedad y el estado, y en *ultima ratiola* intervención de la justicia penal, esto lo encontramos en el artículo 6, y se habla de lo que debe comprender un plan general de prevención en el artículo 9.

El artículo 46 prescribe que solamente puede recluirse a jóvenes como último recurso y por el tiempo mínimo necesario. Otros artículos importantes son los referentes a que ningún niño puede ser objeto de castigos severos o degradantes, que es el artículo 54 y la disposición que dice que “*deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito y no sea sancionado cuando lo comete un adulto, se considere delito, ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven*”, descrita en el artículo 56. Esto es importante en el sentido de precautelar que ocurra, como en épocas anteriores a la aparición de la doctrina de la protección integral, el otorgamiento de amplias facultades a los jueces para disponer, de manera arbitraria, inclusive de menores de escasos recursos económicos que no habían cometido delito alguno, y sin otro requisito más que la sola pobreza, o por supuestamente denotar peligrosidad, como motivo para alejarlos de sus hogares y recluirlos en centros, atentando contra sus derechos, como por ejemplo lo señala la disposición 99 del Código de Menores del Ecuador de 1976 en la que dice que “*Se entiende por conducta irregular de un menor aquella que sin constituir delito o contravención denote peligrosidad y que, por consiguiente, requiera la intervención del estado para la readaptación del menor*” y el art 101 da la facultad al juez de internar al joven según el caso y

⁴⁷Id.

la peligrosidad, en lo que claramente se puede apreciar la aplicación del derecho penal de autor.⁴⁸

1.3.5. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Las Reglas de Beijing señala la importancia de que la justicia de menores sea parte integrante del desarrollo de un país y que se aplique sobre la base de la justicia social, esto se lo indica en la disposición 1.4 de las Reglas de Beijing. Señalan estas reglas la importancia del principio de proporcionalidad de la medida que se tome respecto al menor, tomando en cuenta la circunstancia y el delito por él cometido, esto en la disposición 5.1.

En las disposiciones 6, 6.1, 6.2, y 6.3, se habla de que a pesar de existir facultades discrecionales, dada la amplitud de medidas disponibles, se garantizará la debida competencia en todas las etapas de los juicios y en los diferentes niveles de administración de justicia, para la aplicación de dichas medidas.

La disposición 7.1 señala la importancia del respeto a las garantías básicas de todo proceso, como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado, el derecho a guardar silencio, el derecho a asesorarse, a la presencia de sus padres o tutores, a la confrontación con testigos, a interrogarlos, el derecho de apelación.

En lo que respecta a la aplicación de la prisión preventiva la disposición 13.1 indica que será por el menor tiempo posible y utilizada como último recurso. Prescribe la disposición 13.2 que se preferirán las medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

Las disposiciones 13.3, 13.4, 13.5, señalan que los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de derechos y garantías, que estarán separados de los adultos, de la misma manera que si son reclusos en centros, y recibirán los cuidados y protección necesarios.

⁴⁸El derecho penal de autor es el conjunto de teorías que conciben al delito como el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. El delito para ellos es un lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor, y que se halla en una característica del autor. Para ellos la esencia del delito radica en una característica del autor, que explica la pena. Para ellos el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al resto de personas consideradas normales. En: ZAFFARONI Eugenio, Derecho Penal Parte General, Ed. EDIAR, ed. Segunda, Buenos Aires, 2002, pp. 65, 66.

La disposición 15.1 habla de la obligatoriedad de que el menor cuente con asistencia jurídica durante todo el proceso, inclusive la asistencia gratuita cuando está prevista en el país de que se trate.

La disposición 17 en sus literales a, b y c, indica los principios que deben ser aplicados al momento de sentenciar: proporcionalidad de la infracción y la pena, tomando en cuenta las circunstancias, la personalidad del menor, la gravedad del delito, las necesidades del menor y de la sociedad. La restricción de la libertad debe ser el menor tiempo posible y solo se la impondrá en delitos graves o reincidencia en delitos graves.

Las disposiciones 17. 2 y 17.3 indican respectivamente que los delitos cometidos por menores jamás serán sentenciados con pena de muerte y que tampoco serán sancionados con penas corporales.

La disposición 18.2 señala que los menores no pueden ser privados de la vigilancia de sus padres a menos que sea necesario. La disposición 19. 1 determina que la privación de libertad en el caso de los menores será utilizada como último recurso y por el menor tiempo posible.

Los objetivos del tratamiento de los menores en estos establecimientos se encuentran en las disposiciones 26.1, 26.2, 26.3, 26.4, 26.5 y 26.6, en las que se indica que la capacitación y el tratamiento en estos centros busca el cuidado y la protección del menor, así como su capacitación y formación profesional para su posterior reinserción social. Los menores deben recibir servicios médicos, educativos, psicológicos, que requieran para su desarrollo. Los menores que se encuentren en establecimientos penitenciarios para adultos, deben estar separados de ellos. Debe haber equidad de trato entre mujeres menores y varones menores delincuentes, y es su derecho tener contacto con sus padres o tutores, y se debe asegurar que tengan una educación que se encuentre al mismo nivel que los menores que no se encuentran en esos centros.

La disposición 28.1, prescribe que se debe permitir la libertad condicional del menor en la mayor medida posible.

1.3.6. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad:

En las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad se señala la importancia de la excepcionalidad de la privación de libertad, el artículo 1 indica que el encarcelamiento debe usarse como último recurso, y el artículo 2 que la medida tomada debe ser por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales.

Es importante que los derechos de los menores sean respetados, aun cuando se encuentren privados de la libertad, el artículo 12 prescribe que la privación de libertad debe darse en circunstancias y condiciones que garanticen el respeto de sus derechos humanos, haciéndoles participar en programas y actividades que ayuden al desarrollo de su personalidad, de su conocimiento, y el art 13 dice que no se les puede negar por su condición de privación de libertad derecho alguno que sea compatible con esta situación. El artículo 14 señala la importancia del respeto al principio de legalidad cuando se proceda a la privación de libertad.

En el art 17 se encuentra la presunción de inocencia, que quiere decir respecto a los menores en este caso, aunque para los adultos opera la misma disposición, que se los presumirá inocentes hasta que se demuestre lo contrario y que en lo posible deben preferirse las medidas sustitutorias a la privación de libertad, adicionalmente debe tratarse el asunto con celeridad y haber separación de los menores en espera de juicio, de los declarados culpables. Señala el artículo 18 que los menores tienen derecho al asesoramiento jurídico, a comunicarse con sus asesores, a que esas comunicaciones sean confidenciales. Debe dárseles la oportunidad de realizar un trabajo remunerado y de proseguir con sus estudios o capacitación, a que pueden tener material para entretenimiento no afecte a los intereses de administración de justicia.

En lo que se refiere al expediente de los menores el artículo 19 indica que debe ser confidencial, que solo personas autorizadas pueden tener acceso a él, que el menor tiene derecho a impugnar lo que conste en el documento, y que una vez que el menor concluya con el tiempo de privación de libertad, el expediente debe ser cerrado y posteriormente destruido y el artículo 20, que ningún menor puede ser admitido en un centro de privación de libertad sin orden de autoridad competente.

El artículo 30 señala que admitido el menor se realizará un informe psicológico y social de sus condiciones para determinar el tratamiento, el artículo 29 que debe estar separado el menor de los adultos a menos que sean sus familiares, el artículo 30 que se

deben crear centros de detención abiertos para menores, esto quiere decir centros donde las medidas de seguridad sean escasas o nulas.

En lo que respecta al medio físico y al alojamiento los artículos 31, 32, 34, 35 y 37, indican las condiciones que debe tener un menor internado, estas son: contar con servicios e higiene compatibles con la dignidad humana, que la infraestructura responda al fin de la rehabilitación social, deben tener instalaciones sanitarias, permitirles la posesión de cosas personales y disponer de alimentación adecuada para ellos.

En cuanto a la educación, formación profesional, trabajo, los artículos 38, 39, 41,42, 45, y 46 indica que todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir educación, y que se debe apoyar, alentar a los menores que pasaron de esta edad a proseguir con su formación profesional.Los centros de privación de libertad deben facilitar el acceso de los menores a la biblioteca, ya que esto es importante en su desarrollo moral e intelectual y debe dárseles la posibilidad de un trabajo remunerado que aporte a su formación profesional.

El artículo 47 prescribe el derecho de los menores a realizar actividades recreativas y ejercicio físico, esto es parte del desarrollo integral de un ser humano,el artículo 48, el respeto que debe darse al credo religioso de los menores y permitirles sus prácticas en lo referente a eso, el artículo 55, el uso de los fármacos en los menores, e indica que no pueden ser ellos personas en los que se experimente el uso de estas sustancias y que tampoco se pueden utilizar en ellos para obtener ninguna clase de información, puede autorizarse su utilización por un médico, previo aviso y con consentimiento del menor en caso de ser necesario por alguna enfermedad, y el artículo 56 que los familiares deben estar al tanto de la situación de salud del menor.

Los artículos 59, 60, 61 y 62 nos indican el derecho que tiene el menor a la comunicación con las personas del exterior, amigos, familiares, abogado defensor y otras personas, el derecho que tiene a salir de esos centros para realizar visitas, con fines educativos, profesionales, u otros importantes para él. El tiempo que el menor se encuentre fuera del establecimiento también es computado como tiempo parte de la condena. El menor tiene derecho a visitas regulares, a comunicarse vía telefónica, a estar informado de los acontecimientos por vía de los medios de comunicación.

Los artículos 63 y 64 indican la excepcionalidad del uso de la fuerza o coerción, solamente es permitida cuando no haya funcionado ningún otro medio de control y solo los que estén de manera taxativa escritos en una ley o reglamento. Los medios coercitivos que se utilicen no deben generar degradación ni humillación y solo deben utilizarse el tiempo que sea necesario.

El artículo 67 prohíbe toda medida disciplinaria que implique tratos crueles, inhumanos o degradantes, no se pueden aplicar medidas que comprometan la salud física y mental del menor. No se puede sancionar a un menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria.

El artículo 68 indica que debe estar escrita en la ley o reglamentos la conducta que implique una infracción disciplinaria, así como su sanción, la autoridad competente para aplicarla y la autoridad competente que conozca de la apelación. Se aplica aquí el principio de legalidad, ningún menor puede ser sancionado por una conducta que no esté escrita en ley o reglamento como infracción, esta disposición se encuentra en el artículo 70, en el que se señala también el derecho del menor a ser informado de la infracción de la que se le acusa y el derecho a la defensa.

El artículo 76 indica el derecho del menor a dirigir a la administración central de los establecimientos para menores o a la autoridad judicial cualquier petición o queja y a que esta sea atendida, el artículo 79, que los menores tienen derecho a hacer uso de las medidas que los ayuden a reintegrarse a la sociedad una vez puestos en libertad, el artículo 87, los deberes que tiene el personal que trabaja en los centros de menores en lo que concierne al respeto de los derechos humanos, a no permitir ningún trato que implique tortura, trato cruel, inhumano o degradante, a respetar el espacio de intimidad personal de cada menor y a proteger la salud física y mental de los menores.

1.3.7. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

En este pacto también se encuentran disposiciones específicas respecto a los menores de edad. El artículo 6 numeral 5 indica la prohibición de aplicar la pena de muerte a los menores de 18 años de edad; el artículo 10 numeral 2, literal b, que los menores procesados deben estar separados de los adultos y que los tribunales ante los cuales sean procesados deben actuar con la mayor celeridad posible; adicionalmente,

en el mismo artículo, en su numeral 3, que los menores delincuentes deben estar separados de los adultos y otorgárseles un tratamiento acorde a su edad y condición.

El artículo 14 numeral 4 señala que se debe tomar en cuenta la circunstancia de ser menor de edad para el respectivo procesamiento y la importancia de impulsar su readaptación social, y el artículo 24, el derecho que tiene todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que las personas menores de edad necesitan, conferidas por parte de la familia, sociedad y el estado.

1.3.8. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En este pacto el artículo 10 numeral 3 prescribe que se deben adoptar medidas de protección y asistencia a todos los menores sin discriminación alguna y que se debe otorgar la protección debida por parte del estado a los mismos por su condición en diferentes ámbitos.

1.3.9. Constitución del Ecuador 2008

En nuestra Constitución el artículo 35 nos habla de los grupos de atención prioritaria, entre los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes. El artículo 44 indica que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, que asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; que se debe atender preeminentemente al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas; que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, que es el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

El artículo 45 prescribe que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes de todo ser humano y además los específicos de su edad. Y el artículo 46 indica las medidas que tomará el estado para el efectivo cumplimiento de sus derechos.

El artículo 175 señala que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de

protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

1.3.10. Código de la Niñez y Adolescencia

En el artículo 11 se describe lo que comprende el interés superior del niño, que es el principio dirigido a satisfacer el ejercicio de los derechos de los menores, e indica que toda autoridad administrativa, judicial, de instituciones públicas y privadas tiene el deber de que sus decisiones estén encaminadas de igual manera a este fin, para ello debe haber un equilibrio de derechos y deberes de los menores.

En el artículo 15 se señala que los menores de edad son sujetos de derechos y garantías, y que por ello gozan de las leyes que son favorables para todas las personas y de las que son específicas de su edad.

El artículo 255 establece que la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, que está conformada por los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, es parte integrante de la Función Judicial y, como consta en el artículo 262, ellos conocen y resuelven las causas relativas a la responsabilidad de los menores infractores. En los cantones en donde no haya estos jueces especializados en niñez y adolescencia conocerá el juez de lo penal. El artículo 257 está comprendido por las garantías del debido proceso, dice que, las personas tramitadas conforme a este código tienen garantizado el derecho a la defensa, a la contradicción, a la impugnación, a la intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.

El artículo 305 indica la inimputabilidad de los menores infractores, por lo que no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios, ni se les puede aplicar sanciones dispuestas en las leyes penales, el artículo 306, las medidas socioeducativas para aplicar cuando se determine la responsabilidad de un menor, el artículo 307 la inimputabilidad y exención de responsabilidad de los niños, por lo que no se los puede aplicar ninguna medida socioeducativa, y tampoco pueden ser juzgados.

El artículo 308 determina el principio de legalidad, los menores no podrán ser juzgados por actos por actos que no estén tipificados como ley penal al momento de la comisión del acto y de acuerdo con el procedimiento previsto en el código, y el artículo

309, que el en el proceso de juzgamiento se debe determinar el grado de responsabilidad del menor infractor, mediante la investigación del acto cometido, de su persona y del medio social en el que se desenvuelve, para que el juez determine la medida socioeducativa más adecuada para promover su reintegración a la sociedad.

Los artículos 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321 y 322 señalan, respectivamente, los derechos y garantías de los menores al ser procesados, que son la presunción de inocencia, el derecho a ser informado en su idioma nativo de los motivos por lo que se le detuvieron y el derecho a guardar silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con sus familiares, el derecho a la defensa durante todo el proceso, el derecho a ser oído y a interrogar, a que se trate su caso con celeridad procesal, a ser instruido en sus actuaciones procesales, a tener garantía de reserva, es decir que la causa del menor se tramitará reservadamente y a que se respete su vida privada e intimidad. Se le reconocen todas las garantías del debido proceso e impugnación, se le garantiza la proporcionalidad entre la infracción cometida y la medida socioeducativa a aplicar, el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa, a que la privación de libertad sea una medida excepcional, utilizada como último recurso, y a que estén separados los menores infractores de las personas adultas.

CAPITULO II

CONFIGURACIÓN DEL DELITO Y ESPECIAL REFERENCIA AL MENOR DE EDAD

Para la imposición de una pena, es necesario que concurren cuatro elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.⁴⁹

2.1. La Conducta

Es el proceder humano voluntario que puede ser socialmente relevante o irrelevante, y aquella conducta que tiene relevancia jurídico penal, es la que se estudia en este apartado.⁵⁰

⁴⁹Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA Luis, *Criminalidad de Menores*, Ed. Porrúa, México DF, primera edición, 1987, p. 320.

⁵⁰Cfr. Id.

El comportamiento de las personas en el diario vivir puede generar resultados, modificaciones materiales externas o ciertos eventos. Entre el comportamiento y el resultado debe existir un nexo de causalidad, éste debe haber sido ocasionado por aquel. La conducta puede consistir en una acción u omisión, que debe ser un comportamiento voluntario, ya que si no lo fuera, por inhabilitación psíquica o física, no hubiera conducta y por lo tanto el sujeto no sería responsable, se daría una exclusión de su responsabilidad.⁵¹ El código penal vigente señala en su artículo 32: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con libertad y consciencia”⁵²

En referencia a los menores de edad, es claro que realizan conductas voluntarias de acción o de omisión.⁵³

2.2. La tipicidad

La tipicidad se refiere a que el hecho cometido por el agente debe estar descrito en la ley penal, esto acorde al principio, *nullum crime sine lege*, no hay crimen sin ley.⁵⁴

En palabras de Rodríguez Manzanera, “La tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo legal, es decir la correspondencia de la conducta del sujeto con una conducta descrita por la ley.”⁵⁵

En lo que se refiere a los menores de edad, su conducta efectivamente puede encuadrarse en la conducta descrita por la ley, y si se da algún caso en el que la conducta no se enmarca dentro de la descripción legal, estamos en un caso de atipicidad^{56, 57}.

⁵¹Cfr. Id.

⁵²Son causas de exclusión de responsabilidad las causas de inimputabilidad, y son: a) La falta de desarrollo mental: Minoría de edad (respecto a este enumerado no estamos de acuerdo en que el menor carezca de desarrollo mental y tampoco que su responsabilidad quede excluida, los menores de edad son inimputables, no en el sentido de irresponsabilidad, sino de que no ingresan en la esfera del derecho penal de adultos, por lo que tienen una inimputabilidad sui-géneris) y sordomudez, b) La falta de salud mental c) Trastorno mental transitorio: Embriaguez, que solo es atenuante en algunos códigos, fiebre y dolor. Estas son las causas de inimputabilidad en especie señaladas por Jiménez de Azua. En: JIMÉNEZ DE AZUA, *La Ley y el Delito*, Ed. Sudamericana, edición novena, Buenos Aires, 1979, p.339. Las causas de inimputabilidad previstas en el Código Penal del Ecuador son: a) Enfermedad que afecte su estado mental de manera que imposibilite a la persona de querer y entender b) Embriaguez o intoxicación con sustancias estupefacientes o psicotrópicas derivadas de caso fortuito o fuerza mayor, c) La Sordomudez, siempre que se comprobare que tal persona actuó sin conciencia ni voluntad, d) La minoría de edad, pero no exime de responsabilidad, se los considera inimputables en el sentido de que no ingresan al ámbito del derecho penal de adultos, pero su responsabilidad es regulada mediante el Código de la Niñez y Adolescencia.

⁵³ Cfr., RODRIGUEZ MANZANERA, Óp. cit. p. 320.

⁵⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, segunda edición, 1999, p.32.

⁵⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, Óp. cit., p. 321.

⁵⁶ La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Jiménez de Azúa sostiene que en dos supuestos existe ausencia de tipicidad: a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descritos en el Código Penal o

2.3. La antijuridicidad

Actúa antijurídicamente quien sin estar autorizado, incurre en un tipo jurídico penal y lesiona un bien jurídico penalmente protegido.⁵⁸

La antijuridicidad significa "contradicción con el derecho"⁵⁹ o sea "la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto"⁶⁰

Ocurre la antijuridicidad en el caso de que no existan causas de justificación^{61 62}.

en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse, b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica. Eduardo López nos enumera los casos en los que se produce la atipicidad: a) Ausencia de tipo, b) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a sujeto activo y pasivo c) Ausencia del objeto material o del objeto jurídico d) Ausencia de referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo, e) Falta de medios omisivos específicamente señalados por la ley, f) Falta de elementos del injusto legalmente exigidos, f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial. En: LOPEZ Eduardo, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, ed. Quinta México, 1998, pp. 140, 141, 145.

⁵⁷Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA, Óp. cit., p. 321.

⁵⁸ Cfr. MUNOZ CONDE Francisco, Óp. cit., p. 99.

⁵⁹JESCHECK Hans- Heinrich, En: RODRIGUEZ MANZANERA Luis, Óp. cit., p. 321.

⁶⁰WELSEL Hans, En: RODRIGUEZ MANZANERA Luis, Id.

⁶¹Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, son aquellos actos u omisiones que tienen aspecto de delito, de figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho. Constituyen las causas de justificación, actos realizados conforme a derecho. En: JIMENEZ DE AZUA, Óp. cit. p. 284. Cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuridicidad, podemos decir, que no hay delito, por la existencia de una causas de justificación, el individuo ha actuado de una determinada manera si el ánimo de transgredir el ordenamiento jurídico. El agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa, conforme a derecho, estas causas de justificación configuran hechos externos. Las causas de justificación son aquellas en las que una conducta normalmente prohibida por la ley penal, no constituirá delito por la existencia de una norma que la autoriza. Dogmáticamente las causas de justificación son: A) Ejercicio de un Derecho: En principio, ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas, pero, en determinadas circunstancias los códigos autorizan a los particulares, derechos que sólo pueden ejercer en determinadas ocasiones, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para ayudarlo en sus funciones policíacas, con respecto a la imposibilidad de cubrir todos los lugares al mismo tiempo, ante la transgresión de las leyes, así mismo, a algunos funcionarios les otorga determinados derechos para poder violentar la esfera jurídica de una persona, siempre y cuando ésta haya cometido un ilícito. Ej.: Funcionarios del Poder Judicial, cuyas resoluciones pueden causar menoscabo a un derecho de un particular, también se puede aplicar esta causa de justificación a los deportes, por ejemplo en un deporte como el box, en el que se causan lesiones, siempre y cuando el deportista actúe dentro de las reglas de la competencia. Ej. En la ley ecuatoriana: Código Penal art. 462 B) Legítima defensa: Para que se pueda dar esta causa de justificación, deben concurrir los siguientes requisitos: 1. Que sea un ataque o agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende, o a los de otra persona. No existe un acuerdo total en sobre cuáles son todos esos bienes jurídicos, pero sí hay unanimidad en la vida, integridad personal y libertad. 2. El ataque o agresión debe ser actual o inminente. 3. El ataque o la agresión deben ser ilegítimos, contrarios al derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión. Por lo que no cabe legítima defensa en contra de actos de fuerza legítimos de la autoridad. 4. La defensa debe ser necesaria, es decir, se tienen que agotar todos los medios no violentos, para recurrir a la legítima defensa. 5. La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido. Ej. Código Penal del Ecuador, art. 19 C) Estado de necesidad: Es una causa de justificación en la que se da violencia contra un bien jurídico tutelado por el derecho, para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente. Para que se de esta causa de justificación deben concurrir los siguientes requisitos: 1. Debe existir un peligro que puede provenir de un tercero, de un animal, o de la naturaleza. 2. El peligro debe ser real, es decir, debe tener una verdadera existencia. 3. Debe el peligro ser grave e inminente, estimado como tal al que amenaza, al que está por suceder o el que es inmediato. 4. No debe haber otro medio aplicable y menos perjudicial. No opera esta causa de justificación en personas que por su cargo tienen el deber legal de soportar ciertos riesgos. Ej. Código Penal del Ecuador, art. 24. Ej. C) Robo de indigente: En varias legislaciones se prevé como atenuante el hambre y la miseria y en casi todos los códigos se ha creado algún delito sobre la propiedad sumamente leve, ejemplo: el hurto familiar, que algunos códigos lo toman como causa eximente de responsabilidad. Ej. Art. 548 del Código Penal del Ecuador, en el que se da la posibilidad de una pena leve para el hurto como lo es 1 mes. D) Aborto terapéutico. Ej. Código Penal, art. 447. E) Cumplimiento de una obligación: Existen determinadas personas como los funcionarios públicos, a los que se les dota de un derecho para realizar actos concretos ordenados por la ley. Así mismo en ocasiones la ley puede obligar a personas que no son funcionarios, ni personas a las que les alcanza alguna obligación o servicio, a realizar ciertos actos, para poder intervenir en la esfera de otro o lesionar un interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico. Ej. El deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionales. Por ejemplo, cuando un médico o un abogado, tiene conocimiento de determinados hechos que tienen la obligación de denunciar, presentándose un conflicto de intereses, por un lado guardar el secreto que se le confió en

En referencia al menor, su conducta también puede ser contraria a derecho, es decir antijurídica.⁶³

2.4. El dolo y la culpa

Respecto de este tema existe una discusión acerca de la ubicación del dolo y de la culpa, unos autores los ubican dentro del tipo penal y otros los toman como formas que adopta la culpabilidad.

En esta investigación, al ser el punto central, la referencia al menor, no se tratará acerca del asusto anteriormente mencionado, sino de su concepto y la factibilidad de que el menor pueda actuar con dolo o culpa.

El dolo consiste en el conocimiento por parte del sujeto del tipo objetivo, la intención y voluntad “final” de producir el resultado típico.⁶⁴ En otras palabras, el dolo es la conciencia y voluntad de realizar el acto típico, antijurídico.⁶⁵ La culpa consiste en una actuación impudente, imperita, irreflexiva, negligente.⁶⁶

Luis Rodríguez Manzanera es partidario de la ubicación del dolo en el tipo penal, por lo que señala que de todas maneras, el menor puede conocer las circunstancias del hecho típico y querer o aceptar las consecuencias restringidas por la ley, y esto es más evidente aún con la ubicación del dolo en el tipo penal.⁶⁷

ejercicio de su profesión, por otro, el interés público, resolviéndose este conflicto a favor de lo más valioso. Ej. Código Penal del Ecuador, Art. 284 y 293 F) Impedimento legítimo: Este supuesto se presenta cuando un sujeto teniendo la obligación de actuar en cumplimiento de una ley, no lo hace, con base fundada igualmente en la ley. Sólo se refiere a las omisiones que contravienen la ley penal, pero la ley penal formalmente expresa normas de punibilidad, cuyo cumplimiento corresponde a los funcionarios del estado, encargados de la justicia penal, por lo que en principio solo estos funcionarios podrían incurrir en omisiones que contravengan la ley penal. En este sentido, cabrían omisiones cometidas por peritos, testigos y defensores, entre otros, así como el caso del secreto profesional. Ej. Un funcionario que no ejecuta sus funciones porque un superior le ha otorgado una licencia, al encontrarse en causa que excepciona el cumplimiento de una obligación. G) Obediencia debida: Conceptuada como tal cuando una persona obedece a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituye un delito, el subordinado, autor material de los hechos, se beneficia de esta eximente, dejando subsistente la sanción penal para el superior. Cabe señalar que mucho autores abogan por excluir esta causa de justificación como eximente, porque obedecería a un sistema de obediencia ciega a la autoridad, o que se la coloque para casos específicos, adicionalmente porque el origen de este instituto se sitúa en la época en el que el principio de autoridad constituía la base de convivencia en la sociedad y en la actualidad rige en la mayoría de países el Estado de Derecho, en el que prima el imperio de la ley. En el Ecuador si existe esta eximente, Código Penal. Art. 214. En: LOPEZ Eduardo. Óp. cit. pp.153, 156, 157, 158, 164, 165, 167, 169, 171, 172, 173, 174, 175.

⁶²Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA Luis, *Ibíd.* p. 322.

⁶³Cfr. *Ibíd.* p. 323.

⁶⁴Cfr. *Id.*

⁶⁵Cfr. MUÑOZ CONDE, Óp. cit., p. 43.

⁶⁶Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA Luis, Óp. cit. p. 323.

⁶⁷Cfr. *Ibíd.* p. 322.

Este mismo autor indica, para afianzar más esta idea, que se puede ver que el comportamiento de los menores también se adecua a tipos dolosos y también concurren en ellos calificativos como la premeditación, la alevosía, la traición. Por estos motivos se puede observar que existen casos en los que evidente e incuestionable la reflexión del sujeto, en este caso menor de edad, por los actos preparatorios, la planeación del delito, creación de estratagemas, adquisición de armas, búsqueda de cómplice, etc.⁶⁸

Respecto de la culpa también se da en la actuación de los menores⁶⁹, por ejemplo al conducir un auto y atropellar a una persona, o al manejar imprudentemente un objeto corto punzante con el que puede ocasionar daño a una persona.

2.5. Imputabilidad

2.5.1. Imputabilidad y minoría de edad en la doctrina clásica y positivista

Estas dos corrientes han influido en las discusiones actuales doctrinales respecto de la imputabilidad y culpabilidad, afirma Bustos Ramírez que las nociones de imputabilidad se pueden sintetizar en dos: la clásica de Carrara a Welzel y la positivista naturalista.⁷⁰

La doctrina clásica, es la que más adeptos ha tenido y la que ha sido más influyente en las teorías actuales acerca de la imputabilidad, esta doctrina tiene como fundamento de la culpabilidad al libre albedrío.⁷¹ *“La imputabilidad presupone inteligencia y libertad moral de la persona que actúa.”*⁷²

La doctrina del positivismo criminológico italiano era totalmente opuesta a la visión de la doctrina clásica en lo referente a la responsabilidad penal e imputabilidad.⁷³

2.5.1.1. La Doctrina Clásica en lo referente a la Imputabilidad y Minoría de Edad Penal

⁶⁸ Cfr. Id.

⁶⁹ Cfr. Id.

⁷⁰ Cfr. HALL Ana, Óp. cit., p.93.

⁷¹ Cfr. Id.

⁷² REYES ECHANDÍA, La Imputabilidad. Ed. Universidad Externado de Colombia, ed. Primera, Bogotá, 1976, p. 9.

⁷³ Cfr. HALL Ana, Óp. cit. p. 93

Esta doctrina fundamenta la responsabilidad penal o culpabilidad en la libertad humana. Dentro de la doctrina clásica, existen varias corrientes de pensadores, con diversos criterios acerca del tema, expondremos los más influyentes respecto de la responsabilidad y la minoría de edad penal.⁷⁴

Carrara es uno de los más representativos doctrinarios de la Escuela Clásica Italiana, para él la responsabilidad penal es un proceso de imputación, que se da paulatinamente y comienza en el momento en el que se enmarca la acción dentro de la ley, la conformación del sujeto como su causa física, el análisis de la imputación moral, para lo cual se debe tomar en cuenta dos cosas: la existencia de un vínculo psíquico, es decir, de conciencia y voluntad; y la existencia de libertad.⁷⁵

Este autor sostiene que *“la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de modo que ésta no puede existir sin aquella”*⁷⁶, por lo que, la existencia de culpabilidad se da si es que se comprueba que al momento de cometer el delito, la persona era libre en su actuar, y que por lo mismo actuó con conciencia y voluntad, por lo que la base de la responsabilidad penal sería el libre albedrío.⁷⁷

La doctrina del libre albedrío sostiene que la libertad es la facultad para tomar decisiones y actuar, sin tomar en consideración los motivos que llevan a cometer ese acto, pero el problema con esta doctrina es que la psicología asigna gran relevancia al complejo mecanismo de motivaciones, ya que sin ellos la conducta de las personas sería absolutamente mecánica.⁷⁸ Maggiore explica que el error de esta concepción es el que retira de la libertad toda necesidad.⁷⁹

Otra de las corrientes importantes es el causalismo naturalista, que fue influenciado por el positivismo naturalista del S XIX⁸⁰, y afirma que la ciencia jurídica

⁷⁴ Cfr. *Ibíd.* P. 95

⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*, p.96.

⁷⁶ CARRARA, citado en HALL Ana, *Id.*

⁷⁷ Cfr. HALL Ana, *Id.*

⁷⁸ Cfr. REYES ECHANDÍA, *La Imputabilidad*, Óp. cit. p. 10.

⁷⁹ Cfr. MAGGIORE, En: REYES ECHANDÍA, *La Imputabilidad*, Óp. cit., p. 10.

⁸⁰ El positivismo naturalista es una corriente que nace en oposición a los clásicos, que eran eminentemente racionalistas. Los positivistas naturalistas destacan sobre todo la existencia del principio de causalidad mecanicista, es decir, que la única forma de causalidad para ellos es la influencia física entre las entidades que conforman el mundo material, para explicar la realidad en términos de materia, leyes naturales y determinismo. Este principio explicaba todos los fenómenos de la vida, física, psíquica, individual y social. Para ellos no importaba la acción en sí misma, separada del individuo, sino como efecto de la constitución

consiste en datos exclusivamente empíricos, es decir, datos comprobables por las ciencias de la naturaleza. Tiene el mérito de haber separado el injusto de la culpabilidad. El delito fue entendido como una acción semejante a un hecho perteneciente a la naturaleza, cuyo efecto es la modificación del mundo exterior, es decir, el delito constituye una relación causal entre acción y resultado. Uno de los representantes más importantes de esta corriente es Von Liszt.⁸¹

Esta doctrina se caracteriza por definir el injusto como parte externa del delito, en el que se hallan ubicados los elementos objetivos del mismo, constituidos por la tipicidad, que significaba, en palabras de Ana Hall, la descripción del proceso causal, es decir, el nexo entre acción y resultado; y la antijuridicidad que constituye, la valoración de contradicción entre todo el proceso causal y el ordenamiento jurídico. La culpabilidad constituye la parte interna del delito, en la que se hallan los elementos subjetivos, la que se refiere a las características del sujeto.⁸²

La noción de culpabilidad en esta corriente de pensamiento era psicológica, constituía un nexo psicológico entre el autor y el hecho, significaba responsabilidad por el resultado, ya que el mismo dependía de la voluntad de la persona. El dolo y la culpa eran formas de manifestación de la culpabilidad. Para esta corriente la culpabilidad se basa en la libertad, pero referida al ámbito jurídico, mas no al mero libre albedrío.⁸³ Von Liszt se refiere a esta libertad como la decisión de cada persona de actuar acorde con la norma que rige la sociedad en la que el sujeto habita, de esta manera la culpabilidad constituye una aproximación del derecho a la sociedad.⁸⁴

La imputabilidad desde este punto de vista es definida como la aptitud para conducirse socialmente, de esta manera la culpabilidad tiene un contenido social. La imputabilidad requiere que el autor del hecho tenga una capacidad psíquica intelectual normal para poder dirigirse conforme a la norma, es decir, una capacidad normal de motivación normativa. Así las personas se dividen en dos categorías, los imputables, que son los que tienen capacidad psíquica normal para manejarse en la sociedad, y los

personal del mismo, es decir, un acción cuya explicación causal es el modo de ser de la persona. Para ellos no existe el libre albedrío, ya que considerar su existencia sería romper una serie causal que encadena un fenómeno con otro. En: BETTIOL Giuseppe, Derecho Penal, Ed. Temis, ed. Cuarta, Bogotá, 1965, pp. 15, 16, 17.

⁸¹ Cfr. HALL Ana, Óp. cit. Id.

⁸² Cfr. Ibíd. p. 97.

⁸³ Cfr. Ibíd. p.98.

⁸⁴Cfr. VON LISZT en HALL Ana, Id.

inimputables, que son aquellos considerados anormales, incapaces de desenvolverse en la sociedad.⁸⁵

En la primera década del S XXI, surge el concepto normativo de culpabilidad, el pionero en esta teoría es Frank, quien disiente del concepto psicológico de culpabilidad y propone las siguientes críticas: Que se puede dar un delito en el que no ocurra la relación psíquica entre el autor y el hecho producido, por ejemplo en el delito imprudente (que es aquel en el que no se quiere el resultado lesivo y es producido por la inobservancia del cuidado debido) sobre todo con la culpa inconsciente, que es la carencia de representación mental del resultado dañoso, entonces, si se basa la culpabilidad en el dolo la explicación de ese delito es dificultosa. Otra objeción es que en el planteamiento de entender al dolo y a la culpa como las dos únicas formas de culpabilidad, no se puede explicar el estado de necesidad, en el que aunque existe el dolo, no existe culpabilidad. Adicionalmente si la existencia del delito tiene una relación causal, en la que si existe la causa se da, y si no existe no, no se da una gradación de la culpabilidad, por lo que para los casos en que se atenúa la responsabilidad, no aparece una explicación apropiada.⁸⁶

Este autor señala que la culpabilidad no termina en la correspondencia psíquica entre el autor y el hecho, y genera la idea de reprochabilidad como base de este concepto. La culpabilidad significa para su teoría, el juicio de reproche que se hace al autor por haber realizado una conducta antijurídica, cuando podía haber actuado conforme a derecho. Los elementos de la culpabilidad, para su teoría son: a) la imputabilidad, que constituye el requisito primordial de la culpabilidad, b) el dolo y la culpa, c) ausencia de causas de exculpación.⁸⁷

La imputabilidad según Frank es la responsabilidad del actor por el delito cometido, pero para ello debe tener pleno uso de sus facultades intelectuales y libertad. La inteligencia y la voluntad constituyen los elementos de la imputabilidad. El que una persona sea inimputable significa que carece totalmente de libertad e inteligencia.⁸⁸

⁸⁵Cfr. HALL Ana, Id.

⁸⁶Cfr. Ibíd. p. 99.

⁸⁷ Cfr. Id.

⁸⁸ Cfr. Ibíd. pp. 99, 100.

El finalismo de Welzel surge en 1930y constituye la culminación del concepto normativo de culpabilidad. Welzel afirma que las ciencias naturales consideran la realidad en su aspecto causal y que la ciencia del derecho considera a la acción humana conforme a su intencionalidad o finalidad, en base a ello propone que en la ciencia del derecho existen dos aspectos: el del suceder y el del pensar.⁸⁹

Al analizar el primer postulado de Welzel que es el carácter final de la acción, esto al ordenar al derecho penal en el aspecto del pensar, decimos que la ciencia del derecho se dedica al estudio de la misma acción humana que las ciencia naturales, pero desde un diferente perspectiva: las ciencias naturales se encargan de estudiar la acción del ser humano como resultado de leyes causales, es decir, como un hecho natural, como causa- efecto, mientras que la ciencia jurídico-penal estudia la acción desde su finalidad. La acción es siempre causal y final, pero las ciencias naturales estudian el primer aspecto y la ciencia jurídica penal el segundo.⁹⁰

El segundo postulado de Welzel es la autodeterminación conforme a sentido, que es el presupuesto de la culpabilidad. Esto quiere decir que las acciones deben ser producto del entendimiento de la persona, de las posibles consecuencias de su actuar, de sus metas, ya que la acción humana pertenece al mundo del pensar.⁹¹

La noción de acción final debe interpretarse de la siguiente manera: que el actuar humano se determina desde el fin que persigue el actor, la acción humana más que un proceso causal es un suceso final, ya que si el sujeto analiza su saber causal previo, puede dirigir el acontecimiento causal externo de su acción hacia un determinado fin. En conclusión, la acción final es un proceder dirigido conscientemente a un fin, a diferencia de la mera causalidad que no se dirige a algún fin específico.⁹²

Al considerar que la finalidad pertenece al injusto (que para Welzel significa una infracción de la conducta a la norma, es decir se genera una contradicción entre la acción y la norma jurídica, basado en su concepto de acción final, entonces el injusto es

⁸⁹Cfr. *Ibíd.*, p.101.

⁹⁰ Cfr. *Id.*

⁹¹Cfr. *Id.*

⁹² Cfr. *Ibíd.* p. 102.

una acción humana y final, que debe ser típica y antijurídica.⁹³) se retira al dolo y a la culpa del ámbito de la culpabilidad, y el injusto pasa a tener elementos objetivos y subjetivos que lo componen, mientras que la culpabilidad tiene elementos exclusivamente subjetivos. El concepto de culpabilidad de Welzel ya no constituye el vínculo psicológico entre el autor y el hecho, la culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace al sujeto porque a sabiendas de la antijuridicidad de su acto, pudo haber actuado acorde a la norma, y no lo hizo. La esencia de la culpabilidad se centra en la posibilidad actuar conforme al ordenamiento jurídico, y por no hacerlo se le hace al autor el reproche personal que se manifiesta en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. Este reproche se lo realiza en base a que el autor del acto típico y antijurídico, tenía libertad para dirigir su comportamiento conforme a la norma, en su libre albedrío, que para Welzel significa la capacidad de actuar conforme a sentido, y no contrariamente a él, de una persona capaz de ello.⁹⁴

Para este autor para que exista culpabilidad debe concurrir los siguientes requisitos: 1. Que la persona tenga condiciones físicas y psíquicas adecuadas para motivarse por la norma, es decir que sea imputable, que tenga la libertad de actuar conforme a sentido. 2. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. 3. Que no existan causas de exclusión de la culpabilidad.⁹⁵

Cabe señalar que el criterio dominante en la doctrina jurídica actual es éste, el concepto clásico de culpabilidad.⁹⁶

La corriente más representativa de los clásicos es la creada por Welzel, como se explicó anteriormente, para él la culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace a la persona por haber actuado en discordancia con la norma, pudiendo haber actuado conforme a ella, se basa la culpabilidad en el libre albedrío. La imputabilidad para Welzel es la capacidad de determinarse conforme a sentido, es la capacidad de culpabilidad de la persona.⁹⁷

⁹³Cfr. GAITÁN Maximiliano, *Injusto Penal*, <http://es.scribd.com/doc/20112773/Injusto-Penal-Maximiliano-Gaitan>, p. 2., acceso: 07 de agosto de 2012, 15:34.

⁹⁴Cfr. HALL Ana, *Óp. cit.*, p. 103.

⁹⁵Cfr. *Id.*

⁹⁶Cfr. *Ibíd.* p. 104.

⁹⁷Cfr. *Ibíd.* p. 105.

Los elementos de la imputabilidad son: el cognoscitivo, que se refiere al conocimiento y entendimiento del injusto y otro volitivo que es la capacidad que tiene la persona de actuar acorde a ese conocimiento, conforme a sentido.⁹⁸

Con esto se ha realizado un esbozo genérico de la naturaleza del ser humano y de su libertad pero no es posible constatar la capacidad de una persona para autodeterminarse conforme a sentido ante una situación en particular. La constatación debe realizarse de un modo empírico, en el caso concreto, por lo que no se puede respecto a esto emitir un criterio con carácter de universal, dado que las diversas personas en la misma circunstancia actúan de modo distinto, por lo que es un juicio individual. El problema estriba en que la imputabilidad no puede ser percibida empíricamente, es decir, por los sentidos. Los psiquiatras pueden detectar comportamientos y estados mentales anormales, pero determinar la incapacidad de culpabilidad en situaciones concretas, queda fuera de su alcance.⁹⁹

Ante la inviabilidad, por parte de la ciencia, de determinar qué persona posee esta capacidad de culpabilidad, se ha realizado una selección de aquellas personas a las que se les considera como inimputables, son personas a las que se les considera incapaces de autodeterminarse por completo, estas son los sordomudos, los que tienen alguna anomalía mental, o las personas que no tienen la edad suficiente para ser consideradas como adultas, todos ellos no son capaces de culpabilidad.¹⁰⁰

2.5.1.2. La minoría de edad como una causa de inimputabilidad en el pensamiento clásico

En el pensamiento clásico se da una enumeración de las personas que carecen de capacidad de imputabilidad, entre ellas los menores. Los menores que se encuentran por encima del límite de edad en el que se considera que el menor carece totalmente de capacidad de culpabilidad, aquel que establece el legislador, y que han

⁹⁸ Cfr. Id.

⁹⁹ Cfr. Id.

¹⁰⁰ Cfr. Ibid. p.106.

incurrido en un injusto penal, según esta doctrina, deben ser sometidos a pruebas de discernimiento.¹⁰¹

La prueba de discernimiento consistía en exámenes psicológicos, intelectuales, del entorno social en el que se desenvuelve, para comprobar si el menor tenía capacidad de discernimiento y por ende de culpabilidad; si el resultado era afirmativo, se le aplicaba el derecho penal, de lo contrario se le entregaba a su familia para su vigilancia y cuidado, esto se daba por ejemplo, anteriormente, en la legislación española.¹⁰²

Al delimitar el alcance del término discernimiento, los juristas propusieron varias teorías, algunos autores afirmaron que la capacidad de discernimiento correspondía a la existencia de inteligencia y otros como Carrara decía que la capacidad de discernimiento consistía en que el actuar del menor se estime acorde a su inteligencia; en su esencia todas estas teorías se referían a la capacidad de discernimiento como existencia de inteligencia y a la ausencia de inteligencia como falta de capacidad de discernimiento. Este argumento no era muy convincente ya que la inteligencia de los menores varía uno del otro, muchas veces nos podemos encontrar con menores que tienen la misma o mayor capacidad de raciocinio que una persona adulta.¹⁰³

Otros autores proponen la teoría de que la falta de discernimiento en el menor tiene como base su poca experiencia de vida. Han sostenido que el menor puede tener una deficiente comprensión del alcance material y moral de sus actos, por lo que se debería apreciar la capacidad de discernimiento de cada menor en cada acto y no en abstracto para todos los menores, ya que la experiencia vital en cada uno de ellos es distinta.¹⁰⁴

Otros autores determinan el discernimiento como una capacidad moral. Silvela considera que discernir es la capacidad de diferenciar y comprender el sentido de las cosas, es la capacidad de distinguir lo bueno y lo malo en el campo de la moral, entender la diferencia entre el cumplimiento o la violación del derecho, para él, el menor

¹⁰¹Cfr. HALL Ana, Óp. cit., p.106.

¹⁰²Cfr. Ibíd. pp. 106, 107.

¹⁰³Cfr. Ibíd. p. 107.

¹⁰⁴Cfr. Id.

de muy corta edad no tiene consciencia de sí, ni del cumplimiento de la ley, por lo que lo considera inimputable. Pero con el pasar del tiempo el menor va adquiriendo conciencia de su actuar y del cumplimiento de la ley con el desarrollo de su inteligencia, y a partir de este momento es cuando comienza la edad de la razón y la imputabilidad del menor. Pero hay que considerar que en determinada edad un menor puede entender que no debe cometer ciertos delitos, pero no comprenderá el alcance de otros.¹⁰⁵

En relación a esto se han realizado observaciones en algunos puntos, uno de ellos es que es complejo determinar el momento preciso en el que el menor empieza a ser imputable, y otro es que esa edad no es la misma en todos los menores, por lo que se debería considerar a cada uno de ellos con su correspondiente acto. Esto entraría en el ámbito de competencia del juez quién consideraría que menor, en qué acto tuvo o no esa capacidad.¹⁰⁶

El término discernir aún tiene imprecisiones, Gutiérrez Francés indica que este término ha servido como un término que se puede adaptar al concepto de imputabilidad como capacidad de conocer y querer. Este concepto ha sido criticado al haber ocasionado, en varias ocasiones inseguridad jurídica y arbitrariedad en el momento de su aplicación por parte del juez.¹⁰⁷

El problema existente en relación a otorgar al juez la facultad de determinar en el caso concreto la facultad de discernimiento, es que las ciencias empíricas¹⁰⁸, no han podido lograrlo, menos aún un actuario judicial, ya para comprobar esto sería necesario un juicio existencial del menor.¹⁰⁹

Al momento de negar la capacidad de discernimiento al menor se lo está tomando como un ser inferior, ya que los clásicos relacionan imputabilidad con capacidad e inimputabilidad con incapacidad. Según Ana Hall este concepto divide a las personas en dos clases: las personas superiores o imputables, que son las que tiene libertad e imputabilidad y las inferiores, a las que las superiores deben proteger y ellas

¹⁰⁵ Cfr. Ibíd. p.108.

¹⁰⁶ Cfr. Id.

¹⁰⁷ Cfr. Id.

¹⁰⁸ Las ciencias empíricas son aquellas que verifican la hipótesis mediante la experiencia, se clasifican en dos: las ciencias naturales y las ciencias humanas. En: Diccionario de Psicología Científica y Filosófica, <http://www.e-torredebabel.com/Psicologia/Vocabulario/Ciencias-Empiricas.htm>, acceso: 19 de noviembre de 2012, 22:30.

¹⁰⁹ Cfr. HALL Ana, Óp. cit. p. 109.

aceptar esto sin más. En concordancia con el criterio de Ana Hall, pensamos que los menores tienen la capacidad de conocer, comprender y querer, y por ende la capacidad de conocer la norma y de motivarse por ella, y que la definición de menor como una persona inimputable y el sistema a aplicarles deben tener un fondo distinto.¹¹⁰

2.5.2. La minoría de edad como una causa de inimputabilidad en el pensamiento positivista

El pensamiento positivista surge en el contexto en la crisis del estado liberal ocurrida en forma posterior a la Primera Guerra Mundial, el cual, mediante sus postulados generó desigualdad y miseria entre los ciudadanos, por ende el aumento de la delincuencia. La base de la economía del estado liberal era la economía burguesa, y ésta no tuvo la capacidad de remediar estos males que aquejaban a la sociedad, por lo que el estado comenzó a intervenir en el ámbito económico y social. La intervención estatal intensificó el control social frente a la criminalidad, mediante el derecho penal.¹¹¹

La intervención estatal en este ámbito encontró su fundamento en el positivismo, que tenía como base de su pensamiento la defensa social frente al delincuente, por lo que los positivistas se encargan de arrasar con todo el sistema de garantías de los clásicos para con los delincuentes y niegan la existencia del concepto de culpabilidad reemplazándolo por el ya mencionado de defensa social frente al delincuente, esto a diferencia de los clásicos que pretendían limitar el poder punitivo del estado.¹¹²

Se trataba de respaldar con esto, el sistema desigualitario imperante, con el cual la alteración del orden tenía su germen en el delincuente, que era considerado como un ser patológico, que detentaba ciertas características de las que los demás ciudadanos comunes carecían.¹¹³

Para los positivistas, a diferencia de los clásicos, el delito ya no consiste en el límite para la actuación estatal, ya que se dirige la atención al delincuente y no al hecho mismo, por lo que el delito es considerado como el resultado de una personalidad peligrosa, de la cual la sociedad tiene que defenderse. En lo referente a la

¹¹⁰Cfr. *Ibid.* p. 109.

¹¹¹Cfr. HALL Ana. *Óp. cit.*, p.111.

¹¹²*Id.*

¹¹³*Id.*

responsabilidad penal el concepto de culpabilidad deja existir y se lo reemplaza por la idea de responsabilidad social, que radica en que el delincuente, por naturaleza, está determinado al delito, por eso las consecuencias de sus actos deben basarse solamente en su peligrosidad, no en el acto. En lo referente a la sanción penal, como el delincuente, por su naturaleza, ya estaba determinado a delinquir, no era indispensable que cometa el acto delictuoso para la aplicación de la pena, por ello cabía la aplicación de medidas predelictuales, que se miden de acuerdo a la peligrosidad de la persona, por lo que los positivistas sustituyen penas por medidas de seguridad, pues no se trata de una respuesta frente a un delito, sino de la prevención de posibles actos delictivos ulteriores¹¹⁴.

El pensamiento positivista fue inspirado por el método naturalista, el cual negó la existencia del libre albedrío, a diferencia de los pensadores clásicos. La voluntad criminal para los positivistas provenía de factores antropológicos según Lombroso, sociológicos según Ferri y psicológicos según Garófalo.¹¹⁵

Ferri señala que las personas carecen de libre albedrío ya que para él la libertad, la capacidad de escoger entre una camino u otro, es solamente una ilusión, algo irreal, creada a partir del desconocimiento de los antecedentes inmediatos, en la falta de conciencia que se tiene de ellos, estos factores pueden ser fisiológicos, psíquicos, y se manifiestan en la deliberación que antecede a la voluntad. Afirma que para que podamos ser libres, no deberíamos tener factor alguno que influya en nuestros actos, pero que el ser humano, al estar sujeto a la naturaleza y a sus leyes, fundamentalmente a la de la causalidad, en la que todo acto tiene una causa que lo genera, y que por lo tanto las personas no son libres, porque no pueden eludir esos factores que influyen en sus actos.¹¹⁶

Por ese motivo Ferri afirma que el ser humano que delinque, es porque está determinado por naturaleza a delinquir, no porque sea libre y haya escogido hacerlo. Ferri niega el concepto de culpabilidad. En antítesis al concepto de culpabilidad, aparece el concepto de temibilidad del delincuente, introducida por Garófalo, que se refiere a que se debe comprobar el grado de perversidad que existe y debe esperarse

¹¹⁴ Cfr. *Ibíd.*, p. 112.

¹¹⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 113.

¹¹⁶ Cfr. *Id.*

en él, por lo que el delincuente pasa de ser culpable a ser un sujeto temible y peligroso.¹¹⁷

Con la desaparición del concepto de culpabilidad, el concepto de responsabilidad individual es sustituido por el de responsabilidad social, que quiere decir que como el ser humano cohabita con los demás en la sociedad y se procura también los beneficios que le corresponden por pertenecer a la misma, también debe sufrir las sanciones previstas para garantizar el orden social, cuando sean necesarias. Este concepto se convirtió en el mecanismo utilizado por la sociedad para defenderse del delincuente, que es aquella persona peligrosa para ésta.¹¹⁸

Así, la imposición de la pena no cumple con el principio de proporcionalidad entre el delito y la culpabilidad de la persona, solamente considera la peligrosidad del sujeto, al momento de establecer su responsabilidad. En consideración a que los positivistas niegan el concepto de libre albedrío y culpabilidad, como se dijo anteriormente, niegan también el concepto de pena, ya que para ellos no es factible determinar la sanción a imponer, sin tomar como fundamento de ella, la causa del delito. Adicionalmente a diferencia del pensamiento de los clásicos, en el que la pena lleva consigo la intención de retribución, y por lo mismo la existencia del libre albedrío, los positivistas niegan la existencia de éste. Con los positivistas la pena dejó de aplicarse con fines de retribución y justicia y se convirtió en una herramienta de defensa social frente al delincuente.¹¹⁹

Para sustituir la pena Ferri propone medidas de seguridad, que a diferencia de las penas, se basan en la noción de peligrosidad, no en la culpabilidad de la persona y se orientan hacia su readaptación social. Lozano y Lozano, alumno de Ferri, manifestó toda persona que infrinja la ley, sea normal o no, es responsable ante la sociedad, sostuvo que el alcance o gravedad del acto no era trascendente, porque al que se debe tomar en cuenta es al delincuente. La medida se regulaba según las condiciones personales de cada individuo, porque la sociedad debía defenderse de él, reaccionar según el peligro que representaba para ella.¹²⁰

¹¹⁷ Cfr. Id.

¹¹⁸ Cfr. Ibid. p. 114.

¹¹⁹ Cfr. Id.

¹²⁰ Cfr. Ibid. pp. 114, 115.

Este planteamiento generó nefastas consecuencias, las medidas de seguridad se aplicaron a cualquier persona que mostrara signos de peligrosidad, hubiera o no cometido un delito, estas constituyen las llamadas medidas predelictuales. La duración de la medida no tenía un tiempo de duración determinado¹²¹, porque su propósito era prevenir delitos que posiblemente esa persona cometería en el futuro, dependiendo de su peligrosidad, y la misma no se suspendía mientras subsista la misma en el sujeto.¹²²

El negar la existencia del libre albedrío, conlleva la negación de la idea de culpabilidad y por lo mismo el concepto de imputabilidad deja de existir, por lo mismo, desaparece la diferencia entre personas imputables e inimputables, y su sustituye por la de personas peligrosas y no peligrosas.¹²³ Esto porque la anterior clasificación, dada por los clásicos, dificultaba la intervención punitiva del estado en aquellos sujetos que los clásicos llamaron inimputables y que los positivistas habían clasificado como peligrosos, entonces se buscó ampliar la acción penal hacia ellos también.

En la Escuela Clásica, al ser la pena proporcional al delito y al basarse en el principio de responsabilidad moral, quedaban fuera del ámbito de sanción penal muchos delincuentes habituales, enfermos mentales, menores, que los positivistas habían calificado como peligrosos y ante los cuales se debía imponer medidas de prevención especial¹²⁴, que no existían en la escuela clásica, ya que podría ser peligroso un inimputable como un imputable, tan peligroso es si el uno o el otro cometen actos delictivos, aunque se diferencia en la magnitud de la peligrosidad de cada uno. Para los positivistas el inimputable poseía una peligrosidad prominente, este es un criminal por excelencia del cual hay que defenderse, asemejándose este criterio al de Lombroso en la descripción del criminal nato. Así el positivismo criminológico clasifica a los sujetos en

¹²¹ Un ejemplo de indeterminación en la sanción podemos encontrar en el artículo 48 del Código de Menores de 1939, en el que dice en su literal c: "Si el menor al tiempo de intervenir el Tribunal, hubiere cumplido 15 años de edad y revele fuerte peligrosidad... será internado en un reformatorio... por tiempo indeterminado".

¹²² Cfr. HALL Ana, Óp. Cit. p. 115.

¹²³ Cfr. *Ibid.* p. 116.

¹²⁴ Se habla de prevención especial cuando se considera como objetivo de la pena desalentar al autor de la comisión de hechos delictivos subsecuentes. La influencia sobre el autor debe producirse de manera que se le impida por la coerción física perpetrar otros hechos o que se lo incentive a no cometerlos por su propia voluntad, y esto mediante la corrección del autor por vía de la educación, el adiestramiento, la intervención corporal, o la intimidación mediante una pena admonitoria (que es aquella para llamar la atención a delincuentes primarios y escasamente peligrosos, como puede ser multa o pena no privativa de la libertad). La función de la pena y de las medidas de seguridad que van con ella o la reemplazan, es la siguiente, conforme al pensamiento de Von Liszt: 1. Corrección del delincuente, que pueda ser corregido y que lo necesite. 2. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección. 3. Inocuidización (incapacitación) del delincuente no susceptible de corrección. En: JAKOBS Gunther, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Ed. Marcial Pons, ed. Segunda, Madrid, 1997, p. 29.

normales y anormales, peligrosos o no peligrosos. Para los positivistas la edad era sustancial para para determinar la existencia de peligrosidad y su magnitud. En la circunstancia de que un menor sea considerado como peligroso, se le imponía medidas de seguridad de acuerdo a su peligrosidad, las mismas que eran indeterminadas e inciertas, al ser parte del grupo de los individuos peligrosos de los cuales había que defenderse.¹²⁵

2.6.Culpabilidad

2.6.1. Teorías de la culpabilidad

Se expondrán en este estudio las teorías más significativas que hablan acerca de la culpabilidad:

2.6.1.1. Teoría Psicológica

Los exponentes de esta escuela sostienen que la culpabilidad debe encontrarse en la consciencia y voluntad con los que la persona realizó el acto o en la relación psicológica que existe entre el hecho material y la persona que lo realizó.¹²⁶

Bataglini explica la culpabilidad como la relación psíquica entre el agente, que sea reconocido como destinatario válido de la norma legal y el hecho; así mismo Mendoza Troya sostiene que la culpabilidad es el vínculo emocional e intelectual, que produce un nexo entre la persona y su acto.¹²⁷

Esta teoría ha tenido el acierto y la virtud de dejar a un lado la concepción de la responsabilidad objetiva y dirigirse hacia el ser humano en el asunto de la responsabilidad más que al producto o resultado de su actuación.¹²⁸

Las críticas realizadas a esta teoría son las siguientes:

¹²⁵ Cfr. HALL Ana, Óp. cit. pp. 116, 117.

¹²⁶ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Ed. TEMIS, ed. Tercera, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 4.

¹²⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 5.

¹²⁸ Cfr. *Id.*

- a) Esta teoría solamente se dirige a la comprobación de la existencia de conductas dolosas o culposas para verificar la existencia de culpabilidad.¹²⁹
- b) Para esta concepción de culpabilidad, culpa y dolo se integran en el concepto mismo de la culpabilidad, se identifican con ella, son ella en sí, por lo que al equipararse el dolo y la culpa a la culpabilidad, se estaría hablando de “culpabilidad de voluntad”, y esto no es adecuado porque se estaría tomando a la culpa como resultado antijurídico querido, voluntario. Por ende se la estaría homologando al dolo, cosa que no es aceptable.¹³⁰
- c) En ambos, en el dolo y la culpa, los partidarios de esta teoría encuentran una relación psíquica entre el autor y el resultado, y sostiene que la diferencia radica en el que en el primero quiere el resultado y en el segundo no lo quiere. El problema con esta concepción es que, claramente el dolo es un hecho psicológico, al tener la voluntad, la intención de realizar el acto antijurídico; pero con la culpa no sucede lo mismo, al no ser voluntaria, en efecto no existiría esa conexión psicológica entre la voluntad de la persona y el resultado de su acción.¹³¹
- d) Si es que siempre se fundamenta la culpabilidad sobre bases psicológicas, se estaría aduciendo que también existe acción culpable en los casos de legítima defensa, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que pueda justificar el acto, al haber en todas ellas un nexo psicológico entre la persona y el acto, y esto no es admisible porque se estaría regresando a la teoría de la responsabilidad objetiva, esto quiere decir que para los psicólogos no operarían las causas de justificación.¹³²
- e) Esta teoría no explica la “culpa inconsciente”¹³³, ya que en ella no se da la relación psíquica entre la persona y el acto, que para ellos es la parte medular de la culpabilidad.¹³⁴

¹²⁹Cfr. *Ibíd.* p. 10.

¹³⁰Cfr. *Id.*

¹³¹Cfr. *Id.*

¹³²Cfr. *Ibíd.* pp. 5, 6.

¹³³La culpa inconsciente, es denominada también, sin representación o sin previsión. Ésta existe cuando ocurre un evento dañoso, en el que no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable. En: LOPEZ Eduardo, *Óp. cit.* pp. 233, 234.

¹³⁴Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, *Óp. cit.* p. 6.

2.6.1.2. Teoría caracterológica

Es una modalidad de la teoría psicologista. Von Liszt es uno de sus principales representantes.¹³⁵Él distingue la culpabilidad en formal y material: La formal está constituida por el dolo y la culpa, y la material por la exigibilidad, es decir, busca mediante esta justificar la intervención penal.¹³⁶Para él la relación subjetiva entre el hecho y el autor es psicológica y el acto culpable es la acción dolosa o culposa de una persona imputable. De la realización del acto culpable, respecto de la esencia, de la naturaleza del autor se colige el contenido material del concepto de culpabilidad y este se basa en el carácter asocial del autor, que se dio a conocer por el hecho cometido.¹³⁷

Ranieri dice respecto a esto que si la culpabilidad constituye el modo de manifestación de la voluntad de un individuo del ilícito que comete, se entiende que teniendo como fundamento las razones que lo indujeron a actuar y el estado psíquico de la persona, es la culpabilidad en el fondo, la expresión de las condiciones psicológicas permanentes y temporales, que determinan al ser humano, es decir, su carácter. En palabras concretas el autor dice que la culpabilidad es la manifestación de un defecto en el carácter o en la personalidad del autor del ilícito.¹³⁸

Gemelli aportando a esta doctrina dice que para juzgar si una persona es responsable de un ilícito, si éste le debe ser atribuido, se debe precisar cómo en la manera de preparación del ilícito y en el cometimiento del mismo se ha expresado su personalidad. Sostiene el autor que desde la perspectiva psicológica no se le atribuye a la persona responsabilidad en cuanto a que el acto cometido fue el resultado de su decisión sino en cuanto se demuestra éste como una característica de su personalidad que en su voluntad tiene el factor decisivo.¹³⁹

Las críticas hechas a esta teoría son:

¹³⁵ Cfr. Id.

¹³⁶ Cfr. CHÁVEZ Iván, *Concepto Material de Culpabilidad*, <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/el-concepto-material-de-culpabilidad.html>, acceso: 03 de octubre de 2012, 16:18.

¹³⁷ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit. p. 6.

¹³⁸ Cfr. Id.

¹³⁹ Cfr. Ibíd. pp. 6, 7.

- a) Este concepto de culpabilidad se erige como una nueva forma conceptual de la temibilidad o la peligrosidad, al intentar especificar al delito como como una exteriorización del carácter antisocial del autor.¹⁴⁰
- b) El concepto de culpabilidad es un concepto dinámico que se lo intenta transformar en estático al situar la culpabilidad en el carácter o personalidad del individuo que comete el ilícito, ya que la personalidad o el carácter es algo que permanece inalterable en la persona, mientras que la culpabilidad se agota en cada persona respecto de cada acto ilícito cometido.¹⁴¹
- c) El aspecto caractereológico de la persona tiene mayor importancia criminológica que jurídica.¹⁴²

2.6.1.3. Teoría Normativa

Esta teoría no tiene una delimitación específica como doctrina, es decir, varían sus postulados de acuerdo a cada autor.¹⁴³ Un gran sector de la doctrina española la define como el juicio de reproche personal, que se le realiza a la persona, porque, a pesar de poder cumplir con la norma jurídica, realiza una acción constitutiva de un tipo penal, pudiendo haber actuado de un modo diferente. La realización del juicio de reproche, requiere la presencia de tres requerimientos: a) La imputabilidad, que es la capacidad de la persona de conocer la antijuridicidad de su actuación, y dirigirla conforme a ese conocimiento, que no existe en los casos de enajenación permanente o transitoria, de sordomudez y de minoría de edad. b) La presencia alternativa de dolo o culpa. c) La ausencia de causas de no exigibilidad de la conducta acorde a la norma, las que constituyen por lo general: el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la obediencia debida.¹⁴⁴

Reinhart Frank es el pionero de esta escuela, para él la culpabilidad es un juicio de reproche que se realiza sobre la persona que pudiendo actuar acorde al derecho, no lo hizo.¹⁴⁵ Afirma que culpabilidad es reprochabilidad.¹⁴⁶ Los elementos que conforman la

¹⁴⁰Cfr. *Ibíd.* p. 7

¹⁴¹ Cfr. *Id.*

¹⁴² Cfr. *Id.*

¹⁴³ Cfr. *Id.*

¹⁴⁴Cfr. CORDOBA Juan, *Culpabilidad y Pena*, Ed. Bosch, ed. Primera, Barcelona, 1981, p. 16.

¹⁴⁵ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, *Óp.*, cit. p.7.

¹⁴⁶Cfr. FERNÁNDEZ GONZALO, En: REINHARD Frank, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Ed. IB de F, ed. Primera, Buenos Aires, 2000, p. 19

culpabilidad son: a) El dolo¹⁴⁷, mediante el cual el autor discierne los alcances de su acto¹⁴⁸, b) La culpa¹⁴⁹, con la cual podría discernirlos¹⁵⁰, ambos constituyen para él la manifestación de “la relación psíquica del autor con el hecho en cuestión, o la posibilidad de esta”¹⁵¹, c) La imputabilidad¹⁵², que él la define como “la aptitud normal espiritual del autor”¹⁵³ e) La normalidad de las circunstancias en el que la persona realiza su actuación, ya que no cabe reprochabilidad cuando las circunstancias que rodeaban a la persona hayan constituido un peligro para el autor o para otra persona y su actuación los haya podido salvar,¹⁵⁴ entonces se configuran las causas de exclusión de la culpabilidad.¹⁵⁵ d) La normalidad motivacional¹⁵⁶, respecto a este literal, Frank reemplazó la denominación de “circunstancias normales concomitantes”, es decir, el referido literal e, por esta, en ediciones posteriores de sus libros.¹⁵⁷

Goldschmidt explica que la persona tiene el deber de actuar a acorde a la norma, pero si es que ésta actúa de manera contraria al ordenamiento jurídico, se le podrá reprochar la conducta en la medida que pudiendo actuar conforme a derecho y teniendo el control sobre el hecho, actuó de manera culpable, por lo que la culpabilidad consiste en “la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber”¹⁵⁸. Este autor resalta la actitud reprochable en el sujeto que no cumple la norma, pudiendo haberlo hecho, y lo que se le reprocha al individuo es el haber infringido una norma de conducta que estaba obligado a cumplir, llamada por este autor como *norma de deber*.¹⁵⁹

Mezger sostiene que la culpabilidad debe comprenderse desde dos perspectivas: como el conglomerado de los presupuestos de la pena, que cimentan la reprochabilidad de la conducta antijurídica del sujeto, y como un juicio valorativo sobre los hechos, en el que este juicio es de reproche, por lo que “culpabilidad es reprochabilidad”.¹⁶⁰

¹⁴⁷Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit., p. 7.

¹⁴⁸ Cfr. REINHARD Frank, Op, cit., p. 41.

¹⁴⁹Cfr. REYES ECHANDÍA, Óp. cit. p. 7.

¹⁵⁰Cfr. Id.

¹⁵¹ REINHARD Frank, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Ed. IB de F, ed. Primera, Buenos Aires, 2000, p. 41.

¹⁵²Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit., p.7.

¹⁵³ REINHARD Frank, *Ibíd.* p. 40.

¹⁵⁴Cfr. REINHARD Frank, Op. cit., p. 41.

¹⁵⁵Cfr. GOLDSCHMIDT James, *La Concepción normativa de la Culpabilidad*, Ed. IB de F, ed. Segunda, Buenos Aires, 2007, p. 84.

¹⁵⁶ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit., p. 7.

¹⁵⁷Cfr. GOLDSCHMIDT James, Op. cit. p. 84.

¹⁵⁸ GOLDSCHMIDT En: REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp., cit., p. 8.

¹⁵⁹ REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit., p. 8

¹⁶⁰ Cfr. Id.

Jiménez de Azúa indica que la concepción normativa de la culpabilidad se erige en el juicio de reproche fundamentado en el acto psicológico, en los motivos y caracterología del individuo y en la exigibilidad.¹⁶¹ En otras palabras, sostiene que la culpabilidad consiste en el reproche que se le hace a la persona que ha cometido un ilícito, relación en la que media un vínculo psicológico, en la que el individuo con su conducta procura llegar a un fin, cuyo alcance le era conocido o inteligible, siempre y cuando se le pueda exigir a este sujeto un comportamiento adecuado a la norma.¹⁶²

Bettioli sostiene que la culpabilidad consiste en la “*relación de contradicción entre la norma y la voluntad individual*.”¹⁶³ La persona responde culpablemente porque su voluntad se ha manifestado de manera contraria a lo que debía haberla manifestado.¹⁶⁴

Por lo tanto forman parte de la culpabilidad: la imputabilidad, el dolo, la culpa y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad¹⁶⁵.¹⁶⁶

¹⁶¹ Cfr. Id.

¹⁶² Cfr. Id.

¹⁶³ *Ibid.* pp.8, 9.

¹⁶⁴ Cfr. *Ibid.* p. 9.

¹⁶⁵ La inculpabilidad o exculpación, es el aspecto negativo de la culpabilidad, y se refiere al análisis de todas las situaciones del comportamiento del ser humano típico y antijurídico cuya característica esencial es la de que eliminan la culpabilidad y así impiden la estructuración del delito. Las causas de inculpabilidad son: a) Caso fortuito o fuerza mayor, b) La coacción, c) Error o ignorancia. Estas causales se diferencian de las de justificación en que no afectan a la antijuridicidad de la conducta, sino a su culpabilidad, y son de naturaleza personal, subjetiva, e intransitiva, hacen desaparecer el delito solo respecto de la persona en quien ocurren. No permiten que haya delito por ausencia de culpabilidad, en la medida que impiden la configuración del dolo o culpa. A) Caso fortuito o fuerza mayor: En su antiguo significado, son fuerzas extrañas al ser humano, que lo dominan y lo impiden actuar de acuerdo con su libre determinación. Algunos autores ven diferencia en estos y dicen que en el caso fortuito existe una relación de causalidad entre el ser humano y su resultado, mientras que en la fuerza mayor el evento es producido por un hecho de la naturaleza, sin ninguna participación de la actividad humana. Siendo el caso fortuito y la fuerza mayor, fenómenos que generan resultados dañosos, respecto de los cuales el ser humano no ha tenido dominio sobre la situación, que perita atribuirselos, no es necesario tratarlos de forma separada. En el derecho penal, ambas situaciones generan inculpabilidad, dadas la inevitabilidad e irresistibilidad del evento antijurídico ocasionado. B) Coacción: La coacción es el constreñimiento que se ejerce sobre una persona para obligarle a adoptar un comportamiento de acción u omisión, que sin tal sometimiento, no realizaría. La coacción puede constituir violencia actual o futura, mediante la primera se emplea energía físicamente lesiva para dominar la voluntad ajena, quien se vale de la segunda, amenaza con utilizar energía físicamente lesiva si la persona no se comporta en la forma indicada por el coaccionador. Tanto en la violencia física, como en la amenaza, no se configura la culpabilidad porque su voluntad fue sojuzgada. Para que sea una causal de inculpabilidad debe ser ejercida por otra persona y que tenga carácter de actual e insuperable, es decir, a lo que no es posible humanamente sobreponerse. C) Error o ignorancia: Las anomalías del juicio sobre un objeto dado pueden derivar de la falta de conocimiento, de conocimiento incompleto o de conocimiento falso. Platón puntualizaba que en la ignorancia hay falta absoluta de toda representación y consiste en una completa ausencia de noción sobre el objeto, y el error es una idea falsa, una equivocada representación del objeto. Estas diferencias no son tan relevantes para el derecho penal ya que como la ignorancia que tiene relevancia jurídica, es aquella que da lugar a error y como sus efectos son sustancialmente idénticos, la doctrina penal asimila ambos conceptos. Se clasifica al error en dos: Error de hecho y error de derecho. A) Error de hecho y de derecho: El error de hecho es una equivocación que recae sobre uno o varios elementos constitutivos de la conducta legalmente descrita en la ley penal, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, el error de derecho se da cuando la equivocación versa sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita, o sobre su interpretación. Existen tres modalidades de error de derecho: 1. Desconocimiento de la existencia misma de la norma incriminadora. 2. Error durante el proceso mental orientado a buscar y explicar el significado de la norma incriminadora y en virtud del cual, el sujeto considera que no es aplicable a la conducta que realiza, se lo conoce como error de interpretación o valoración. 3. EL que se refiere a la equivocada interpretación de un elemento de la norma incriminadora de contenido jurídico distinto al penal, se le designa como error extrapenal. En cuanto a los efectos jurídicos, un error de hecho, esencial e invencible, es causa de inculpabilidad por cuanto el agente actuó convencido de que lo hacía acorde al derecho, en cuanto al error de derecho, no elimina la culpabilidad porque la voluntad del actor se ha

En conclusión estos son los puntos centrales de esta teoría:

- a) El dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad y examina las motivaciones del individuo.¹⁶⁷
- b) La culpabilidad es el juicio de reproche que se realiza sobre la persona que ha realizado una actuación antijurídica cuando pudo actuar acorde al ordenamiento jurídico.¹⁶⁸
- c) Esta teoría toma en consideración las variantes que pueden aparecer de las conductas dolosas o culposas, admite gradaciones.¹⁶⁹
- d) Admite causas de exclusión de la culpabilidad, y las causas de justificación.¹⁷⁰

Esta teoría tiene el mérito de haber colocado correctamente a la culpabilidad en el ámbito jurídico.¹⁷¹

Las críticas realizadas a esta teoría son:

- a) Esta teoría constituye una fusión entre planteamientos normativos y psicologistas, por lo que no consiste en una teoría originaria, y continuó manteniendo al dolo en la esfera de la culpabilidad, a pesar de ser el dolo un fenómeno exclusivamente psicológico y no un juicio de valor, esta crítica la generaron los finalistas.¹⁷²
- b) La imputabilidad desde los psicologistas se encontraba dentro de la esfera de la culpabilidad, y se la comprendía como la capacidad psíquica de la

manifestado en términos contrarios a la voluntad estatal, expresada mediante la norma incriminadora. B) Error de tipo y error de prohibición: Esta corriente doctrinal es de origen alemán y busca superar lo ilógico e injusto de la presunción del conocimiento de la ley penal, de tal manera que sea posible reconocer irresponsabilidad por ausencia de culpabilidad cuando la ignorancia de la ley sea inevitable. 1. Error de tipo: Es el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva perteneciente al tipo de injusto, sea de índole descriptiva o normativa, y son, el error que versa sobre lo material de la acción típica como cosa, persona, habitación, como el que se refiere a expresiones de carácter normativo como: documento, ajeno, funcionario, etc. 2. Error de prohibición: Cuando versa genéricamente sobre la antijuridicidad del hecho, como hipótesis de esta especie, tenemos las siguientes: a) el agente desconoce de la existencia de la norma incriminadora, b) el agente la conoce pero cree que actúa conforme a derecho en el caso concreto porque la interpreta equivocadamente, c) el agente supone erróneamente que concurre en su conducta una causa de justificación. En: REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, pp. 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 172.

¹⁶⁶ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit. p. 9.

¹⁶⁷ Cfr. *Ibid.* p.10.

¹⁶⁸ Cfr. *id.*

¹⁶⁹ Cfr. *Id.*

¹⁷⁰ Cfr. *Id.*

¹⁷¹ Cfr. *Id.*

¹⁷² Cfr. *Id.*

persona para obrar antijurídicamente, de esta manera este planteamiento no es novedoso.¹⁷³

- c) El traslado de la culpabilidad, que es un aspecto del delito, que debe ser estudiado con él en su totalidad, a ser el juicio de reproche.¹⁷⁴
- d) La culpabilidad no es un juicio de reproche sino que da ocasión a que este juicio se produzca, ella es preexistente al mismo, mediante este juicio se comprueba, se declara su existencia¹⁷⁵.
- e) Colocar a la ausencia de causas de inculpabilidad como elemento de la culpabilidad para su existencia es un error lógico¹⁷⁶ porque se estaría realizando un símil de esta manera *“para que exista una afirmación es necesario que no haya una negación”*.¹⁷⁷

2.6.1.4. Teoría Finalista

El finalismo se creó como una teoría contraria a la concepción naturalista de la acción, la cual afirma que el comportamiento del individuo debe comprenderse en forma natural, como una relación de causa – efecto, que genera un cambio en el mundo exterior, un cambio perceptible mediante los sentidos. El problema de entender de esta manera la conducta humana es que no se pueden explicar los actos omisivos,¹⁷⁸ ya que *“de la nada no puede surgir nada.”*¹⁷⁹ Al ser una explicación exclusivamente causal del comportamiento y al ser la causalidad un fenómeno de la naturaleza, no es adecuada para la resolución de controversias jurídicas de carácter penal.¹⁸⁰

El criterio acerca de la acción que esta teoría busca es un criterio social de la acción, ya que el derecho es producto de la convivencia social, por ello se conceptualizó a la conducta¹⁸¹ como la *“causación de un resultado jurídicamente relevante.”*¹⁸²

A pesar de pretender esta teoría lo mencionado en las líneas anteriores, seguía siendo una teoría causalista y por ende, así como la naturalista, no encontró una

¹⁷³Cfr. Ibid. p. 11.

¹⁷⁴ Cfr. Id.

¹⁷⁵ Cfr. Id.

¹⁷⁶ Cfr. Id.

¹⁷⁷LUZÓN Manuel, En: REYES ECHANDÍA, Op. cit. p. 11.

¹⁷⁸Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Op. cit. p. 11.

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ Id.

¹⁸¹ Cfr. Ibid, pp. 11, 12.

¹⁸² Ibid. p. 12.

solución para el asunto de la omisión y tampoco resolvía el problema de la tentativa en la que se genera responsabilidad aun cuando la persona no logró su propósito. Tampoco explicó el motivo por el cual la gradación de la sanción es distinta en el caso de homicidio de una persona que sea padre o hijo del agente o un extraño, aun cuando el resultado es el mismo, que es la muerte de un ser humano.¹⁸³

Respecto a esto Maurach sostiene que *“el delito no se castiga solo por el desvalor del resultado sino por el desvalor de la acción, de la voluntad, de las tendencias y motivaciones”*, y explica que la punibilidad dispar en los delitos de homicidio no obedece a la sola causación del resultado, sino a la forma de las distintas acciones que producen un mismo resultado^{184 185}.

Se consideró posteriormente que la idea adecuada se entraba en el concepto final de la conducta humana propuesto por Welzel¹⁸⁶, él sostiene que *“la acción humana es ejercicio de actividad final”*¹⁸⁷. Explica que el carácter final de la acción consiste en que el ser humano, mediante su conocimiento causal puede prever, hasta cierto límite, las consecuencias o efectos que pueden resultar de su accionar, por lo tanto, puede plantearse fines diversos y encauzar su actividad para el alcance de los mismos. La capacidad para prever las consecuencias del mecanismo causal y de direccionar su accionar, apoyado en este conocimiento hacia un determinado fin es factible mediante la voluntad, por eso ésta constituye la parte fundamental de la acción final.¹⁸⁸

La dirección final del comportamiento está comprendida por dos fases, la primera es la interna, se desarrolla en el pensamiento y consiste en la anticipación mental que hace la persona de la acción que va a realizar con un determinado propósito o fin, en la que selecciona los medios con que lo va a realizar, y considera los efectos simultáneos o concomitantes de su acción futura, para eludir o contrarrestar sus desviaciones. La segunda es la externa y se desarrolla en el mundo de la naturaleza, en

¹⁸³ Cfr. Id.

¹⁸⁴ Un ejemplo de esto constituye la gradación de la pena, que se realiza dependiendo de la motivación que llevó a la persona a cometer el homicidio, por ejemplo tiene una condena menor el homicidio con intención de dar muerte sin otra circunstancia, que el homicidio con intención de dar muerte por precio o promesa remuneratoria. Arts. 449 y 450 del Código Penal.

¹⁸⁵ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Op. cit. p.12.

¹⁸⁶ Cfr. Id.

¹⁸⁷ Id.

¹⁸⁸ Cfr. Id.

el cual pone en acción sus ideas, conforme al plan realizado y con los medios escogidos para alcanzar dicho fin.¹⁸⁹

Existe acción cuando la persona, con conciencia del proceso causal, encamina su actividad desde el fin propuesto, por eso el la finalidad es el elemento fundamental de la acción y comprende el conocimiento causal, que es la comprensión, el entendimiento, de las probables consecuencias de su accionar y la voluntad de realizar tal acción conforme a ese conocimiento.¹⁹⁰

El fin al que la persona orienta su accionar comprende más allá de lo estrictamente deseado por el agente, comprende también el medio utilizado para alcanzarlo, o una consecuencia concomitante incluida en la voluntad de la persona que realiza la acción. Welzel explica que una acción de matar también en el caso de que una muerte sea un medio para conseguir otro objetivo, y no solamente cuando exista la sola voluntad de matar, por ejemplo matar a una persona para que no testifique en un juicio en mi contra o también cuando para buscar un fin, por el accionar voluntario del sujeto se produce una consecuencia concomitante, por ejemplo amordazar a un guardia de una tienda para robarla, y que éste posteriormente muera por asfixia. De esta manera se puede apreciar que el concepto de finalidad es más amplio.¹⁹¹

“Querer y el contenido de querer pertenecen a la acción”¹⁹², con lo que este concepto comprende ahora aspectos objetivos y subjetivos, y dentro de los aspectos subjetivos, el dolo.¹⁹³

Los partidarios de esta teoría consideran que si la culpabilidad es un juicio de reproche de una acción típica y antijurídica y si el dolo está comprendido dentro de la acción, el dolo, que no puede ser a la vez valoración y objeto de valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta y con más precisión al injusto, que es aquella conducta típica y antijurídica.¹⁹⁴

¹⁸⁹Cfr. Ibid. pp. 12, 13.

¹⁹⁰Cfr. Ibid.p. 13.

¹⁹¹Cfr. Ibid.p. 13.

¹⁹² Id.

¹⁹³ Cfr. Id.

¹⁹⁴ Cfr. Id.

El hecho de haber aceptado que el tipo penal no es en toda ocasión exclusivamente objetivo, sino que puede presentar aspectos subjetivos en los que se puede apreciar una determinada finalidad que dirige la conducta del individuo, llevó a ubicar al dolo en el tipo penal, es su elemento subjetivo, al consistir en una voluntad de acción.¹⁹⁵

También Welzel llegó a la conclusión de que en la tentativa, el dolo es un elemento subjetivo del tipo, ya que no es posible comprobar que ella existió desde una perspectiva netamente objetiva, sin tomar en consideración la decisión subjetiva de la persona.¹⁹⁶

Con la modificación hecha por los finalistas en el cambio del dolo de la culpabilidad al tipo penal, creen haber llegado a la solución adecuada para el problema de la culpabilidad, y la llaman Teoría Normativa Pura, la cual considera a la culpabilidad¹⁹⁷ como un *“puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente, teniendo la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho. Un sujeto es culpable, pues, cuando habiendo podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma actuó con voluntad antijurídica.”*¹⁹⁸

Para esta teoría los elementos de la culpabilidad son:

- a) La imputabilidad: que es la capacidad de autorregulación conforme al ordenamiento jurídico. La conducta ejecutada por un inimputable, no es culpable, aunque pueda ser dolosa, el dolo pertenece a la acción.¹⁹⁹
- b) Consciencia de la ilicitud del hecho: La persona debe comprender que su actuación es antijurídica.²⁰⁰
- c) Exigibilidad de una conducta conforme a derecho: Si a una persona no le fuera exigible comportarse conforme a derecho, no será culpable aun cuando su conducta sea ilícita, por no ser susceptible de reproche.²⁰¹

¹⁹⁵Cfr. Ibíd.p. 13, 14.

¹⁹⁶Cfr. Id.

¹⁹⁷Cfr. Id.

¹⁹⁸Id.

¹⁹⁹Cfr. Id.

²⁰⁰Cfr. Id.

²⁰¹Cfr. Ibíd, pp. 14, 15.

Para esta teoría culpabilidad y antijuridicidad son juicios de desvalor, por lo que están relacionados, Welzel explica que la culpabilidad se agrega a la acción antijurídica para convertirla en delito. La antijuridicidad es la situación en la cual se da una contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico; y la culpabilidad va más allá de dicha contradicción, fundamenta el reproche personal contra el individuo, que actuó de manera contraria al ordenamiento jurídico, aun cuando podía haber actuado acorde a él.²⁰²

Esta teoría tiene la virtud de haber generado el concepto de la acción final humana en el derecho penal.²⁰³

Las críticas realizadas a esta teoría son:

- a) En la rama de la psicología ya se había teorizado previamente que existe acción humana cuando la voluntad se dirige hacia un fin determinado, por lo que la aportación en este sentido no sería innovadora.
- b) Welzel explica el desarrollo de la conducta humana hacia su finalidad de la misma manera que el *IterCriminis*²⁰⁴ de Carrara, y por ello tiene el mismo error, que es el que toda conducta humana se desenvuelve con el mismo proceso lógico matemático. Carrara sostenía que existía primero una idea criminal, a la cual seguían una sucesión de actos preparatorios, ejecutivos y consumativos²⁰⁵, cuyo orden es inalterable, y Welzel también explica la

²⁰²Cfr. Ibíd. p.15

²⁰³Cfr. Id.

²⁰⁴Excluyendo el delito de realización instantánea, aquel que se realiza en un solo acto, todo delito recorre un camino de desenvolvimiento. Se inicia con un acto interno, con una idea, esa idea se convierte en voluntad criminoso o intención de causar daño, y solamente cuando el pensamiento criminoso sale al mundo exterior, empieza el proceso de ejecución del delito con su desarrollo propio y sus etapas, ese es el *IterCriminis*, el camino que recorre la acción delictiva desde el momento que es ideada y querida por el agente, que constituye la fase subjetiva del delito, pasando por el período en que esa volición interna se exterioriza y se presenta a través de actos preparatorios, ejecutivos y consumativos, hasta obtener el resultado previsto y querido por el agente. Sus fases son: A) Interna: También llamada subjetiva, consiste en la ideación de la conducta delictiva, sin que todavía se manifieste en el exterior. Comprende además la etapa volitiva, o sea aquella en la cual el sujeto reflexiona y luego resuelve actuar criminosamente. B) Externa: También llamada objetiva, exige que se dé un principio de ejecución del acto, y comprende todos los actos realizados por el agente para la obtención del fin propuesto y querido en la fase subjetiva. En: PEREZ María Isabel, *El IterCriminis su desarrollo e incidencia*, Tesis para obtener en grado en Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p.13.

²⁰⁵ Dentro de la fase externa del *IterCriminis*, se encuentran a) Los Actos Preparatorios: Son aquellos con los que se da inicio a esta fase, son todos aquellos hechos realizados por el agente mediante los cuales, consigue, dispone o fabrica los objetos que posteriormente usará en la comisión del delito que ha planeado y empieza a realizar, por lo general no son punibles, porque son actividades que por sí mismas son insuficientes para mostrar la intención de delinquir, o para poner en peligro real un bien jurídico, protegido por una norma. b) Actos Ejecutivos: Es el paso siguiente en el cual aparece un signo inequívoco dirigido hacia el delito, en esta etapa se pone en marcha lo preparado en la etapa anterior, se pone de manifiesto un principio de ejecución, en esta etapa puede llegar a cometerse un acto sancionado como delictivo aunque no se dé una realización total porque la ley los señala como punibles por ejemplo si un ladrón entra a la casa pero no consume el robo, igual es punible el acto. Para que sean punibles estos actos deben reunir dos condiciones, la idoneidad que significa que debe haber actos propios y adecuados para lograr el resultado y

acción delictiva como producto de las etapas ya explicadas, la interna y la externa, que se desarrolla de manera lineal y sin alteraciones, que es anticipación mental del resultado, selección de medios para llegar a él, previsión de efectos concomitantes y actuación en el mundo exterior, pero en la realidad muchas veces el delito no ocurre de la misma manera, las persona a veces no actúan con una determinada finalidad, o no prevén siempre el resultado de su acción, sus efectos colaterales, o no elige los medios con el que va a lograr su propósito. Estas variables no toma en consideración esta teoría.²⁰⁶

- c) La omisión no se explica mediante esta teoría, ya que es complicado concebir siempre como final una conducta humana de esta naturaleza, lo que lleva a esta teoría a dividir a esta teoría a la teoría del delito en dos, la una para delitos de acción y la otra para los omisivos^{207 208}.
- d) No logra llevar a cabo su cometido de explicar de manera unitaria a la culpabilidad, ya que en relación a la culpa, la acción culposa no se orienta a un determinado fin antijurídico.²⁰⁹
- e) Los finalistas consideran elementos de la culpabilidad a la imputabilidad, la exigibilidad de una conducta acorde al ordenamiento jurídico y que la persona pueda conocer la ilicitud de la acción, pero deberían incluir al segundo y al tercero en el primero, ya que la persona imputable es la que puede conocer la ilicitud de su conducta, y pudiendo actuar conforme a derecho, no lo hace. Entonces el juicio de culpabilidad se realiza sobre la imputabilidad, que tiene valoraciones sobre el conocimiento de la ilicitud de la acción y sobre la exigibilidad, por lo que esta doctrina está²¹⁰ “valorando tres valoraciones.”²¹¹

animosidad, que es la dirección inequívoca de los hechos hacia el delito. C) Actos Consumativos: Son aquellos en los que la actividad del sujeto se dirige contra el objeto en una actividad delictiva, en esta etapa ya se han dado todas las características del tipo y el resultado previsto en la ley. En: PÉREZ María Isabel, *Óp. cit.*, pp. 23, 24, 25, 30, 31.

²⁰⁶Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, *Óp. cit.* p. 16.

²⁰⁷Los delitos omisivos son los que comete el agente por omitir una conducta que estaba obligado por ley a realizarla., cuando el agente tenía el deber jurídico de actuar y no lo hizo. Son de dos clases: 1) Omisión Simple u Omisión Propia: Con la sola inactividad se comete el delito, independientemente del resultado. 2) Comisión por Omisión u omisión Impropia: La inactividad del sujeto que por ley está obligado a actuar de determinada manera, debe producir un resultado. En: LÓPEZ Eduardo, *Óp. cit.*, pp. 283, 287.

²⁰⁸ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, *Óp. cit.*, p. 16.

²⁰⁹Cfr. *Id.*

²¹⁰Cfr. *Ibíd.* p. 18

²¹¹MAURACH En: REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, *Óp. cit.* p. 18.

- f) La exigibilidad de una conducta adecuada a derecho, que los teóricos del finalismo incluyen como elemento de la culpabilidad, también lo es de la antijuridicidad.²¹²
- g) Maurach dice que los tres elementos de la culpabilidad son los mismos para los delitos culposos y dolosos, y el problema es que en la culpa sin representación no se da una de ellos que es la posibilidad de conocimiento del injusto, ya que la persona que lo realizó ni siquiera lo ha previsto, por ello no ha tenido la posibilidad de conocer su ilicitud.²¹³
- h) Roxín explica que la culpabilidad tiene más importancia en apreciar si conviene o no sancionar penalmente en determinada situación, que indagar si la persona pudo o no actuar acorde al derecho, que es algo difícil de comprobar, y sostiene que la controversia acerca de si el dolo pertenece a la culpabilidad o al tipo es un problema trivial, ya que el dolo es esencial para el tipo porque sin él no se puede especificar la descripción legal del delito, y también es importante para la culpabilidad porque delimita la gradación en sus formas, de la más leve a la más grave.²¹⁴

2.6.1.5. Teoría del fin de la pena

Roxín es el teórico, y sostiene que lo esencial, lo decisivo, *“no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídicos – penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación”*²¹⁵, y propone sustituir a la palabra culpabilidad por responsabilidad.²¹⁶

Mediante el injusto, esto es tipo y antijuridicidad, se resuelve si la conducta es, acorde o no al derecho, y se aprecia mediante la categoría de la responsabilidad desde puntos de vista políticos – criminales, al asunto de la necesidad jurídico – penal de sancionar en un caso específico y la respuesta se obtiene de los postulados del fin de la pena, que fueron determinados en base a conocimientos criminológicos, sociológico – jurídicos y filosófico – jurídicos.²¹⁷

²¹²Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit., p. 18.

²¹³Cfr. *Ibíd.* pp.19, 20.

²¹⁴Cfr. *Ibíd.* p. 20.

²¹⁵ROXÍN En: REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit. p. 20.

²¹⁶Cfr. REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Óp. cit. p. 20.

²¹⁷ Cfr. *Id.*

Al momento de determinar el grado de responsabilidad del autor, la política criminal ingresa en la dogmática penal.²¹⁸

No es suficiente demostrar que la persona actuó de manera típica y antijurídica, habiendo podido optar por otro camino, para deducir su punibilidad, es indispensable además, que el legislador haya decidido político – criminalmente que desde la perspectiva de la prevención especial o general, la sanción sea necesaria.²¹⁹

2.6.1.6. Teorías Eclécticas

Son teorías que intentan armonizar entre las teorías presentadas con anterioridad, sobre todo la psicológica y la normativa.²²⁰

Antolisei es uno de los teóricos eclécticos y sostiene que los psicólogos proponen de manera correcta que la culpabilidad es un fenómeno de naturaleza psíquica y que los normativistas están en lo correcto al decir que la persona solamente es culpable cuando actúa de manera distinta a la que estaba obligada a hacerlo, y por ende su comportamiento es merecedor de reproche.²²¹

Esencialmente la culpabilidad en la expresión de la indisciplina social, la transgresión del deber indica la negativa del individuo a cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico. La voluntad culpable constituye una conducta voluntaria contraria a la ley.²²²

Petrocelli es otro de los exponentes de esta tendencia y sostiene que la esencia de la culpabilidad no se encuentra en la conciencia por parte del individuo de su transgresión al ordenamiento jurídico, ni en la declaración de la existencia de la misma por parte del juez, sino en la relación misma, es decir en la transgresión de la norma por parte del individuo. Entonces la culpabilidad constituye el conjunto de requisitos exigidos por la ley respecto de una persona, para que el hecho realizado se le pueda atribuir a la

²¹⁸ Cfr. Id.

²¹⁹ Cfr. Ibíd. p. 21.

²²⁰ Cfr. Id.

²²¹ Cfr. Ibíd. p. 21.

²²² Cfr. Id.

misma, como expresión madura y normal de su voluntad, que constituye una resistencia y desobediencia a la norma penal.²²³

Soler asevera que la culpabilidad como hecho es algo psíquico en sí, pero que el concepto de culpabilidad no es solamente psicológico, ya que para hablar de culpa es necesaria la existencia y referencia a un sistema normativo.²²⁴

Reyes Echandía sostiene que la culpabilidad es un fenómeno que tiene raíces psicológicas, ya que es algo que pertenece al modo de actuar de la persona frente al ordenamiento jurídico, pero así mismo la culpabilidad es en esencia una entidad jurídica.²²⁵

Comparte el punto de vista de los normativistas en que el fondo de la culpabilidad es que la persona actuó de manera contraria al ordenamiento jurídico, debiendo y pudiendo actuar acorde a él, por ello su acción es reprochable, pero no constituye un juicio de reproche como lo sostienen los normativista y finalistas ya que confunden el juicio de reproche con la conducta que se reprocha o con el juez, que es la persona que emite el juicio de reproche.²²⁶

Cosas distintas son la culpabilidad que se encuentra en la persona que realiza la conducta reprochable, y el juicio que realiza el juez sobre el individuo y su acto, en el que declara y reconoce su culpabilidad.²²⁷

Reyes Echandía comparte la posición de los finalistas en el aspecto de que la acción es una secuencia ordenada de la voluntad hacia un fin determinado y dominio de los medios para conseguirlo. Pero no comparte que sean separados del ámbito de la culpabilidad el dolo y la culpa, ya que los considera como valores esenciales de la misma.²²⁸

²²³Cfr. Id.

²²⁴ Cfr. Ibíd. p. 22.

²²⁵ Cfr. Ibíd. p. 24.

²²⁶ Cfr. Ibíd. p. 24, 25.

²²⁷ Cfr. Ibíd. p. 25.

²²⁸ Cfr. Ibíd. p. 25, 26.

Define de esta manera a la culpabilidad: *“Es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente”*²²⁹

El mismo autor explica que al referirse a actitud consciente de la voluntad se refiere al fenómeno que se halla dentro del psiquismo, que consiste en la disposición anímica en los ámbitos intelectivos y volitivos de la persona que se dirigen a la realización de una conducta típica y antijurídica.²³⁰ Un aspecto fundamental del concepto de culpabilidad es la *“noción del deber - poder, del cual se dependen los fenómenos de exigibilidad y reprochabilidad”*²³¹, porque estando el individuo obligado a actuar conforme a la norma y pudiendo hacerlo, no lo hizo, por lo que su conducta es merecedora de reproche.²³²

Entonces, *“esa actitud consciente de la voluntad que lleva a comportarse al sujeto antijurídicamente, pudiendo y debiendo actuar diversamente, es la culpabilidad, y en cuanto tal actitud le es reprochable, da lugar al juicio de reproche que el juez emite, y cuyo objeto es la actitud, y, por supuesto, la persona que la ha adoptado”*²³³

Se configura el dolo cuando la voluntad consciente de la persona se dirige hacia un fin antijurídico, y si se dirige hacia una finalidad penalmente irrelevante o si busca un fin ilícito y en el transcurso de los medios jurídicamente indiferentes, transgrede el deber de cuidado que le era exigible, se configura la culpa.²³⁴

Por lo anteriormente expuesto, este autor sostiene que dolo y culpa se encuentran dentro del fenómeno de la culpabilidad, como parte esencial de ella, ya que son los que dan oportunidad a que se genere el juicio de reproche. El primero porque la persona no dirigió su voluntad a un fin lícito pudiendo hacerlo y el segundo porque transgredió el deber de cuidado que le era exigible según sus condiciones y circunstancias.²³⁵

²²⁹ REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, p. 26.

²³⁰ Cfr. Id.

²³¹ REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Id.

²³² Cfr. Id.

²³³ REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Id.

²³⁴ Cfr. Id.

²³⁵ Cfr. Id.

Adicionalmente Reyes Echandía explica que no puede ser culpable una persona inimputable, ya que la imputabilidad implica la capacidad que tiene una persona de conocer y entender la antijuridicidad de su conducta y manejarse conforme a dicha comprensión, siendo importante tomar en cuenta que pudo haberlo hecho y no lo hizo. Si el inimputable actúa de manera antijurídica, es porque por motivo de su condición personal, no pudo comportarse de una manera distinta a la que se comportó, y por ello no es reprochable su acción, por ende no se configura la culpabilidad.²³⁶

Muñoz Conde asevera que si nos remitimos al concepto tradicional de culpabilidad, actúa culpablemente quien realiza un acto antijurídico, pudiendo haber actuado de manera diferente, acorde con el derecho, pero este concepto se sostiene sobre situaciones indemostrables que es la misma capacidad de actuar de diversa manera a la que se hizo, ya que esto se puede creer pero no se puede comprobar. No se puede demostrar que en el caso concreto si se empleó esta posibilidad, por las diversas circunstancias que en el convergen.²³⁷

Afirma que podemos comprender esta capacidad de modo empírico, por nuestra experiencia y observación, ya que sabemos que tenemos libre albedrío para de entre varias opciones, escoger una, y supuestamente se da en cada persona la misma capacidad de elección, según las expectativas del medio social en el que se desenvuelve. Pero el problema para tomar de modo tan superfluo este concepto es que también a pesar de tener varias opciones, no podemos saber cuáles constituyen las razones últimas que nos mueven hacia tal o cual elección.²³⁸

Se debe buscar un enfoque distinto, partiendo del tradicional de culpabilidad. La culpabilidad es un fenómeno social, es una característica atribuida a un sujeto para poder imputársele su conducta y que este pueda responder por ella. Es el estado el que delimita los límites de lo culpable, el que decide hasta donde llega la culpabilidad o no culpabilidad. Existe una estrecha relación entre culpabilidad y prevención general, es decir, de la defensa de intereses sociales, mediante la imposición de la pena.²³⁹

²³⁶ Cfr. Id.

²³⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Óp. cit., p. 100.

²³⁸ Cfr. Ibíd. pp. 100, 101.

²³⁹ Ibíd., p. 101, 102.

Muñoz Conde enumera de la siguiente manera los elementos de la culpabilidad: la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad, la exigibilidad de otra conducta, e indica que éstos se debe buscar en la función motivadora de la norma penal.²⁴⁰

- a) La imputabilidad: Constituye la madurez psíquica y la capacidad de motivación de la persona. Si no tiene el grado suficiente de aptitudes psíquicas para poder ser motivado racionalmente, no existe culpabilidad.²⁴¹
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: Solo si el individuo puede conocer a groso modo el contenido de las prohibiciones normativas, puede ser motivado por ellas. Si la persona no sabe que está prohibido, no tiene razón alguna para abstenerse de aquella conducta, entonces aquella sería típica, antijurídica, pero no culpable.²⁴²
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: Existe un ámbito dentro del cual puede exigir la norma una conducta, fuera de él, no existe responsabilidad, como dice Muñoz Conde, el derecho no puede exigir comportamientos heroicos.
- d) Motivación normativa: Es la aptitud para reaccionar frente a las exigencias de la norma, que junto a otras como la inteligencia, afectividad, permite la atribución de una conducta al sujeto y la responsabilidad por la misma. Cualquier adulteración de esta facultad debe determinar la exclusión o la atenuación de la culpabilidad.²⁴³

La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural de un individuo se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos, han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en que a partir de un determinado desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo.²⁴⁴

²⁴⁰ *Ibíd.*, p.103.

²⁴¹ *Cfr. Ibíd.* p. 104.

²⁴² *Cfr. Ibíd.* pp. 104, 105.

²⁴³ *Cfr. Ibíd.* p. 103.

²⁴⁴ *Cfr. Ibíd.* p. 105.

Luis Rodríguez Manzanera explica que la conducta denominada culpable es aquella que se le puede reprochar al sujeto, al actuar este de manera que su comportamiento no se adecuó a los expectativas jurídicas. La culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se hace al sujeto, por lo anteriormente mencionado, en el que es necesario que concurren los siguientes requerimientos: capacidad psíquica de la persona de la que se trata para que este pueda haber valorado, evaluado su conducta de manera libre y conocer que su actuación es antijurídica.²⁴⁵

La reprochabilidad se fundamenta en la voluntad interna contraria a la norma que manifiesta el individuo, ya que aun pudiendo actuar acorde a la norma y motivarse por ella, hizo todo lo contrario.²⁴⁶

Mientras más posibilidades se tenga de motivarse por la norma, mayor será el grado de autonomía de decisión y por lo tanto de actuación acorde al derecho, y esto conlleva el grado de reproche que se le puede realizar a la persona, pero existe límite en el que fuera de él no se puede exigir de una persona la adecuación de su conducta al derecho.²⁴⁷ Por ejemplo si una persona amenaza a otra con un arma para que ésta sustraiga objetos de valor de un local comercial, y ésta lo hace no sería culpable, ya que se configuraría una causa de inculpabilidad que es la coacción.

La culpabilidad puede tener elementos que la invaliden y éstos son: La falta de comprensión de la antijuridicidad, el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta.²⁴⁸

2.6.2. Consecuencias de la aplicación del principio de culpabilidad

Juan Córdova nos explica el resultante de aplicar el principio de culpabilidad, no hay pena sin culpa, *nullumcrime sine culpa*, genera varias situaciones a tomar en cuenta:

²⁴⁵Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA LUIS, Óp. cit., p. 323.

²⁴⁶ Cfr. Id.

²⁴⁷ Cfr. Id.

²⁴⁸ Cfr. Id.

1. Toda responsabilidad penal presupone dolo a culpa y el solo nexo causal, puro y simple, entre la persona que realizó el acto y el mismo, no genera responsabilidad penal. Son violaciones de este principio la preterintencionalidad, que significa, que el daño ocasionado por la persona que realizó el acto, es superior al daño querido por el mismo; y los delitos cualificados por el resultado, que son aquellos en los que el sujeto produce un resultado típico, antijurídico, en los que se causa un resultado, que aunque no sea querido por la persona que lo realizó, ni se lo pueda atribuir a título de culpa, agrava su responsabilidad penal o la genera.²⁴⁹
2. La pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad del agente.²⁵⁰
3. Para generar o agravar la responsabilidad penal, los únicos presupuestos válidos que se deben tomar en cuenta son los referidos a la acción culpable. Esto para evitar que se tomen en cuenta diversas situaciones como el modo de ser o de comportarse, para generar efectos jurídicos penales.²⁵¹ Sin embargo no existe problema alguno si se tomara la personalidad del sujeto, por ejemplo, para ver cuál es la sanción más adecuada para él. Pero si por ejemplo, debido a la peligrosidad del sujeto se le aplica una medida de seguridad, se vulnera el principio de culpabilidad, ya que constituiría un castigo debido a modo de ser o comportarse de un sujeto, que no ha cometido delito alguno.²⁵²

2.6.3. Culpabilidad en menores infractores

Sea como fuere concebida la culpabilidad, como juicio de reproche, o como la actitud consciente de la voluntad que da lugar al juicio de reproche, los menores de edad adolescentes, pueden ser declarados culpables, ya que ellos poseen una capacidad

²⁴⁹ Cfr. CORDOVA Juan, *Culpabilidad y Pena*, Ed. BOSCH, Barcelona, ed. Primera, 1981, pp. 19, 20.

²⁵⁰ Cfr. *Ibíd.* p. 20.

²⁵¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 21.

²⁵² Cfr. *Id.*

psíquica completa para comprender, entender y valorar la dimensión del injusto y para autodeterminarse.²⁵³

La doctrina de la protección integral exige que el menor que ha incurrido en un comportamiento tipificado como delito, sea procesado con todas las garantías del debido proceso, para que posteriormente sea determinada su sanción, esto no podría tener lugar sin la aplicación del principio de culpabilidad, ya que mediante él, se determinaría el grado de responsabilidad del adolescente infractor y por ende sería precisado el grado de rigurosidad de la medida socioeducativa a aplicar, ya que la sanción debe ser proporcional al grado de culpabilidad de la persona que cometió el ilícito. De aquí se colige que la inimputabilidad del menor, no es ausencia de responsabilidad, sino que consiste en una responsabilidad distinta o “sui- generis”, en la que se determina que es capaz de culpabilidad, y por ende sujeto al que se le ha de imponer la respectiva sanción; la diferencia estriba en que la sanción es distinta a la de la persona adulta, tiene otro concepto, es menos rigurosa y conlleva que el menor infractor, en el proceso, tiene además de los derechos y garantías de la personas adultas, los concernientes específicamente a su edad.

2.7. Proyección Histórica de los Códigos de Menores generados en el Ecuador

A lo largo de la historia del Ecuador hemos tenido cinco codificaciones y son:

- a) El publicado en el los Registros Oficiales número 107 y 108 del 10 y 11 de abril de 1939. Esta publicación se produce durante el gobierno del General Alberto Enríquez Gallo.
- b) El publicado en el Registro Oficial número 65 del 18 de agosto de 1944. Esta publicación se produjo durante el gobierno de José María Velasco Ibarra.
- c) El publicado en el Registro Oficial número 107 del 14 de junio de 1976. Esta publicación se gestó durante el gobierno del Consejo Supremo de Gobierno, que fue un triunvirato militar integrado por Alfredo Poveda, Guillermo Durán Arcentales y Luis Leoro Franco.

²⁵³Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA, Óp. cit. p. 323.

- d) El Código de Menores publicado por ley número 170, en el Registro Oficial número 995, del 7 de agosto de 1992, en el gobierno de Rodrigo Borja Cevallos.
- e) El Código de la Niñez y Adolescencia publicado por ley número 100, expedido en el Registro Oficial número 737 del 3 de enero del 2003, durante el gobierno de Gustavo Noboa Bejarano, actualmente en vigencia.

2.8. Incidencia del pensamiento positivista criminológico y correccionalista en la legislación para menores en Ecuador

En primer lugar señalaremos que como contradicción entre las doctrinas de los clásicos y los positivistas, surgió un sistema mixto, en el cual se otorgaban las garantías de los clásicos a las personas imputables, las que tienen libre albedrío y son capaces de culpabilidad, por lo que operaba para ellos la aplicación de penas; mientras que para los inimputables se utilizaron conceptos positivistas, al ser considerados incapaces de culpabilidad, anormales, peligrosos, susceptibles solamente de medidas de seguridad o rehabilitadoras con finalidad reeducativa, cuya función en realidad fue la de cumplir funciones de defensa de la social, quitándoles las garantías que respecto de los imputables si existían, con lo que se logró un sistema penal reforzado para los menores, a pesar de que el argumento era que ellos no debían ingresar al sistema penal de adultos por ser altamente punitivo.²⁵⁴

El Positivismo y el Correccionalismo²⁵⁵ han tenido gran influencia en la legislación de menores,²⁵⁶ en nuestro caso, desde el primer Código de Menores expedido en 1939, hasta el Código de Menores de 1976.

²⁵⁴ Cfr. *Ibíd.* p.117.

²⁵⁵ Uno de los mayores representantes del correccionalismo es el español Dorado Montero, cuya doctrina no es tan ortodoxa en lo referente al positivismo, pero tiene gran influencia. Él tendía a aceptar como doctrina, opiniones que implicaban la negación del derecho penal. Acepta él, el principio del carácter natural y necesario del delito de la escuela positiva y considera la cuestión de la responsabilidad o irresponsabilidad del reo como secundaria, ya que este simplemente debía ser tratado como un sujeto incapaz de comportarse racionalmente y necesitado de ayuda. A diferencia de los positivistas, este autor no cree en la existencia de delinquentes incorregibles, para él son personas con una naturaleza especial, que necesitan medidas peculiares de curación, que la ciencia debe otorgar, así la justicia penal se convierte en una obra de saneamiento social, los jueces se constituyen en médicos sociales. Su criterio es que se deben extinguir todos los obstáculos legales y particularmente los principios jurídicos tradicionales, uno de ellos que prohíbe castigar por un hecho que la ley no prevea como delito y el segundo que exige que las sanciones se encuentren previamente establecidas y determinadas en cantidad. Este autor sostiene también que jamás dejará de existir una organización de las actividades sociales en relación con la delincuencia, porque los seres humanos siempre vivirán en sociedad, pero será solamente de una organización para fines específicos de acuerdo con las recomendaciones de la ciencia y dotada de un

En efecto, en el primer Código de Menores ecuatoriano, que es el de 1939, los juicios de los menores de edad a partir de los 12 años, son sustanciados por un órgano especializado que es el Tribunal de Menores, el cual conoce de la comisión de las conductas tipificadas como delito por los mismos, y de la situación de los menores en peligro moral o en situación de abandono. El artículo 41 señala que: “Cuando la policía o defensor de menores (Agente Fiscal), tenga conocimiento que a un menor se le imputa un delito o falta, o en caso de encontrarse el menor en situación de abandono o peligro moral, remitirá al Tribunal de Menores en 24 horas la denuncia...” El artículo 43 indica :”Las autoridades policiales solo detendrán a un menor cuando fuese necesario hacerlo, por la gravedad del delito imputado, por la temeridad revelada, el peligro en que se encuentre o que de otra manera fuese imposible averiguar el domicilio de la familia”, el art. 48, literal c, del mencionado código indica que: “Si el menor, al tiempo de intervenir el Tribunal, hubiere cumplido 15 años de edad y revelare fuerte peligrosidad, o tendencia a delinquir, será internado en un Reformatorio o en sección especial de un establecimiento educativo público por un tiempo indeterminado”

Del contenido de estos artículos, se puede apreciar el fondo ideológico que presenta el código, debe tomarse en cuenta que no solamente se le detiene a un menor y se lo juzga por haber cometido un hecho tipificado como delito, sino simplemente puede ser por acusar peligrosidad o tendencia a delinquir, y debe tomarse en cuenta también que en el ejemplo citado la sanción es indeterminada.

Como podemos ver en esta disposición, para la correspondiente sanción al menor, que implica restricción de derechos, se toma en cuenta la peligrosidad del mismo, su tendencia a delinquir.

De la misma manera ocurre en el Código de Menores de 1976, en el que se determina que es la conducta irregular. El artículo 99 señala: “Se entiende por conducta irregular de un menor aquella que, sin constituir delito o contravención, denote peligrosidad y que, por consiguiente, requiera la intervención del Estado para la readaptación del menor.”, el artículo 100 indica: “Delincuencia juvenil es la conducta de

mínimo de coacción. En: COSTA Fausto, *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*, Ed. Hispanoamericana, ed. Primera, México, 1953, pp. 214, 215.

²⁵⁶ Cfr. HALL Ana, *Óp. cit.* p. 118.

los menores que constituye violación a las leyes penales...”, el artículo 101 señala que “El Tribunal de menores dispondrá el internamiento del menor en un hogar de rehabilitación, reeducación o readaptación, según el caso y la peligrosidad demostrada.”, y el artículo 102 señala que las resoluciones tomadas por el Tribunal respecto de menores de conducta irregular o de delincuentes juveniles no indicará el tiempo de internamiento, ya que la rehabilitación de los mismos depende de su conducta posterior y de sus condiciones de readaptación social.

Estas dos corrientes, como puede apreciarse, fomentaron la creación de jurisdicciones especiales para menores. La pena era concebida para estos teóricos en su finalidad reeducativa, más no retributiva, uno de ellos de gran relevancia es el correccionalista positivista Dorado Montero.²⁵⁷

Para ellos, los menores eran seres que no podíanautodeterminarse, la edad era considerada limitadora, por lo que mientras subsista esta limitación, los adolescentes de conducta irregular, en estado de abandono, o de peligro moral, tenían la necesidad de protección tutelar, que como vimos en los ejemplos de la legislación ecuatoriana y en general en las legislaciones que tenían esta influencia doctrinaria, los medios utilizados para sancionarlos o controlarlos eran de duración indeterminada, ya que su prolongación debía ajustarse a las necesidades de la persona. La característica principal de esta teoría respecto de los menores es que ellos como seres incapaces son considerados también peligrosos para la sociedad, y necesitan tratamiento, pero de ninguna manera pena.²⁵⁸ Otro ejemplo constituyen los hogares transitorios, que eran instituciones públicas o privadas, previstas en el código de 1976, en su artículo 25, para atender a menores en estado de abandono, con problemas económicos o disgregación familiar, los que practican la mendicidad, o la vagancia, y estas instituciones podían ser de tipo abierto o cerrado. El artículo 55 del mismo código establecía que “Los menores dedicados a la vagancia, a la mendicidad o a cualquier actividad que signifique violación a las prescripciones de este código, serán puestos a órdenes del Tribunal de Menores, para que se resuelva sobre ellos lo que más fuere ventajoso...” También con este fin se ocupaba la institución de la colocación familiar, el artículo 168 indica que procedía cuando el menor se hallare en estado de abandono material o moral, o se conduzca de

²⁵⁷Cfr. Id.

²⁵⁸Cfr. Ibíd. 122

un modo irregular, sin que sus padres den las suficientes garantías de vigilancia, cuidado y corrección.

Por su parte, el Código de menores de 1944 indica lo que comprende la protección a menores, en su artículo 3 indica que todo menor tiene derecho a la asistencia y protección del estado... y de un modo especial la protección comprende a los menores que estén moral, jurídica, materialmente abandonados, a los huérfanos, indigentes, inadaptados, peligrosos, irregulares, débiles mentales, etc., y en el artículo 4 coloca como uno de los fines del código, buscar la adaptación social y familiar. Entre las decisiones que puede tomar el Tribunal de Menores estaban las mencionadas en el artículo 46, el literal a señala que el tribunal podrá dejar al menor con sus padres si de las circunstancias del delito y de las condiciones personales del menor se evidencia que no acusa peligrosidad, caso contrario como lo señala el literal b del mismo artículo, si consideran inconveniente dejarlo con sus padres o se halle moralmente abandonado o acusare peligrosidad sería internado en un establecimiento educativo hasta los 18 años, y el literal c del artículo señala un internamiento en un Reformatorio o sección especial de un establecimiento educativo, de tiempo indeterminado, en el caso de que ese menor hubiere cumplido 15 años y revelare fuerte peligrosidad o acusare perversión, impulsividad o tendencia a delinquir.

Dentro de las consideraciones a tomar en cuenta por parte del Tribunal, el artículo 56 indica que “Para la resolución de las causas de menores los Tribunales atenderán a la personalidad de aquellos, antes que a la apreciación objetiva de los hechos que se les imputasen. El criterio fundamental para la resolución que dictaren los Tribunales será la peligrosidad del menor, sus deficiencias o desviaciones psíquicas, biológicas o sociales.” En este artículo podemos apreciar claramente que no existe un derecho penal de acto, sino de autor, al tomarse en cuenta como dice este artículo la personalidad de los menores aún más que los hechos que se les imputen.

Estas concepciones tutelares y protectoras son la esencia del derecho tutelar de menores, que decía ser una propuesta en la que utilizaban medidas educadoras y asistenciales, pero que en realidad consistía en el mecanismo de control que la sociedad ejercía sobre los menores a falta de control familiar, siendo en apariencia el control distinto al sistema penal de adultos, en el fondo consistía en una

formaintensificada del mismo, ya que se les trataba a los menores con castigos y sin ninguna garantía procesal y penal, fue una extensión de las medidas punitivas a un sector de la sociedad que según la doctrina clásica no debería llegar.²⁵⁹ Un ejemplo de un trato no adecuado para un menor es el del artículo 52 del Código de Menores de 1944 en el que se indica que en el Reformatorio, existirá un régimen disciplinario con aislamiento nocturno, cuestión que nos parece ser un trato duro hacia el menor de edad.

Para los positivistas la prueba del discernimiento defendida por los clásicos, con este nuevo sistema, carecía de sentido, ya que si lo que se aplican son medidas de seguridad y no penas, no es necesario ver la proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción a imponer, ya que solamente lo que se va a utilizar son medidas educativas y terapéuticas, y que los menores han quedado fuera del ámbito penal.²⁶⁰

Para el pensamiento clásico lo determinante es el concepto de culpabilidad y libre albedrío, para los positivistas evaluar la peligrosidad del sujeto. Esto influye en el mecanismo a utilizar a la hora de imponer la pena: el método del discernimiento o el biológico.

2.9. Imputabilidad y minoría de edad penal. Consideraciones y resultados posteriores a la doctrina clásica y positivista

La mayoría de los doctrinarios en el ámbito penal considera que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad y que la inimputabilidad es la carencia de la misma.²⁶¹

A lo largo de la historia el asunto principal de discusión cuando se ha hablado de imputabilidad ha sido el tema del libre albedrío, el cual fue tratado por los clásicos y los positivistas como vimos anteriormente. Luego el problema de la imputabilidad se centró en analizar capacidad de qué era: de acción, de delito, de culpabilidad, quedándose como ya se dijo, mayoritariamente la doctrina con esta última.²⁶²

²⁵⁹ Cfr. Id.

²⁶⁰ Cfr. Id.

²⁶¹ Cfr. Ibíd.pp. 133, 134.

²⁶² Cfr. Ibíd.p. 135.

La imputabilidad también es una noción vinculada a otras materias como lo son la psicología, la psiquiatría, la sociología. Por este motivo el principal elemento de discusión respecto de este tema sigue siendo el libre albedrío, aunque la doctrina preponderante sigue conservando una doctrina clásica de la imputabilidad, en la que existen ciertas variaciones, y se basa en la capacidad de motivación.²⁶³ En el caso de nuestra legislación es así, la doctrina dominante es la clásica. El Código Penal del Ecuador vigente en su artículo 32, hace referencia a la consciencia y voluntad con la que una persona debe actuar al cometer un hecho ilícito para que sea considerado como delito.

Art. 32. “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y consciencia”

Se puede apreciar que se toma en consideración para determinar la responsabilidad de una persona, para que un hecho típico e ilícito sea considerado como delito, el que esa persona actúe con consciencia y voluntad. Se toma en cuenta solamente la capacidad intelectual y volitiva sin otros factores que influyan, en la descripción normativa de este artículo.

En la actualidad las doctrinas que tratan acerca de la imputabilidad son: a) Los que defienden el concepto clásico de imputabilidad b) Los que defienden el concepto de imputabilidad como capacidad de motivación, dentro de los cuales están la corriente psicológica, la que se divide en dos: Los que reemplazan el concepto de culpabilidad por el de necesidad de pena y los que conservan el concepto de culpabilidad y le añaden elementos valorativos. c) La corriente social d) Tendencias críticas respecto al concepto de imputabilidad.²⁶⁴

2.9.1. Defensores del concepto clásico de imputabilidad

Son autores que han creado variaciones al concepto clásico de culpabilidad, tal y como era anteriormente, los puntos en común de todos ellos son que definen a la culpabilidad como un juicio de reproche, que se le realiza al autor por no haber actuado

²⁶³ Cfr. Id.

²⁶⁴ Cfr. Ibíd. p. 138.

conforme a derecho pudiendo hacerlo. La imputabilidad se conceptualiza como la capacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta y dirigir su accionar conforme a ello, la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad. Por ello la base de la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación de la persona. Dividen a las personas en imputables, aquellos que son capaces de autodeterminarse, y son sujetos de penas; e inimputables, aquellos que no pueden autodeterminarse, y se les aplica medidas de seguridad de acuerdo a su peligrosidad²⁶⁵.

2.9.1.1. Los clásicos ortodoxos

Son autores que sostienen los postulados de los clásicos anteriores a ellos, en su totalidad, afirman que la libertad de autodeterminación es la base de la imputabilidad, argumentando que a pesar de que el libre albedrío pueda ser indemostrable, únicamente un ser que tenga libertad puede actuar acorde a la norma y no simplemente por leyes causales naturales, por lo que se le puede hacer un reproche si es que no la cumple. Adicionalmente al basarse la medida punitiva en la libertad de actuar del individuo, se constituye un límite al poder punitivo estatal, otro pensamiento que sostienen es que si se negara la existencia del libre albedrío, tampoco se daría un derecho penal que no necesite ciertos presupuestos para funcionar, ya que necesita como base de su accionar la actividad humana, y esta se rige por la voluntad.²⁶⁶

Entonces la imputabilidad es el conjunto de elementos biológicos y psicológicos necesarios, que exige la normativa para considerar imputable o no a una persona, es decir requisitos que le permitan entender y valorar la ilicitud de su acto y de actuar conforme a la norma.²⁶⁷

2.9.1.2. Los clásicos moderados

Córdoba Roda realiza un par de críticas al concepto normativo de culpabilidad: Una de ellas es el problema que tienen las ciencias que estudian la conducta humana para la demostración del libre albedrío, considera que peor aún los jueces podrían hacerlo. Otra es que para él es poco coherente tomar a la culpabilidad como un juicio de

²⁶⁵ Cfr. Ibíd. p. 139.

²⁶⁶ Cfr. Ibíd. pp. 139, 140.

²⁶⁷ Cfr. Ibíd. p. 140.

reproche, cuando el propio sujeto no se hace a sí mismo tal juicio, y estas dos consideraciones constituyen un óbice al momento de la pensar en la pena como un castigo a su conducta.²⁶⁸

A pesar de eso mantiene la noción de culpabilidad como el poder actuar de otro modo, pero tomando en cuenta las circunstancias que influyeron en el actuar del sujeto, las más significativas para efectos de exención o atenuación de la responsabilidad penal. Para él, el concepto de culpabilidad es muy importante para la limitación del poder punitivo del estado, ya que la pena no debe sobrepasar el desvalor de la acción. La culpabilidad constituye una garantía, que va de la mano con la necesidad de la pena. Entonces la imputabilidad, en este planteamiento, sigue siendo la capacidad de comprender y autodeterminarse, y el menor como inimputable, es un ser que carece de esta capacidad.²⁶⁹

En concordancia con el criterio de Ana Hall, que critica a este autor en su oposición a que en el concepto de culpabilidad no se tome en cuenta el sentimiento de reproche del propio autor hacia sí mismo, al decir que no es ético reprochar a alguien que no siente reproche por lo que realiza²⁷⁰, así mismo, nuestro criterio es que no necesariamente el que comete un delito siempre siente reproche hacia su conducta, y eso no quiere decir que no merezca un reproche jurídico.

Torío López realiza ciertos cambios a la concepción clásica de culpabilidad, ya que esta solo se basa en datos puramente biológicos para la medición del comprender y querer, y realiza una consideración en abstracto al tomar en cuenta primero la capacidad de actuar de otro modo y luego los factores que influyeron en la limitación de esta capacidad. Pero este autor dice, que se debe, en el caso concreto, considerar para este efecto, las circunstancias de cada persona, ya que estas influyen directamente en la capacidad de accionar del individuo. Se deben tomar en cuenta las facultades y aptitudes del individuo, así como su formación familiar, educativa, profesional, relaciones sociales, familiares, para poder emitir un juicio acerca de la relación entre el delito y su persona, y no primeramente presuponer que todo individuo mayor de edad y

²⁶⁸ Cfr. Ibíd. pp. 141, 142.

²⁶⁹ Cfr. Id.

²⁷⁰ Cfr. Ibíd. pp.143, 144.

mentalmente sano tuvo la potestad de actuar de manera distinta, sino valorar todo en su conjunto en el caso concreto.²⁷¹

Para Reyes Echandía la imputabilidad constituye una valoración biológica, psicológica, social y jurídica. Para él la imputabilidad es una capacidad que obedece a como han sido las relaciones sociales de la persona de la que se trata.²⁷² Dice el autor:

“La imputación en el plano jurídico implica atribuir a una persona como suyo determinado comportamiento que le acarreará consecuencia jurídicas”,²⁷³ e imputabilidad es “la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo a esa comprensión. Esta capacidad refleja un modo de ser para un modo de actuar y dependen sustancialmente de las características psicofísicas que dicen relación a la madurez mental y a la normalidad fisiológica y psicológica del individuo y. en algunos casos (indígenas) de la valoración que el sujeto sea capaz de hacer respecto de las normas culturales y legales que rigen las relaciones de la sociedad en la que vive y ante la cual debe responder.”²⁷⁴

2.9.1.3. Observaciones a la teoría clásica respecto de los menores

Ana Hall observa que este concepto, a pesar de ser el dominante en la doctrina y en la legislación, no es capaz de explicar la inimputabilidad del menor, ya que el menor es capaz de comprender y querer, y que a pesar de eso la legislación utiliza esta doctrina para determinar las causas de inimputabilidad y la estructura sobre la incapacidad de motivarse por la norma por parte del menor, pero le pone un criterio biológico-cronológico para definir su inimputabilidad. Respecto a esto Hall hace la reflexión de que no simplemente por tener determinada edad el menor es incapaz de comprender y querer, y que hubiera sido más coherente con la lógica de los clásicos realizar un sistema que pueda medir esta capacidad, e indica que es un error en la lógica de esta propuesta y piensa que lo más coherente sería la colocación aquí del sistema del discernimiento, este debería constituir el inherente a la escuela clásica, lo que no quiere decir que comparta con este sistema, solamente señala que sería el correspondiente a los clásicos, pero que por seguridad jurídica se ha instaurado en los respectivos códigos el criterio biológico-cronológico.²⁷⁵

2.9.2. La imputabilidad como capacidad de motivación

²⁷¹Cfr. Ibíd. p. 144, 145.

²⁷²Cfr. Ibíd. 145.

²⁷³REYES ECHANDÍA, *La Imputabilidad*, Ed. Universidad Externado de Colombia, ed. Primera, Bogotá, 1976, p. 5.

²⁷⁴Ibíd. p. 31.

²⁷⁵Cfr. HALL Ana Op. cit. pp. 189, 190.

Existen dos corrientes que toman a la imputabilidad como capacidad de motivación y son: ²⁷⁶

- a) La corriente psicológica: Afirma que la capacidad de motivación, que debe medirse con datos biológicos y psicológicos, es el fundamento de la imputabilidad. Hay dos posiciones en esta corriente: 1) La que excluye el concepto de culpabilidad, es decir lo elimina y lo reemplaza por el de necesidad de pena. 2) El que sostiene la existencia del concepto de culpabilidad, pero le introduce algunos elementos valorativos.²⁷⁷
- b) La corriente social: Sostiene de la misma manera que la capacidad de motivación es el fundamento de la imputabilidad, pero que no solamente se mide a base de factores psicobiológicos, sino de factores sociales también. Muñoz Conde es partidario de esta teoría.²⁷⁸

2.9.2.1. Observaciones respecto a la imputabilidad como capacidad de motivación

Ana Hall no considera que esta teoría sea la más adecuada en el tema de la inimputabilidad del menor, ya que se basa en la incapacidad de motivación de estos, que no es acertado, o que no poseen capacidad de motivación suficiente, o que tienen capacidad de motivación anormal, adicionalmente esta corriente fundamenta la inimputabilidad de la misma manera que los clásicos, esto respecto del menor, es decir, toman en cuenta la capacidad de comprensión y motivación, que toma en cuenta solamente factores naturalísticos de inteligencia y voluntad, para su evaluación, entonces el problema de los clásicos, con esta teoría sigue igual. Como ya se ha dicho el menor es capaz de comprender, de motivarse, eso lo comprobamos porque mediante la educación pueden interiorizar pautas de conducta y valores.²⁷⁹

Argumenta Hall también que si en el caso concreto se valoraría la capacidad de motivación del menor, se volvería al problema del libre albedrío, que en él, no sería demostrable. Adicionalmente indica que hay objetores del sistema cronológico biológico,

²⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp.148, 149.

²⁷⁷ Cfr. *Id.*

²⁷⁸ Cfr. *Ibíd.* p. 149.

²⁷⁹ Cfr. *Ibíd.* p. 192, 193.

ya que no resulta muy convincente que nada más al rebasar el límite de edad impuesto por la norma, el menor se vuelva completamente motivable, por lo que proponen que se debe incluir al menor en el sistema penal, a menos que, en el caso concreto se pruebe su anormalidad o incapacidad de motivación, mediante un sistema semejante al del discernimiento, en el que no se trata de comprobar la capacidad de entender y querer sino la capacidad de acceder de forma normal a la norma y actuar acorde con él, propuesta que, Ana Hall, con razón, dice se idéntica en el fondo, es decir, es lo mismo.²⁸⁰

Hall sostiene que el estado puede exigir a una persona que tiene capacidad normal de motivación, responsabilidad de acuerdo al Código Penal, pero que el mismo tipo de responsabilidad penal, no puede exigir a un sujeto que no tenga la misma capacidad de motivación o que la tenga en un grado menor al normal, que la excepción estaría en los menores de edad, ya que a pesar de que pueden ser normalmente motivables, no se les exige la misma responsabilidad penal que a los imputables.²⁸¹

2.9.3. La corriente psicológica

Los autores que tratan acerca de esta corriente aseguran que el fundamento de la imputabilidad es la capacidad de motivación. Para valorar si existe o no, se toman en cuenta solamente datos biopsicológicos, en ningún momento los sociales, para ver qué persona es imputable o al decir lo mismo, con capacidad normal de motivación, o inimputable, esto quiere decir, en contraste con capacidad anormal o inferior de motivación.

2.9.3.1. La corriente psicológica que reemplaza el concepto de culpabilidad por el de necesidad de pena

Uno de los principales representantes es GimbernatOrdeig, que rehúsa el concepto tradicional de culpabilidad y lo reemplaza por el de necesidad de pena.²⁸² Él se muestra contrario a la demostrabilidad de la existencia del concepto de libre albedrío

²⁸⁰ Cfr. Ibíd. p. 193, 194.

²⁸¹ Cfr. Ibíd. p. 194.

²⁸² Cfr. Id.

en el ser humano y afirma que constituye una oposición a las ciencias que estudian el comportamiento humano por ejemplo a la psicología, psiquiatría, afirmar que es posible demostrarlo.²⁸³ Su propuesta es sustituir el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena, por el de necesidad de la misma, para la poder mantener el orden social, para reforzar las normas que prohíben ciertos comportamientos, y evitar, de esta manera, que la gente incurra en ellos.²⁸⁴

Afirma este autor que las ciencias del comportamiento contribuyen con pautas favorables a la aplicación del derecho penal y de la necesidad de la pena, para que las personas no realicen comportamientos lesivos a las normas que rigen la convivencia humana.²⁸⁵ Dice también que debe existir la proporcionalidad entre el daño cometido por su autor y la pena impuesta hacia él, que en ningún caso debe ser la pena mayor al daño cometido.²⁸⁶

También propone que en caso de las personas inimputables la pena es innecesaria, pues sería un abuso imponer pena a personas en estas condiciones, desde el enfoque del mantenimiento del orden social. Sostiene además que los delitos cometidos por ellos no afectan el carácter inhibitorio de las normas penales porque los sujetos, en sus palabras, denominados “normales” puede distinguir el grupo de imputables e inimputables, y saber que la pena sí le afectará a él, que es una persona imputable.²⁸⁷

Adicionalmente que en consideración que el inimputable posee escasa motivabilidad, o ninguna, la pena no sería un factor inhibitorio importante y que lo más adecuado para esta clase de personas una vez cometido el acto delictivo sería un tratamiento médico²⁸⁸. *“En definitiva, la pena frente al inimputable resulta innecesaria, tanto a efectos de prevención general, como a efectos de prevención especial”*²⁸⁹

2.9.3.2. Observaciones respecto de la corriente psicológica que reemplaza el concepto de culpabilidad por el de necesidad de pena

²⁸³ Cfr. *Ibíd.*, p. 150.

²⁸⁴ Cfr. *Id.*

²⁸⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 151.

²⁸⁶ Cfr. *Id.*

²⁸⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 152.

²⁸⁸ Cfr. *Id.*

²⁸⁹ *Id.*

Ana Hall explica las críticas realizadas a este criterio, cuyo principal autor es Gimbernat. En primer lugar que deja sin concepto a la noción de imputabilidad e inimputabilidad y que es un criterio vago el fundamentar el castigo en la necesidad de pena, ya que esto provocaría que por las necesidades de control del estado, este delimite quiénes son o no imputables²⁹⁰ y nuestro criterio esto provocaría inseguridad jurídica²⁹¹.

Otra observación realizada a su teoría es que no siempre entre los imputables es necesaria la pena, y recuerda que este autor dilucida entre la probabilidad de no imponer pena a la persona normal que no lo necesite, pero luego retrocede en este criterio ya que afirma que el derecho penal debe tener carácter de general, por lo que se presume que todos los normales son estimulables por la pena, ya que no se puede ver cuál de los normales son motivables por ella. Adicionalmente recuerda que el autor toma en cuenta también que como entre personas consideradas normales, existe el principio de igualdad, si a uno, en consideración a no ser necesaria la pena para ese sujeto normal, se le perdona la pena, los demás querrán buscar el mismo motivo para eximirse de la misma, y eso afectaría a la fuerza punitiva del estado y conllevaría a perder la eficacia del derecho penal.²⁹²

Hall no comparte este criterio ya que afirma que no es correcto afirmar que para todos los imputables es necesaria la pena por motivos de prevención general, cree ella que la imposición de penas a imputables, cuya necesidad no está comprobada, para eludir que otras persona delinca, no es apropiada, para su criterio muchas veces es innecesaria y perjudicial la imposición de la pena a ciertos sujetos imputables y sostiene que la no ejecución de la pena no disminuiría la prevención general, ya que con la simple condena se cumpliría con el requerimiento, y que es un tributo exagerado a la seguridad jurídica lo que afirma el autor.²⁹³

Respecto a la afirmación del autor de la innecesidad de la pena para las personas inimputables, por motivos de prevención general, ya que carecen de capacidad de motivación y por ende, porque la pena tampoco cumpliría con ellos su efecto inhibitorio, y que los seres humanos normales no se identifican con los mismos,

²⁹⁰ Cfr. *Ibid.* p. 152, 191.

²⁹¹ La seguridad jurídica es un principio del derecho que se entiende y se basa en la certeza del derecho tanto en el ámbito de la publicidad, como de su aplicación, es decir, tener la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado o permitido, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

²⁹² Cfr. HALL Ana, *Op.cit.* p. 153.

²⁹³ Cfr. *Id.*

por lo que lo que se debería aplicárseles son tratamientos o medidas de seguridad, Hall sostiene que es parcialmente cierto, ya que no todos los inimputables son tratados de la misma manera (pone el ejemplo del enfermo mental transitorio, en el momento en el que comete un delito que solo en ese momento es inimputable, por lo que los demás podrían querer fingir lo mismo para poder librarse de la pena) y el de los menores de edad, ya que si existe identificación con ellos y para demostrarlo Hall nos pone de ejemplo las reformas penales que se realizan respecto ellos cuando cometen delitos, en diversas sociedades y adicionalmente menciona que ellos sí se motivan por la norma penal y que el fundamento para su inimputabilidad se debe encontrar por otro camino.²⁹⁴

Se critica el concepto de “normal” y de “anormal”, el inimputable no debe ser concebido como un ser anormal, ya que son personas que se encuentran en situaciones diferentes, a criterio de Hall, el caso de los menores, no cabe dentro de la concepción de inimputables como anormales, ya que son personas que se encuentran en etapa de desarrollo y por lo mismo se encuentran en una situación diferente a la de adulto imputable, adicionalmente afirma que esto genera un efecto negativo, ya que se estigmatiza como una inferioridad existencial de estas personas y esto lleva a un fallo en las garantías de estas personas, ya que se pondrían penas no proporcionales al hecho delictivo si se necesita para prevenir conductas que en ocasiones generan conmoción en lo ciudadanos, además en cuestión a prevención especial, se podría argumentar la imposición de una sanción acorde con la peligrosidad del sujeto, así la falta cometida haya sido insignificante, y se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad entre la falta cometida y la pena.²⁹⁵

Otro punto es el que el criterio de que por razones de prevención general, la pena es necesaria para toda persona imputable, no explica que el menor no sea imputable, indica que no debe presumirse que por motivos de prevención general la pena no es necesaria para el menor, ya que sí son motivables, con excepción de los de muy corta edad, por lo que la pena si tiene efecto inhibitorio en ellos.

2.9.3.3. La corriente psicológica que conserva el concepto de culpabilidad, pero le introduce algunos elementos valorativos

²⁹⁴ Cfr. Ibíd. p. 154, 155.

²⁹⁵ Cfr. pp. 155, 156.

Uno de los representantes de esta postura es Mir Puig, él admite la necesidad de imposición de penas para mantener el orden social, pero no acepta el concepto clásico de culpabilidad. Para él la culpabilidad constituye un límite a la imposición de la pena, ya que para que esta opere, se debe valorar si el sujeto detenta una motivación normal o anormal.²⁹⁶

Este autor denomina a la culpabilidad como “imputación personal” y comprende dos condiciones: a) Que una persona infrinja una norma, pero aquella debe tener conocimiento de la antijuridicidad de su acto, y la posibilidad de haberlo evitado b) Capacidad normal de motivación normativa.²⁹⁷

Este autor afirma que la culpabilidad puede ser excluida mediante las causas de inimputabilidad, esto se da cuando el autor del hecho carece de la capacidad para evitar el hecho antijurídico (*esto pasa cuando la inimputabilidad elimina en su totalidad la posibilidad de evitar el hecho*)²⁹⁸, o cuando el sujeto tenga una capacidad de motivación normativa anormal, que produzca la eliminación de su responsabilidad penal.²⁹⁹

Mir Puig defiende la idea de una graduación de la imputabilidad, afirma que unas causas de inimputabilidad pueden excluir la capacidad de motivación y otras solamente disminuirla. Para él no existiría infracción a la norma por parte de la persona que no tenga capacidad alguna de motivación, ya que ésta no puede motivarle a aquella y no valdría la pena dirigir la norma a un sujeto cuyo comportamiento antijurídico no puede evitar. Para los que tienen cierta capacidad de motivación, la norma también debe ser dirigida, aunque después no se le pueda considerar responsable penalmente, porque en este caso solo disminuiría su eficacia, pero no sería totalmente anulada, ya que este tipo de inimputables sí tienen cierto contacto con la norma, y aquella puede tener influencia en su actuar.³⁰⁰

Puig afirma que no se debe responsabilizar a las personas que no tienen la capacidad de motivación normal, en consideración a que ellos poseen ciertas condiciones personales que les impiden comprender en su cabal sentido, o motivarse

²⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 157.

²⁹⁷ Cfr. *Id.*

²⁹⁸ *Ibid.* p. 158.

²⁹⁹ Cfr. *Id.*

³⁰⁰ Cfr. *Id.*

correctamente y cumplir el mandato de la norma; afirma que el castigo en este caso sería desigual y excesivo, en este grupo se encuentran a los menores.³⁰¹

Mir Puig busca el fundamento para excluir de responsabilidad penal a personas que siendo inimputables, no carecen de total capacidad de motivación, ya que existen grados de motivabilidad.³⁰² Por ejemplo un demente es completamente inmotivable, pero un menor de edad no.

Ana Hall está en desacuerdo con el criterio de Mr. Puig, en el sentido que él afirma que los menores tienen capacidad de motivación anormal, a lo que Ana Hall refuta y afirma que los menores, con excepción de los que tienen muy poca edad o los que sufren de algún trastorno mental, son capaces de motivación normal, ya que la educación se encarga de su correcto desarrollo; y comparte la idea con Mir Puig de que es estatus de normalidad es determinado en cada momento histórico, añadiendo Hall que es la clase dominante la que determina aquello.³⁰³

Otra crítica hecha por Hall a Puig es que en la elaboración que él hace respecto a la inimputabilidad de los menores, solamente toma en cuenta datos biológicos y psicológicos, a pesar de referirse a que el tema histórico cultural determina lo que es normal en una época dada, ya que para decir que un menor tiene, según él, anormalidad motivacional, dice que los factores sociales no afectan las leyes psíquicas de motivación, por lo que solo se toma en cuenta el grado de resistencia que tiene el menor para la comisión de delitos.

A pesar de ello Puig afirma que es factible que un menor de 16 años alcance la madurez tempranamente y pueda ser perfectamente motivable. Hay un límite de edad para los menores de edad, debajo del cual son absolutamente inimputables y el autor señala que en este caso se habla de falta de un comportamiento humano, ya que no tienen capacidad de comprensión, ni de autodeterminación, que correspondería a los menores de 12 años.³⁰⁴

³⁰¹Cfr. Ibíd. p. 160.

³⁰²Cfr. Ibíd. p. 161.

³⁰³Cfr. Ibíd. p. 162.

³⁰⁴Cfr. Ibíd. p. 163.

Puig indica que a pesar de que los menores de cierta edad podrían ser imputables, en el sentido de correcta motivación normativa, como capacidad de discernir, que es mejor y más adecuado aplicarles tratamiento educativo al solo castigo.³⁰⁵

2.9.4. La corriente social

Esta tendencia sostiene, que la capacidad de motivación es el fundamento de la imputabilidad, pero a diferencia de los clásicos, no solamente se basa en factores biológicos y psicológicos, sino en factores sociales. Muñoz Conde, que es uno de sus representantes dice que se debe replantear el concepto de libre albedrío, y por ende agregar elementos a la concepción clásica de culpabilidad.³⁰⁶

Para Muñoz Conde, el concepto clásico de la culpabilidad es incompleto, porque, explica, el libre albedrío es indemostrable, y la culpabilidad sostenida a base de este, es un concepto individual, que no toma en cuenta el aspecto social, que también debe ser determinante en él. La posibilidad de actuar de una manera diferente frente a una determinada situación no es comprobable de manera científica, por eso afirma que se debe comprender este asunto a base de nuestra propia experiencia sensorial y empírica, por ello no constituiría el fundamento único de la culpabilidad, solamente es un presupuesto de la importancia jurídica del comportamiento humano.³⁰⁷

Muñoz Conde no considera correcto que la culpabilidad sea considerada como un fenómeno individual, apartado, concerniente solo al autor del hecho típico y antijurídico, sino que existe una culpabilidad en referencia a los demás, en determinado contexto cultural e histórico. La culpabilidad, para este autor es una característica que se le atribuye a un sujeto para poder imputársele un comportamiento típico, antijurídico, es el estado el que pone el límite de lo culpable. Por esto afirma que el fundamento de la culpabilidad es social, ya que es un concepto que se ha definido dentro de las necesidades históricas de cada sociedad y de los fines de prevención del derecho penal.³⁰⁸

³⁰⁵ Cfr. Id.

³⁰⁶ Cfr. Ibíd.p. 164.

³⁰⁷ Cfr. Id.

³⁰⁸ Cfr. Ibíd. p. 166.

Muñoz Conde dice, respecto al momento en el que el sujeto sea capaz de ser motivado por la norma penal, que las ciencias como la psicología, la biología, la sociología, han conseguido determinar un momento a partir del cual el desarrollo biológico, psicológico y cultural, le hace apta a una persona para responder penalmente por sus actos. Para él, el fundamento de la culpabilidad debe encontrarse en la capacidad de motivabilidad del sujeto, que es la capacidad de actuar conforme a la ley y de abstenerse de actos contrarios a ella, es una facultad que permite atribuirle a un sujeto su accionar y la consecuente responsabilidad por el mismo, y en caso de que se dé una alteración importante a esta facultad, debe procederse a la atenuación o exclusión de la responsabilidad penal.³⁰⁹

Este autor afirma así mismo que se deben analizar las razones por las cuáles un sujeto actúa de una manera y no de otra, y no solamente ver para declararlo culpable, que haya podido actuar en teoría de una manera distinta, ya que no es suficiente. La culpabilidad para él forma parte del proceso de socialización y motivación, es la última etapa, su inicio se da en el seno familiar, mediante la educación impartida por ella, y continúa hasta que el sujeto interiorice las normas de la sociedad en la que vive, para que pueda convivir en ella.³¹⁰

Como se enumeró anteriormente, los elementos de la culpabilidad son: La capacidad de culpabilidad o imputabilidad, en referencia a que la persona debe encontrarse en capacidad de motivarse y con la suficiente madurez psíquica, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, es decir, que conozca a groso modo en contenido normativo, esto con el fin de que pueda motivarse por ella, y el que haya podido actuar de una manera diferente a la que lo hizo, como dice Ana Hall, el derecho exige comportamientos difíciles pero no imposibles.³¹¹

Para Muñoz Conde, la imputabilidad es el conjunto de prerrogativas para poder considerar a un individuo como culpable por haber realizado un acto típico, antijurídico. El que actúa libremente debe entender y querer lo que hace, el que carece de esta capacidad, carece de libertad, y en consecuencia no es considerado culpable. Ana Hall

³⁰⁹Cfr. *Ibíd.* p. 168.

³¹⁰Cfr. *Ibíd.* p. 169.

³¹¹Cfr. *Ibíd.* p. 170.

explica que como derivación del concepto social de culpabilidad, se infiere que el concepto de imputabilidad, en esta tendencia, también es social.

Muñoz Conde dice que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es el conjunto de facultades que debe tener una persona para que se le pueda atribuir un acto típico y antijurídico por ella cometido. Este conjunto de facultades son de orden psíquico, físico y volitivo, y son necesarias para que el sujeto pueda ser motivado por la norma. Si una persona carece de estas características por falta de madurez o por desorden mental, no puede ser culpable y por ende tampoco responsable penalmente por el acto típico, antijurídico cometido, ya que para ellos la pena es algo inútil y que debe ser sustituida por otras medidas, que en la práctica tienen el mismo carácter de control social de la pena pero teóricamente no tienen la misma intención punitiva.³¹²

La razón por la que estas personas, que se ven afectadas en sus facultades psíquicas, o no tienen la madurez mental para que se le pueda imputar un delito, no se pueden considerar culpables, la doctrina clásica la encuentra en la libre voluntad, que se sustenta en la capacidad de entender y querer el acto, señala esta doctrina que el que no posee esta capacidad, no actúa de manera libre y por ello no puede ser considerado culpable. Muñoz Conde afirma que es inadmisibles esta teoría en consideración a que no solo los aspectos intelectual y volitivo, condicionan al sujeto a actuar de tal o cual forma, sino que entran en juego factores socioculturales también.³¹³

En el proceso de convivencia social, comunicación e interacción con los demás sujetos de la comunidad, la persona desarrolla aptitudes que le permiten conocer y cumplir las normas que rigen su diario vivir. A este proceso, a estas relaciones entre individuos, la psicología moderna lo llama motivación. La esencia de la imputabilidad, que es un elemento de la culpabilidad, es la capacidad de motivación del individuo por la norma. Por ende no existiría culpabilidad en el caso de personas con problemas mentales y con falta de madurez psíquica³¹⁴.

Ana Hall explica que la imputabilidad se define en esta teoría a partir de criterios aportados por las ciencias humanas y sociales, pero de todas maneras la imputabilidad

³¹²Cfr. MUÑOZ CONDE, Óp. cit., p. 107.

³¹³Cfr. *Ibid.*, p. 108.

³¹⁴Cfr. *Id.*

se sigue considerando como capacidad de motivación, y se concibe al inimputable como sujeto carente de esta capacidad.³¹⁵

Refiriéndonos al menor, en esta doctrina, es considerado como un sujeto incapaz de motivación, por ende inimputable. Ana Hall discrepa de este planteamiento, pues considera al menor como un ser humano capaz de motivación, pero que pertenece a un grupo diferenciado, por su condición de persona en desarrollo.³¹⁶

Muñoz Conde plantea que el menor es incapaz por carecer de madurez, Hall difiere de esta postura en consideración a que la madurez es un estado de desarrollo cognitivo, emotivo y volitivo, que genera una perspectiva ante la vida, y este grado de desarrollo depende de varios factores, del diario vivir de la persona, de la educación, de la familia, en suma, de todo su entorno social. Cada uno de estos factores influye de manera distinta en cada persona, por lo cual cada persona tiene un diferente grado de desarrollo y de madurez, por lo que no se puede decir que todos los menores de edad carecen de madurez y de capacidad normativa, y tampoco que desde cierta edad, todos la alcanzan.³¹⁷

Como consecuencia de esto, de la misma manera se excluye la imputabilidad y por ende la culpabilidad cuando faltan o se ven alteradas las facultades que el ser humano debe tener para ser considerado como tal y esto no solo se da cuando se afecta el aspecto biológico en la insuficiencia de inteligencia y voluntad, sino también cuando se afectan las mismas por carencia de educación, y otras carencias familiares y sociales.³¹⁸

Velásquez nos indica que la imputabilidad debe verse en la realidad concreta en la que se encuentra el individuo.³¹⁹ Muñoz Conde indica que las teorías psiquiátricas, psicológicas y sociológicas, nos muestran que el comportamiento humano normal o patológico de la persona como ser individual o del grupo del cual es miembro, siempre debe estudiarse en el contexto histórico, cultural.³²⁰

³¹⁵ Cfr. HALL Ana, Óp. cit. p.170.

³¹⁶ Cfr. Ibíd. p.171.

³¹⁷ Cfr. Id.

³¹⁸ Cfr. Ibíd. p. 172.

³¹⁹ Cfr. Ibíd. p. 173.

³²⁰ Cfr. Id.

Ana Hall dice que en gran parte, el comportamiento humano es el resultado de todos estos factores: de la estructura social a la que pertenece, su constitución biológica, su cultura, su religión, su trabajo y no solamente la el abstracto e indemostrable libre albedrío. Las posibilidades de reacción de una persona pueden estar condicionadas por diversas circunstancias, la libertad en el accionar no solo es cuestión interior, sino de interacción entre estos factores y su capacidad de reflexión y reacción frente a las circunstancias que se le presenten al individuo.³²¹

La teoría defendida por los partidarios de esta tendencia, en referencia al menor, aquellos que toman a éste como una persona inimputable, en el sentido de tener incapacidad de comprender y querer, dada su falta de madurez, toma en cuenta no solo factores biológicos y psicológicos sino sociales también. Existen otros partidarios de esta teoría social de la imputabilidad y culpabilidad, que en contradicción a los primeros, argumentan que el menor de edad si tiene la suficiente capacidad de comprender y querer, excepto los de muy escasa edad, es decir, son suficientemente motivables. Ana Hall comparte con la opinión de Gutiérrez Francés en la que si se afirma que si la imputabilidad en la capacidad de culpabilidad, y esto presupone que la persona tiene capacidad de motivación normativa, habría que aceptar la imputabilidad del menor o pensar que la imputabilidad es otra cosa.³²²

Rodríguez Manzanera sostiene que en el comportamiento del ser humano existen tres ámbitos, el intelectual, el volitivo y el afectivo, los cuales actúan con interdependencia, considerando de gran importancia el ámbito afectivo en la estructura de la personalidad, que lo constituyen las emociones, afectos, sentimientos y pasiones.³²³

Considera a la imputabilidad como la unión de estos tres ámbitos, dentro de un marco social, por lo que considera que además de capacidad intelectual y volitiva, existe una capacidad cultural, ya que estos ámbitos se desarrollan dentro de un ámbito cultural.³²⁴

³²¹ Cfr. Id.

³²² Cfr. Ibíd. p. 175.

³²³ Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA, Óp. cit. p. 325.

³²⁴ Cfr. Ibíd., pp. 326, 327.

Así define a la imputabilidad como *“un desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer los hechos, entender la trascendencia de la norma, adherir la voluntad y la afectividad a la norma.”*³²⁵

2.9.5. Tendencias críticas respecto al concepto de imputabilidad

2.9.5.1. La imputabilidad desde la perspectiva de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa

Estas tendencias se caracterizan por la oposición a las teorías clásicas, que son partidarias del libre albedrío, y de los deterministas que diferencian entre personas normales y anormales. Uno de los mayores representantes de esta teoría es Bustos Ramírez y sostiene que las dos teorías son individualistas y estigmatizadoras, ya que no conciben al ser humano como lo que es, un ser social. Para él, el concepto de culpabilidad solo puede delimitarse tomando en cuenta la existencia del ser humano en sociedad, pero en el mínimo social en el que se desarrolla y se desenvuelve, a ese ser humano en concreto, debe considerársele como un actor social, que cumple una determinada función dentro de su ámbito concreto, y tomarse en cuenta que la sociedad misma le ha asignado ese papel mediante las relaciones sociales que el individuo tenga en la sociedad, y éste es interiorizado por la persona, toma conciencia de él y esto le permite desempeñarse en el mismo.³²⁶

Por esto la persona, al ser un ser social, responde por su actuar dentro de la sociedad en la que convive. Para este autor la culpabilidad representa responsabilidad, que tiene carácter social; entonces, si se constituye la responsabilidad de una persona, también se lo hace de la sociedad, ya que la capacidad de respuesta de la persona, a las demandas sociales, depende de su conciencia de ser humano y ésta es generada a través de sus relaciones sociales, que le han sido otorgadas mediante el papel y los controles asignados por la sociedad. Por ello el decir que el ser humano se maneja solamente por procesos naturales, o decir que pudo actuar de otra manera, es erróneo. Este autor aduce que el hecho de que el ser humano sea responsable es porque tiene conciencia de sus actos, de su comportamiento y esta constituye la razón por la cual se

³²⁵RODRÍGUEZ MANZANERA, Óp. cit. p. 327.

³²⁶Cfr. HALL Ana, Óp. cit., p. 176.

ejerce la reacción social sobre él, no porque tenga libertad de actuar de otra manera, ni libertad de actuar dirigido hacia el bien.³²⁷

Para que el sistema social pueda hacerle exigencias a una persona, debe haberle proporcionado las condiciones necesarias para para que la misma pueda sumir las tareas de esa sociedad, esta es la responsabilidad social, que aparece junto al concepto de exigibilidad, en el sentido de que la sociedad puede exigir al sujeto, en la medida en que le otorgue las condiciones necesarias que la persona pueda asumir los cometidos que le impone la sociedad. De esta manera culpabilidad significa responsabilidad y esta implica exigibilidad, constituida en un principio garantista que limita el poder punitivo del estado.³²⁸

El analizar qué clase de responsabilidad le es exigible a un sujeto dentro de su medio social, no se mide por parámetros de bondad o maldad, de voluntad del sujeto, sino por la interrelación de esa persona con la sociedad. Si la comunicación entre el sujeto y la sociedad es inexistente o defectuosa, no se le puede exigir responsabilidad.³²⁹

Según este autor la exigencia de responsabilidad posee los siguientes elementos: a) Responsabilidad sistémica o imputabilidad, que se refiere a la afinidad, compatibilidad o concordancia entre el actuar del sujeto y el ordenamiento jurídico.³³⁰

“La consciencia social de un sujeto es antes un producto histórico social que un fenómeno psíquico. La imputabilidad guarda relación con la incompatibilidad o compatibilidad de la consciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico. Al sujeto se le podrá exigir responsabilidad en tanto que la consciencia social del sujeto convertida en acto sea incompatible con el ordenamiento jurídico, es decir, que afecte a los valores aceptados hegemónicamente por la sociedad y que forman parte de la consciencia social del sujeto. Por el contrario, la llamada inimputabilidad surgirá de la compatibilidad de la consciencia social del sujeto expresada en acto frente al ordenamiento jurídico porque el mismo ordenamiento jurídico acepta su diversidad y le brinda un trato desigual, declarándolo exento de responsabilidad criminal. Lo contrario significaría una vulneración al principio de igualdad... por lo que sus realizaciones típicas son en consecuencia, compatibles con el ordenamiento jurídico que reconoce su desigualdad”³³¹

³²⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 177.

³²⁸ Cfr. *Ibíd.* p. 178.

³²⁹ Cfr. *Id.*

³³⁰ Cfr. *Id.*

³³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal volumen 1, Ed. TROTTA, ed. Primera, Madrid, 1997, pp. 154, 155.

b) Exigibilidad de la conciencia de antijuridicidad, que significa que luego de afirmada la imputabilidad, si el autor no es consciente del injusto, no hay responsabilidad.³³²

“La exigencia de responsabilidad también implica la conciencia de la existencia del injusto por parte de autor. Si no hay tal conciencia, no puede exigirse responsabilidad. Si queda afirmada la exigibilidad sistémica, esto es, la llamada imputabilidad, ahora se trata en el caso concreto de la posibilidad de exigirle la conciencia de los valores que configuran el injusto concreto. Se trata del injusto realizado. Este nivel de responsabilidad solo se puede plantear respecto de un sujeto concreto que haya internalizado los valores del sistema o que haya tenido la posibilidad de internalizarlos. Por eso es una conciencia exigida”³³³

c) Exigibilidad de otra conducta, que se refiere a que la persona responde por sus actos, si es posible exigirle conciencia del injusto cuando es un inimputable.³³⁴

“Afirmada la imputabilidad y la conciencia del injusto concreto, queda examinar si ese sujeto social concreto está en situación de responder de sus actos en contra del derecho considerando las circunstancias concretas que lo llevaron a actuar. El sujeto estará en situación de responder por su hecho si, siendo imputable, era posible exigirle la conciencia del injusto, y en la situación concreta se lo podía exigir actuar de otra forma.”³³⁵

Mediante este planteamiento, se puede apreciar, que la imputabilidad para este autor, así como la culpabilidad, tiene carácter social y político. Para él, la imputabilidad no constituye la capacidad de comprender el injusto y actuar conforme a ello, ya que al ser así, se estaría valorando la motivabilidad de la norma y la voluntad de la persona, y las causas que alteran aquello, se encontrarían en aspectos cognitivos y volitivos. Se estaría considerando a la persona en su individualidad, junto con el presupuesto de la imputabilidad que lo constituiría el libre albedrío, y que es indemostrable.³³⁶

Para Bustos Ramírez la culpabilidad, que es para él, responsabilidad, y ésta implica exigibilidad, debe ser estimada de otra manera, se parte de la persona como actor social en un sistema social en particular, la imputabilidad depende de la concepción de estado que se tenga en un determinado momento.³³⁷

³³² Cfr. HALL Ana, Op. cit. p. 178.

³³³ BUSTOS RAMÍREZ, Óp. cit. p. 155.

³³⁴ Cfr. HALL Ana, Óp. cit. p. 178.

³³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Óp. cit. p. 155.

³³⁶ Cfr. Id.

³³⁷ Cfr. Ibíd. p. 179.

La imputabilidad tiene aquí un nuevo concepto y es considerada como un asunto de connotación sociopolítica, que consta de dos circunstancias: a) Asignación de un individuo a un grupo específico. b) Reconocer la existencia de un orden racional hegemónico dentro del estado, que se ve violentado por la persona.³³⁸

El autor distingue dos niveles de imputabilidad, basado en la teoría de las subculturas y de la psiquiatría alternativa.³³⁹

El primer nivel de imputabilidad, es aquel definido por el aporte de la teoría de las subculturas, y en esencia consiste en la asignación del individuo a una de las subculturas existentes dentro del estado, dada la pluralidad de ellas, dentro de él. Es decir se debe reconocer la pertenencia y actuación del sujeto a uno de los grupos humanos existentes dentro del estado. Puede ser que la conducta no esté acorde o sí, con los valores hegemónicos del estado. Las personas se encuentran en una organización social que conforma una perspectiva de valores y genera en cada individuo responsabilidad como integrante de la misma, pero hay que tomar en cuenta que los sujetos pertenecen a diversos medios culturales y debe ser tomado en cuenta este particular para su enjuiciamiento.³⁴⁰

El segundo nivel de imputabilidad aportado por los conocimientos de psiquiatría alternativa es un procedimiento de reconocimiento, en el que se reconoce que en el estado existe un orden racional hegemónico, que si se destruye, el mismo es amenazado, y de valoración, en el que la persona que lo contradiga debe ser valorado o evaluado, por la misma contradicción entre sus valores y los del orden hegemónico.

Inimputabilidad no significa anormalidad o inferioridad, sino que consiste en un juicio que indica la tolerancia a la incompatibilidad de la actuación humana con el orden racional imperante en el estado. Así la inimputabilidad es el juicio positivo de compatibilidad, y la imputabilidad es la que conlleva intolerabilidad ante la comisión de un injusto penal.³⁴¹

³³⁸ Cfr. *Ibíd.* pp. 179, 180.

³³⁹ Cfr. *Ibíd.* p. 180.

³⁴⁰ Cfr. *Ibíd.* p. 181.

³⁴¹ Cfr. *Ibíd.* p. 184.

Para explicar el orden racional del estado, el autor recurre al aporte de la psiquiatría alternativa, la cual pone como ejemplo el caso del enfermo mental, que así como el delincuente ha sido duramente reprimido a lo largo de la historia, al constituir las expresiones de la diversidad, que han constituido un problema político para el estado. El ejemplo consiste en que el enfermo mental entra en contradicción con los valores sociales, pero no se toma en cuenta que éste posee su propio sistema de valores y actúa acorde con el mismo, con su propia verdad. Otro ejemplo propuesto por Hall es el del menor de edad que cuando comete un delito, entra en conflicto con la sociedad, eso ocurre aun cuando él es capaz de comprender y querer. La autora explica que la escala de valores del menor, no es cuestión de desarrollo solamente físico y biológico, sino social.³⁴²

Entonces para este autor el enjuiciamiento valorativo debe tener su punto de partida en un ser humano, considerado igual que los demás, con su propia referencia de valores, con sus propios preceptos, que entran en conflicto con los de la sociedad.³⁴³

Para evaluar la compatibilidad entre los diferentes grupos de valores, Sotomayor Acosta señala que esto se haría posible mediante la aplicación del derecho positivo del estado, el derecho positivo afirmaría o negaría la existencia de comunicación entre los órdenes racionales del inimputable.³⁴⁴

Hall señala como aportes de esta teoría el hecho de que en referencia a los menores se los toma como sujetos de derecho y no como objetos de tutela y que en un juicio de imputabilidad se los considera como personas con sus derechos y obligaciones, que la inimputabilidad se da por motivos de decisiones sociopolíticas, más que por criterios biológicos y psicológicos, y adicionalmente manifiesta que solamente se les puede exigir responsabilidad en la medida en que el estado haya cumplido con sus obligaciones, proporcionándoles lo necesario para su completo desarrollo, y se debe sancionar la falta con todas las garantías y tomando en cuenta sus especiales necesidades. Sostienen Acosta y Sotomayor que el estado debe considerar la situación de desigualdad en la que se encuentran estas personas inimputables y que por eso la responsabilidad penal no puede ser la misma que la de los imputables, a los menores

³⁴²Cfr. Ibíd. pp. 181, 182.

³⁴³Cfr. Ibíd. p. 183.

³⁴⁴Cfr. Id.

no se les debe aplicar, en consecuencia, el derecho penal común, sino otra clase de responsabilidad penal a una diferente escala.³⁴⁵

Señala Hall que, en concordancia con los autores mencionados, que el concepto de imputabilidad no debe ser solo entendido mediante factores naturalísticos, biológicos y psicológicos, ya que de ser así, los menores de edad serían imputables, ya que como se ha mencionado tienen capacidad de entender y querer, pero en base a fundamentos políticos, sociológicos, y de política criminal, se los considera inimputables.³⁴⁶

2.10. Regulación normativa y doctrina dominante de la imputabilidad y minoría de edad en Ecuador

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 32, hace referencia a la consciencia y voluntad con la que una persona debe actuar al cometer un hecho ilícito para que sea considerado como delito.

Art. 32. “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y consciencia”

Se puede apreciar que la doctrina dominante en el Código Penal vigente es la clásica, al hacer alusión a la valoración de la consciencia y voluntad de la persona, sin tomar en cuenta otros factores, esta teoría clásica como se explicó anteriormente hace hincapié en que la imputabilidad consiste en la posibilidad o capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar acorde a ello, es decir se considera solamente la capacidad intelectual y volitiva, como se lo hace en la descripción normativa de este artículo.

En este capítulo que es el de la responsabilidad, enumera el código, las personas que no son responsables:

Art. 34.- “No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer.”

³⁴⁵ Cfr. Ibíd. pp. 187, 188.

³⁴⁶ Cfr. Ibíd. p. 188.

Art. 35.- “Quien, en el momento de realizar el acto delictuoso estaba, por razón de enfermedad, en tal estado mental que, aunque disminuida la capacidad de entender o de querer, no le imposibilitaba absolutamente para hacerlo, responderá por la infracción cometida, pero la pena será disminuida como lo establece este Código”

Art. 39.- “Cuando un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad.”

Así mismo en estos artículos del mismo código, podemos estimar la mención de la conciencia y voluntad, como punto principal para poder atribuirle responsabilidad a una persona por un ilícito cometido.

De manera general se acepta a la culpabilidad como capacidad de imputabilidad y a la imputabilidad como capacidad de querer y comprender, de motivarse por la norma penal, tomando en cuenta solamente factores intelectivos y volitivos.³⁴⁷ Y compartiendo con el criterio de Hall y Muñoz Conde, creemos también que las facultades psíquicas de la persona, van más allá de las puramente intelectivas y volitivas, ya que existen diversos factores que influyen en el pensamiento y en la actuación humana.

En referencia a los menores el art. 40 del Código Penal vigente, remite su tratamiento al Código de la Niñez y Adolescencia.

Art. 40. “Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia”.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia en su art. 305. Indica la inimputabilidad del adolescente.

Art. 305. “Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios, ni se les aplicarán las sanciones previstas en la leyes penales”

³⁴⁷HALL Ana, Óp. cit. p. 207.

Y en el 308:

Art. 308 “Los adolescentes únicamente podrán ser juzgados por actos considerados como delitos por la ley penal con anterioridad al hecho que se le atribuye y de acuerdo al procedimiento establecido en este código.”

Se debe tomar en cuenta que la inimputabilidad del adolescente no implica irresponsabilidad, pues simplemente la inimputabilidad referida en este artículo, se refiere a que el menor de 18 años y mayor de 12, que es el adolescente, no es juzgado en el ámbito penal del adulto, en consideración a sus especiales características, pero se le atribuye responsabilidad, como se explicó en un capítulo precedente, el menor tiene una imputabilidad sui-géneris, y por ende culpabilidad.

Art. 306. “Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio – educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente código.”

Las medidas que se aplican a los menores que cometen hechos tipificados como delito, no corresponden a las penas de las personas adultas, son medidas distintas, que tienen un enfoque y una connotación diferente, pero que a la final, implican sanciones, ya que se da una restricción de derechos.

Art. 307 “Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio – educativas contempladas en este código.”

Para la determinación de la edad en que la persona se hace responsable por sus actos, se ha utilizado el sistema biológico y el del discernimiento,³⁴⁸ como podemos observar en nuestra legislación. Respecto de este artículo cabe destacar que el legislador estableció una edad por debajo de la cual no se es responsable en lo absoluto. Esto se debe a consideraciones también político criminales, esta edad coincide con la terminación de la educación primaria del menor, y esto es porque el estado al estar obligado constitucionalmente a brindar a las personas los medios y

³⁴⁸Ibíd. cit., p. 212.

condiciones para su correcto desarrollo y en el caso de los menores esto se logra con la educación, se puede exigir obligaciones, responsabilidades, en la medida en que el individuo ha tenido oportunidades para desarrollar una capacidad de responder a sus actos, por eso se fija el límite de edad en el que se supone que la persona ha podido desarrollar su capacidad de respuesta, al finalizar o al avanzar bastante en su educación básica.³⁴⁹

2.11. Fundamento de la inimputabilidad del menor como persona que no ingresa en el derecho penal de adultos

Ana Hall en su libro indica que en España se da una ubicación independiente del menor de edad de los otros inimputables, y que se ha establecido que los menores serán responsables de acuerdo a la ley que regule su responsabilidad penal, esto ha sido motivo para que se genere incertidumbre respecto a la manera de entender e interpretar la inimputabilidad del menor, y que ella genera la pregunta de que, de la manera en que está escrito este asunto en la ley española, debería entenderse que el menor es imputable o si la minoría de edad es una causa especial de inimputabilidad. Y aduce que esto podría generar una nueva forma de entender a los menores a nivel general, no solo en España.³⁵⁰

Compartiendo con el criterio de Ana Hall pensamos que el menor de edad tiene capacidad de entender y querer, pero eso no quiere decir que se deba llevarlo al entorno del derecho penal de adultos, ya que esto generaría un efecto psicológico negativo en el menor, al no constituir las cárceles un lugar adecuado para el tratamiento del mismo, y produciría un incremento de la violencia para ellos.

En efecto, que los niños puedan adquirir educación, tienen su origen en que se considera que el menor tiene la capacidad para contraer normas de conducta y valores, por lo que los menores, excepto los de muy corta edad, tienen capacidad de entender y actuar, aunque esa capacidad difiera de la del adulto.³⁵¹

³⁴⁹ Cfr. *Ibíd.* pp. 221, 222.

³⁵⁰ Cfr. *Ibíd.* p. 136.

³⁵¹ Cfr. *Ibíd.* p. 143.

El estado puede exigir a una persona que tiene capacidad normal de motivación, responsabilidad de acuerdo al Código Penal, pero el mismo tipo de responsabilidad penal, no puede ser exigida a un sujeto que no tenga la misma capacidad de motivación o que la tenga en un grado menor al normal; la excepción estaría en los menores de edad, ya que a pesar de que pueden ser normalmente motivables, no se les exige la misma responsabilidad penal que a los imputables.³⁵²

Argumentar que el menor es inimputable, y por ello, libre de la responsabilidad penal aplicada a los adultos, por ser una persona inmadura, no es correcto, ya que la madurez es un estado de desarrollo cognitivo, emotivo, volitivo, que genera cierta manera de ver las cosas, cierta perspectiva ante la vida, y este desarrollo depende de todos aquellos factores que rodean su entorno, y adicionalmente tenemos la consideración de que cada uno de estos factores producen un determinado y particular efecto en cada individuo, entonces al referirnos a la madurez, estaríamos hablando de un desarrollo exclusivo y distinto en cada persona, por lo que no sería consecuente con esto decir que los menores en general son inimputables por carecer de madurez, como tampoco sería correcto decir que al cumplir determinada edad, ya es una persona totalmente madura, porque inclusive personas adultas, imputables, pueden carecer de madurez, sin que por ello se les excluya de responsabilidad penal, por lo que a criterio de esta autora, este argumento es incoherente.³⁵³

La mejor alternativa hoy en día para salvar incongruencias de algunas teorías tratadas en este trabajo, es considerar explicaciones políticocriminales para sustentar la inimputabilidad de los menores.³⁵⁴

Tampoco se ve una solución en decir que los menores no son inimputables, y que constituyen un caso diferente al resto de ellos, ya que, la colocación del menor en el sector de los inimputables, se produce por razones distintas a los demás, pero sin que ello nos lleve a negar su estado de inimputabilidad, esto en contradicción con lo que defiende cierto sector de la doctrina que propone que se declare de una vez imputable al menor, aludiendo a que si su responsabilidad es penal, sería mucho mejor, substraerlos del sector de los inimputables y decir categóricamente que son imputables,

³⁵²Cfr. *Ibíd.* p. 194.

³⁵³Cfr. *Ibíd.* p. 195.

³⁵⁴Cfr. *Id.*

pero que por razones políticocriminales, están regulados por otra legislación. Ana Hall señala que eso no sería adecuado ya que siempre, a lo largo de la historia, todos los inimputables han tenido responsabilidad de distinta forma a la de los imputables, por lo que no habría motivo para cambiar la denominación, porque si es que se afirma que como los menores son responsables, son ahora imputables, entonces se podría afirmar lo mismo para todos los demás inimputables, y se pretendería sacarlos de ese sector, lo cual no es viable.³⁵⁵

Acorde con el criterio de Ana Hall, mantenemos la postura que los menores deben seguir conservando su calidad de inimputables, esto basada en que a través de la historia la responsabilidad de los menores siempre ha existido, solo que carente de garantías, y admitir abiertamente que existe esta responsabilidad, es un buen camino para su correcta regulación y no trae consigo una posición a favor de la declaración de imputabilidad de los menores.³⁵⁶

Varias personas que son partícipes de declarar imputables a los menores de edad, argumentan que el menor al ser distinto a un adulto, a pesar de que fuera declarado imputable, en consideración a sus circunstancias, y por razones de política criminal, se le daría un tratamiento diferenciado; el problema que se encuentra a esta situación es que en un momento determinado, sirviéndonos de la misma manera de la política criminal, se podría decir que es más conveniente tratarlos de la misma manera que el resto de los imputables, ya que lo son. Esto a nuestro criterio, constituiría un menoscabo a la barrera protectora que tienen los menores por ser personas en etapa de desarrollo y a su consideración, en vista de sus particularidades, como personas que se encuentran dentro de los grupos vulnerables.

Son importantes para este efecto los criterios de Aronson sobre el castigo, este autor de sus investigaciones saca la conclusión de que los castigos severos no son lo apropiado para la reducción de la violencia, esto porque un castigo así puede ser demasiado frustrante y la frustración provoca agresión, entonces aduce que sería conveniente retirar el uso de prácticas que provoquen esto para reducir la agresión, y

³⁵⁵Cfr. Ibíd. p. 196.

³⁵⁶Cfr. Ibíd. p. 196, 197.

considera que la prisión, al ser un ámbito represivo y autoritario, genera crueldad y deshumanización.³⁵⁷

El mismo autor afirma que de experimentos realizados a niños pequeños se demuestra que los castigos leves son más adecuados y efectivos que los castigos severos, ya que ello no han formado su moral aún, y que es más fácil que en ellos se incremente un repudio a la agresividad cuando se les da un castigo pertinente y no muy riguroso.³⁵⁸

2.12. Consecuencias para menores infractores al ser sujetos de responsabilidad

En el caso de nuestra legislación, lo que se aplica a los menores infractores son las medidas socioeducativas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia, y son definidas así en el artículo 369: “Las medidas socioeducativas son acciones dispuesta por autoridad judicial, cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal. Su finalidad es lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño causado.” El mismo artículo indica las medidas a aplicar, y son: a) amonestación verbal, b) amonestación e imposición de reglas de conducta c) orientación y apoyo familiar d) reparación del daño causado e) servicios a la comunidad f) libertad asistida, que es un estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juez, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, g) internamiento domiciliario, que consiste en una restricción parcial de la libertad, por la que el adolescente infractor no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios o de trabajo, h) internamiento de fin de semana, que consiste en una restricción parcial de la libertad, en virtud de la cual el adolescente está obligado a concurrir los fines de semana al centro de internamiento para cumplir las actividades de su proceso de reeducación, i) internamiento con régimen de semi-libertad, que consiste en la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente infractor es internado en un centro de internamiento de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo, j) internamiento institucional, que es la privación total de la libertad del adolescente infractor, que es internado en un

³⁵⁷Cfr. DIAZ Lina, *Derecho Penal de Menores*, Ed. TEMIS, Bogotá, ed. Primera, 2009, pp. 269, 270.

³⁵⁸Cfr. *Ibíd.*, p. 270.

centro de internamiento de adolescentes infractores. Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores, mayores de catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores de catorce años, se les aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

La personas que adoptan la postura de excluir al menor de responsabilidad común, reconociendo su responsabilidad particular, lo hacen por razones de político-criminales, por los peculiares requerimientos de los menores, que les hacen pertenecer a un grupo específico en la sociedad y para evitarles las consecuencias atroces que conlleva la aplicación de penas, a pesar de que no se alcanza el cometido en su totalidad porque de todas formas cualquier medida a aplicarles son sanciones, muchas veces demasiado severas. Se busca, el reconocimiento de una responsabilidad acorde con su edad y su desarrollo, con consecuencias menos duras, pero manteniendo el criterio de inimputabilidad en la legislación.³⁵⁹

Por el motivo de que existen dificultades para fundamentar la inimputabilidad del menor de la misma manera que en el resto de casos de inimputabilidad, la doctrina ha pasado por varias teorías para tratar este tema, cuestionando la fórmula de los clásicos, acomodando la misma utilizando argumentos como la inmadurez del menor y también se ha propuesto excluirlo del sector de los inimputables o ubicar la exención de punibilidad en otras partes de la teoría del delito, como Bacigalupo Zapater, que pretendió incluir la minoría de edad como causa de excepción de la punibilidad³⁶⁰ y Mir Puig propone que a los menores se les exime de responsabilidad por ausencia de acción, la mayoría de los doctrinarios se inclinan por que la minoría de edad constituya una causa de inimputabilidad.³⁶¹

Bustos Ramírez manifiesta que es criticable el concepto de inimputabilidad respecto al menor, Ana Hall indica que se le da un connotación de minusvalía, que no es correcta, que muchas legislaciones, solo se basan en elementos naturalísticos de

³⁵⁹Cfr. HALL Ana, Óp. cit. p. 201.

³⁶⁰La punibilidad constituye un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena por la comisión de un delito. El aspecto negativo de la punibilidad constituyen las excusas absolutorias, definidas por Jiménez de Azua como las causas que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. En: LÓPEZ Eduardo, Óp. cit. pp. 263, 268.

³⁶¹Cfr. HALL Ana. Óp. cit. pp. 203, 204.

inteligencia y voluntad, sin medir factores sociales, ni psicológicos, e indica que el problema de la imputabilidad es de naturaleza valorativa, social y de política criminal, y no solamente naturalístico, pero que aun así la solución no es sacarlo del ámbito de los inimputables. Indica que la imputabilidad debe iniciar realizando una valoración de la realidad del ser humano, que incluye varios factores, todos los mencionados con anterioridad.³⁶²

Según esta autora se debe pensar en la inimputabilidad con otro concepto, respetuoso de la autodeterminación, de la igualdad y de la dignidad del inimputable, sin minusvalorarlos como seres humanos, tomando en cuenta que todos los derechos constitucionales también le son inherentes.³⁶³

El art 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador señala el deber del estado de promover la igualdad formal y material³⁶⁴, entre todos los miembros del estado, entonces, es deber del estado promoverla entre personas que se encuentren en una situación distinta a la de las demás personas, este es el caso del menor, el cual se ve restringido en el ejercicio de sus derechos en consideración a su edad, no participa de manera igualitaria como los demás miembros de la sociedad, y en consideración a eso, respecto del ámbito penal, el estado les da la declaratoria de inimputabilidad, para que de esta manera, ellos asuman su responsabilidad, pero de distinta manera a la de un adulto, por la misma razón que no está en sus mismas condiciones.

La consideración de inimputable, a un menor se la da con fundamento en que ocupa un lugar disímil en la sociedad frente a otras personas (y este es un punto de convergencia en con los demás inimputables, para que sean considerados como tales), por ejemplo no tiene la oportunidad de acceder a mucho medios participativos de la sociedad, tiene limitaciones jurídicas, no es miembro activamente participativo en la sociedad, esto se da porque se piensa que el menor no está preparado todavía para asumir las mismas obligaciones y responsabilidades que un adulto, lo que se debe

³⁶²Cfr. Ibíd. p. 204, 205.

³⁶³Cfr. Ibíd. p. 205

³⁶⁴La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la igualdad material, en cambio, se introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona, hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Cada persona es, al mismo tiempo, diferente a los demás, en cuanto a su identidad, y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social. Se tutelan las diferencias, en el primer caso, y se combaten las desigualdades, en el segundo. En: ÁVILA Ramiro, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Fundación Nacional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, Ed. Primera, 2009, p. 36

tomar en cuenta también a la hora de exigirle responsabilidad penal, por lo que la responsabilidad exigida a él debe ser distinta, en consideración al principio de igualdad, el cual, el estado es responsable de hacerlo efectivo frente a personas con distintas condiciones. De esta manera la declaratoria de inimputabilidad sería un deber del estado frente al menor, así que el menor sí constituye una persona penalmente responsable, pero su responsabilidad es distinta, es de un grado menor.³⁶⁵

CAPITULO III

PLANTEAMIENTO DE LA PSICOLOGÍA RESPECTO AL DESARROLLO INTELLECTUAL Y MORAL DEL MENOR

3.1. Teoría cognitiva – evolutiva

Dentro de esta teoría se tratarán temas de tres autores representativos de la misma: A Piaget, Kohlberg y a Turiel.³⁶⁶

3.1.1. Piaget

Este autor considera que durante el desarrollo del niño, se dan algunas etapas, que conllevan cierto grado de desarrollo mental y una estabilidad característica de la misma, que progresa en un equilibrio cada vez mejor.³⁶⁷

Respecto al desarrollo intelectual, este autor sostiene que en el transcurso de los once y doce años se genera un cambio importante en el niño, que pasa de un pensamiento concreto, que se refiere a que sus pensamientos son dirigidos a la realidad, a objetos tangibles denominado “operaciones concretas”, hacia un pensamiento “formal o hipotético – deductivo”, esto quiere decir que con el paso a la adolescencia se dan cambios cualitativos en la estructura del pensamiento, se dan transformaciones importantes en el funcionamiento psicológico referido al aspecto cognitivo, el autor llama a este cambio “operaciones formales” y explica que es la capacidad de pensar y apartarse de la realidad concreta inmediata.³⁶⁸

³⁶⁵Cfr. Ibíd. p. 211, 212.

³⁶⁶Cfr. DIAZ Lina, *Derecho Penal de Menores*, Ed. TEMIS, Bogotá, ed. Primera, 2009, p. 239.

³⁶⁷Cfr. Ibíd. p. 240.

³⁶⁸Cfr. Ibíd. p. 241.

Por esto se desarrolla el dominio de las ideas, principios y proposiciones abstractas, progresa la lógica del niño para explicar los hechos concretos que puede observar, el adolescente tiene en cuenta más allá de los hechos presentes, ya que entiende y prevé situaciones, con sus respectivas causas y efectos.³⁶⁹

Al producirse ese desarrollo cognitivo se desplaza la “moral heterónoma”, basada en la obediencia a una moral, que la tienen debido a su egocentrismo, esto es la dificultad que tienen de adoptar diversas perspectivas³⁷⁰, que se da en la etapa en la que el menor posee un pensamiento concreto, que significa que el menor toma a las normas como realidades permanentes e invariables, que son generadas por los adultos y a las que se debe respeto y conformidad en sus contenidos y respeto unilateral, no recíproco hacia los adultos, que son considerados por los menores como autoridad, hacia la “moral autónoma”, basada en la igualdad, en la cual se piensan las normas como un acuerdo entre un grupo de personas, y surgen ahora relaciones de respeto mutuo, que son integradas al acervo de conocimientos que surgen en el niño como parte de las normas de reciprocidad y justicia, entonces el menor tiene la capacidad de comprender el motivo por el cual se norman las relaciones interpersonales.³⁷¹ Esto se da por la interacción que el menor tiene con personas de su edad, en las que ya no se da una relación de autoridad, todos tienen los mismos derechos, ninguno se subordina al otro, como cuando solamente convive con los adultos, con sus padres, sino de igualdad.³⁷²

Esta “moral autónoma” requiere que el menor adquiera la capacidad de ponerse en el lugar del otro, de ver el mundo y a sí mismo desde una perspectiva diferente, desde la óptica ajena, para que pueda generar este juicio moral que se basa en la cooperación entre iguales y en el sentido de justicia.³⁷³

En esta etapa se generan las capacidades necesarias intelectivamente en el menor, para un eventual responsabilidad penal, ya que aparece la capacidad de

³⁶⁹ Cfr. Id.

³⁷⁰ Cfr. PSICOLGÍA ONLINE, *Teorías Cognitivo Evolutivas del Desarrollo Moral*, <http://www.psicologia-online.com/pir/teorias-cognitivo-evolutivas-del-desarrollo-moral.html>, p. 1, acceso: 3 de septiembre de 2012, 17:31.

³⁷¹ Cfr. DIAZ Lina, Óp. cit., lbíd. p. 242, 243.

³⁷² Cfr. PSICOLGÍA ONLINE, Op. cit., lp.1

³⁷³ Cfr. DIAZ Lina, Óp. cit., pp. 242, 243.

razonamiento hipotético – deductivo, por lo que el menor puede crear escenarios mentales en los que puede apreciar la vinculación entre varios acontecimientos que enlazan causas y efectos, es decir, adquiere pensamiento causal, tiene la capacidad de ver a través del planteamiento de posibilidades, las consecuencias que tendrá en el futuro un acto suyo.³⁷⁴

Por lo tanto, para este autor, el adolescente antes de realizar un acto determinado, lo planifica, imagina las relaciones causa - efecto del mismo, utiliza estas probabilidades como hipótesis y luego las compara con la realidad, y saca, de esta manera, sus conclusiones por medio de una deducción lógica. Díaz Lina explica que para Piaget, a pesar de que el ser adolescente es una etapa de transición, la existencia de un pensamiento formal y de la moral autónoma, nos hace concluir que el pensamiento de un adolescente es muy parecido al de un adulto en su estructura.³⁷⁵

3.1.2. Kholberg

Comparte la propuesta central de Piaget de que el desarrollo moral tiene un elemento básico de desarrollo cognitivo, pero a diferencia de Piaget considera que el desarrollo cognitivo es una condición necesaria pero no suficiente para el desarrollo del razonamiento moral. La capacidad de raciocinio en un asunto relacionado con la moral, va a ser influido por el grado de razonamiento general, pero esto no quiere decir que los progresos en materia de capacidades lógicas generales siempre conducen a adelantos en razonamiento moral, ya que puede haber personas que tengan un razonamiento lógico más elevado que el moral, pero no viceversa.³⁷⁶

Para este autor al constituir el razonamiento moral una forma de razonamiento, un razonamiento moral desarrollado se cimenta en un razonamiento lógico avanzado, y existen tres niveles de razonamiento moral, es decir, tres modos distintos en que las personas se relacionan con las normas en la sociedad, el primero es el *preconvencional*, en el cual la persona solamente considera los problemas desde el enfoque de los intereses particulares de las personas inmiscuidas en ellos, y los intereses del grupo social no importan, el *convencional*, en el que la persona al

³⁷⁴ Cfr. *Ibid.* p. 243.

³⁷⁵ Cfr. *Ibid.* p. 244.

³⁷⁶ Cfr. *Ibid.* p. 244, 245.

momento de realizar sus criterios morales, toma en consideración lo establecido por un grupo un poco más grande de personas, y el *posconvencional*, en el cual ya se consideran los principios sobre los cuales se cimienta una sociedad justa.³⁷⁷

La secuencia ascendente de estas fases está caracterizada por una forma de razonamiento moral que cada vez, al superar la etapa anterior, se hace más complejo y abstracto y el progreso en esto dependerá de la madurez cognitiva y de las oportunidades sociales que existan para el individuo para que pueda acoger la perspectiva de las demás personas.³⁷⁸

Cada nivel mencionado se compone de dos estadios que son los criterios que la persona emplea en sus juicios morales, constituyen las razones por las que las acciones se conceptúan como buenas o malas.³⁷⁹ Se explicará por fines del presente trabajo, los primero cuatro niveles solamente, ya que llegan a cubrir toda la etapa de la adolescencia, que es de la que se está tratando.

El primer estadio del nivel I Preconvencional, es desde los 5 a 8 años. Se denomina así en consideración a que el niño no entiende el concepto y el cometido de las normas en la sociedad.³⁸⁰ En este período el control de la conducta es externo y la motivación es interna, las normas y valores se comprenden como elementos externos a él mismo, el menor acata las opiniones de sus seres queridos y respeta criterio, el motivo para ello es su deseo de eludir el castigo y la fuerza coercitiva de las autoridades. En el segundo estadio el menor se comporta de una manera correcta para favorecer sus propios intereses y en parte intereses ajenos. En definitiva en este nivel preconvencional, que es hasta antes de la adolescencia, (aunque algunos autores dicen que no se puede poner delimitación exacta y que este nivel corresponde a la mayoría de niños de 9 años, a algunos adolescentes y a muchos adolescentes y adultos delincuentes), el menor define el bien como actuar acorde a las reglas u órdenes, y que por el cumplimiento o no de ellas, se otorgan premios o castigos. La motivación que tiene el menor para cumplirlas se resume en el interés personal, elusión de castigos, evitar el daño físico a las demás personas e intercambio de favores. Desde un punto de

³⁷⁷Cfr. EXTEBARRIA, *El Desarrollo Moral*, En: DIAZ Lina, Id.

³⁷⁸Cfr. DIAZ Lina, Óp. cit., p. 245.

³⁷⁹Cfr. Id.

³⁸⁰Cfr. PSICOLOGÍA ONLINE, Óp. cit., p.1.

vista social es la relación de él con otros individuos o con los resultados o consecuencias físicas del cumplimiento de preceptos y de sus acciones.³⁸¹

El segundo nivel constituye el convencional, en su tercer estadio, que se encuentra en la adolescencia, el menor toma en cuenta a los demás personas, pero se da con un aditamento, no solamente se busca no hacer daño físico a sus semejantes, sino también aparece la preocupación por ellos. En el cuarto estadio los deberes y derechos compartidos y contraídos por el menor tienen una causa interior, se fundamentan en la decisión de actuar en un proceso interno del pensamiento y en un discernimiento entre el bien y el mal. El cambio hacia este estadio, si ocurre, ocurre a partir de la mitad de la adolescencia, en esta etapa el menor puede desenvolverse considerando el sistema social en su conjunto, en el que el cumplimiento de las normas sociales y la contribución al bien de la sociedad es moralmente apropiado. En resumen en este nivel convencional el bien significa armonía, aceptación y cumplimiento de las normas, expectativas, papeles sociales, el menor presenta ya una motivación interna que lo lleva a cumplir la norma, las razones para seguirla son la aprobación, el criterio social en general, la lealtad a las personas, el bienestar de los individuos y de la sociedad. El punto de vista social es el de una persona que conforma el grupo social y que conceptúa y valora las cosas a partir de las reglas sociales.³⁸²

Para este autor el desarrollo moral depende del impulso dado por el desarrollo cognitivo, que es el cimiento necesario, pero también depende de la interacción social y moral que tenga el individuo.³⁸³

Fundamentados en esta teoría se puede considerar que al término de la adolescencia, el individuo cuenta con un íntegro razonamiento o racionalidad moral, pero no en todos los casos ocurre de esta manera, hay sujetos que a pesar de alcanzar estos estadios lógicos, no logran alcanzar el límite superior de razonamiento moral, que estos estadios lógicos permiten hacerlo. Pero a pesar de esto, el autor, con carácter general señala que en el nivel II convencional se encuentran la mayoría de adolescentes y de adultos.³⁸⁴

³⁸¹ Cfr. DIAZ Lina, Óp. cit., p. 246, 247.

³⁸² Cfr. Ibíd. p. 247.

³⁸³ Cfr. Id.

³⁸⁴ Cfr. Id.

Estos estadios son universales, es decir, son los mismos en las diversas sociedades del mundo, lo que varía es el esquema, el contenido de los valores de una cultura a otra, las normas y prácticas sociales, pero no varía el desarrollo en la forma.³⁸⁵

3.1.3. Turiel

De las investigaciones realizadas por este autor del conocimiento infantil, acerca de la comprensión de las normas en diversos ámbitos sociales, ha descubierto que los niños de corta edad razonan acerca de asuntos sociales, mostrando una comprensión mayor a la pronosticada por Piaget y Kohlberg, dice este autor que desde los 4 años, los niños son capaces de diferenciar entre acontecimientos y normas sociales de distinta índole y estimar la importancia de la norma o la gravedad de su vulneración, de acuerdo al entorno en donde se desarrollan. Según su análisis también concluye que el pensamiento de los niños no solamente está dominado por la pura obediencia a la autoridad y a las reglas, sino que saben de la existencia de límites en el poder de la autoridad y valoran de manera crítica sus mandatos.³⁸⁶

Para él la experiencia social de los niños desde temprana edad es muy rica y variada, participan en diversas interacciones sociales y que varían en su forma cualitativa, cada una de las cuales tiene diferentes normas de conducta y la transgresión de ellas conlleva diferentes consecuencias, el niño es capaz de interpretar todas estas experiencias y las organiza en tres campos conceptuales distintos: el personal, que se refiere a que es de competencia personal, uno tiene derecho a elegir, a decidir, y esto se ve en que desde temprana edad, los niños muestran simpatía o rechazo por ciertas personas y normas, así como la oposición a algunos aspectos de las normas culturales, que indican que necesitan su autonomía individual en ciertas decisiones, por lo que desde temprana edad inicia la construcción de su competencia o dominio personal.³⁸⁷

Los dominios convencional y moral se refieren a un sistema de regulación de interacciones sociales entre las personas, pero su naturaleza es distinta, el dominio convencional se refiere a conductas uniformes que sirven para regular la vida en

³⁸⁵ Cfr. PSICOLOGIA ONLINE. Op. cit., p.1.

³⁸⁶ Cfr. PSICOLOGIA ONLINE, Op. cit., p. 4.

³⁸⁷ Cfr. Id.

sociedad, pero que no son permanentes, son susceptibles de cambio, son normas acordadas por un grupo social y varían de una cultura a otra y de una época a otra, constituyen disposiciones de trato o comportamiento en la sociedad; en el dominio moral se sitúan las normas morales, que son aquellas que definen lo bueno y lo malo según principios rectores de la conducta humana y prohíben actos que vulneran el bienestar, integridad y los derechos de las personas.³⁸⁸

De los estudios realizados por este autor, saca la conclusión de que los niños desde muy temprana edad inician la construcción de dominios de juicio social y evalúan de manera distinta los sucesos y normas morales, frente a los socio – convencionales. Los avances más representativos se producen dentro de cada dominio y su progresiva capacidad para coordinarlos. En la práctica, así mismo, cuando existen conflictos entre cuestiones morales y no morales, los niños las diferencian, y esta capacidad se va incrementando con el aumento de la edad del menor.³⁸⁹

3.2. Teoría del Aprendizaje Social

Estos teóricos sostienen que el elemento preponderante en el desarrollo moral es el ambiente, por lo que refutan los postulados de los pensadores que sostienen la teoría cognitivo – evolutiva, ya que piensan que han dado demasiada importancia a las estructuras de la persona, pero han olvidado la relevancia y el contenido del ambiente.³⁹⁰

3.2.1. Bandura

Este autor sostiene que los psicólogos evolutivos, al hablar de estadios fijos, consideran que el pensamiento se desarrolla de manera que los estadios cognitivos pertenecen a un orden sucesivo invariable, y que estas estructuras mentales parejas, constituyen un límite a lo que la persona puede aprender de la experiencia que vive, por lo que estos teóricos desestiman las experiencias que instruyen en la evolución del raciocinio, aduciendo que estas experiencias instructivas se reflejan en la verbalización, más no en el pensamiento. Por lo que este autor piensa que es difícil encontrar personas que encajen perfectamente en estos estadios, ya que cada una puede tener

³⁸⁸ Cfr. Id.

³⁸⁹ Cfr. Id.

³⁹⁰ Cfr. DIAZ Lina, Óp. cit., p. 249.

juicios morales diferentes, a pesar de encontrarse en el mismo nivel evolutivo, y esto porque las circunstancias de cada uno de ellos son distintas.³⁹¹

Esta teoría considera que el desarrollo de la moralidad se efectúa mediante el aprendizaje de reglas y valores; entonces la moralidad es una aclimatación a las reglas morales externas y una interiorización de dichas reglas, entonces significa que el desarrollo moral es un incremento de la concordancia del comportamiento hacia las normas morales y no de una evolución cognitiva – estructural.³⁹²

El factor dominante en el comportamiento de los menores es el ambiente, pero el ambiente condiciona el comportamiento, y el comportamiento el ambiente. Se da una interacción mutua constante entre determinantes personales, conductuales y ambientales. Las personas instruyen, moldean y fortalecen varios aspectos de los niños según su edad. De esta forma al principio el control es externo, posteriormente se hace interno. A pesar de que los juicios morales con el tiempo van evolucionando, las condiciones del aprendizaje social son diversas en cada persona, y en cada sociedad, por lo que no es correcto crear tipos morales uniformes.³⁹³

La adolescencia comprende un continuo desarrollo, es el resultado de toda la historia evolutiva precedente y no se generan rupturas con el pasado, ni con los cambios cualitativos anteriores como lo indica Piaget.³⁹⁴

3.3. Resultado de las teorías respecto del desarrollo moral e intelectual del menor y su incidencia en la capacidad de imputabilidad y culpabilidad

De estas dos teorías podemos concluir que el adolescente, de manera general, cuando goza de un desarrollo normal, adecuado para su buena salud mental y su desarrollo moral, puede medir, saber, conocer, comprender cuando una conducta se encuentra acorde o no a una norma social. Esas dos teorías con sus diversos matices, han sacado conclusiones distintas en el modo en cómo el adolescente adquiere esta conciencia moral y el conocimiento en el camino de su desarrollo, lo que varía son los

³⁹¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 249, 250.

³⁹² Cfr. DIAZ Lina, *Óp. cit.*, p. 250, 251.

³⁹³ Cfr. *Id.*

³⁹⁴ Cfr. *Ibíd.*, p. 251.

motivos, las razones que argumentan los pensadores en estos temas respecto a la manera o la forma en cómo llegaron a adquirirlos, pero ambos llegan a la conclusión de que el menor en su adolescencia ya tiene un criterio moral conformado, que naturalmente, sigue en desarrollo, pero que le permite diferenciar, valorar las normas morales, sociales, sus conductas y ver si ellos están o no actuando acorde a la norma y en beneficio o no de la sociedad.

En la doctrina cognitivo – evolutiva la internalización de la norma se da por el cambio del pensamiento concreto al deductivo, o por el cambio de nivel del razonamiento moral del preconventional al convencional, llegando a producir una moral autónoma. Se manifiesta una transformación en lo interno de la persona, partiendo de que ese cambio moral se dio en base a una evolución del pensamiento lógico.³⁹⁵

Según la teoría del aprendizaje social el desarrollo cognitivo – moral es distinto, al ser la conducta moral influenciada por el entorno social, por lo que proviene del ámbito externo a la persona, así en esta teoría lo más importante a tomar en cuenta para la formación moral del individuo son los procesos de condicionamiento y la aprehensión de conductas y normas.³⁹⁶

Por estas consideraciones, respecto a la capacidad de autorregulación, que es el aspecto más importante refiriéndonos a la capacidad de responsabilidad individual en los menores, se estima que se desarrolla hacia los 10 años de edad.³⁹⁷

Se genera en el interior del menor una abstención para la realización de conductas prohibidas al llegar a esta edad, por ello se colige que el menor el menor alcanza desde temprana edad las capacidades intelectuales, de desarrollo moral, de autorregulación, de las que depende que sean imputables, o lo que es lo mismo, que tengan capacidad de culpabilidad.³⁹⁸

A pesar de que el menor edad de 12 a 18 años, ya ha obtenido las diversas capacidades mencionadas, es distinto al adulto, ya que este tiene una personalidad

³⁹⁵ Cfr. Id.

³⁹⁶ Cfr. Id.

³⁹⁷ Cfr. Id.

³⁹⁸ Cfr. Id.

definida, en cambio el menor tiene la suya en continua evolución. Por este motivo el menor en esta edad tiene una imputabilidad “específica” o capacidad de culpabilidad “exclusiva” para su edad, la que se debe apreciar al momento de sancionar al menor por la comisión de un hecho tipificado como delito.³⁹⁹

3.4. Posturas acerca de la imputabilidad de los menores

3.4.1. Imputabilidad “sui generis”⁴⁰⁰

Muchos autores que afirman que los menores, a partir de los 12 o 14 años de edad son capaces de culpabilidad, dicen que la imputabilidad debe tener una connotación distinta, Mir Puig estima que el menor que se encuentra entre estos límites de edad tiene “cierta imputabilidad”, sostiene que aunque los menores resulten imputables en la concepción clásica (que es la utilizada por nuestra legislación también), por razones político criminales sería más apropiado un “tratamiento educativo específico” en lugar de recurrir al solo castigo, considerando que la sociedad no cree legal castigar al que no tiene capacidad normal de motivación.⁴⁰¹

Por los expuesto las medidas que se aplican al menor, que en el fondo son penas, fundamentadas en su responsabilidad, consideran el alcance del hecho, su gravedad, pero también que se debe velar por el “interés superior del niño”, sobre cualquier propósito represivo, para Mir Puig lo importante más que sancionar al menor infractor, es asistirlo para su evolución personal.⁴⁰²

CervelloDonderis y Colás Tuérgano estiman que al adquirir la capacidad de pensamiento abstracto, el menor conoce los valores morales, pero esto no quiere decir que necesariamente concurra con una práctica moral, esto porque el joven de esta edad al estar en un proceso evolutivo, no tiene la suficiente madurez para autodeterminarse por completo, evitando influencia externas.⁴⁰³

³⁹⁹Cfr. *Ibíd.* pp. 252, 253.

⁴⁰⁰Sui generis es una palabra proveniente del latín, que quiere decir en su propio género o especie, es decir, se utiliza para referirse a aquello que pertenece a un género o especie excepcional o singular. En: GERNAERT Lucio, *Diccionario de Aforismos y Locuciones Latinas de Uso Forense*, Ed. Abeledo Perrot, ed. Segunda, Buenos Aires, 2000, p. 142.

⁴⁰¹Cfr. DIAZ Lina, *Óp. cit.*, *Ibíd.* p. 261.

⁴⁰²Cfr. *Ibíd.*, p. 162.

⁴⁰³Cfr. *Id.*

Por este motivo a partir de los 12 o 14 años, según cada legislación, el menor debe tener una imputabilidad “específica”, por consideración a su edad, por lo que necesita una respuesta singularizada y contar de un régimen específico, en el que se dé el respeto por las garantías y derechos de toda persona, pero que su respuesta sea exclusiva para personas de sus características.⁴⁰⁴

García Pablos afirma que se debe rehusar la idea de la inimputabilidad en los menores, el sostiene que el menor posee capacidad básica de culpabilidad que acarrea que él se haga responsable de sus actos, pero sostiene que esta capacidad no se mide mediante los postulados clásicos, por lo que considera reconocer un modelo de responsabilidad “sui géneris”, al considerar que el menor en el sistema evolutivo del ser humano está en una fase de transición entre la niñez y la adultez, por lo que este modelo no debe ser uno parecido al modelo represivo para adultos sino uno con características propias, en el que se puedan exigir las correspondientes garantías y derechos para los menores.⁴⁰⁵

Gonzales Zorrilla dice que los menores efectivamente poseen capacidad de culpabilidad, pero que ello no conlleva tener que castigarlos más, sino a constituir una relación franca entre las diferentes instancias de control social⁴⁰⁶, y que se debe impulsar los procesos de socialización. De esta manera se genera una reacción penal distinta en su naturaleza, ya que a pesar de ser una respuesta penal no represiva, de todos modos implica restricción de derechos, por lo que constituye una sanción.⁴⁰⁷

Otros autores como Gracias Martín, BoldovaPasamar y AlastueyDobón sostienen de la misma manera que los autores anteriores, que el que se le reconozca al menor su capacidad de autodeterminarse, no implica la negación de que se encuentran en una etapa formativa de su personalidad, por lo que su responsabilidad debe tener características singulares, especiales, en la que se prioricen criterios educativos. De esta manera la imputabilidad del menor es “sui géneris”, no es una imputabilidad

⁴⁰⁴Cfr. *Ibíd.* pp. 262, 263.

⁴⁰⁵Cfr. *Ibíd.* p. 263.

⁴⁰⁶CORREA Jorge, *Criminología*, <http://es.scribd.com/doc/50841725/35/F-INSTANCIAS-FORMALES-E-INFORMALES-DEL-CONTROL-SOCIAL>, acceso: 10 de septiembre de 2012, 12:38, p. 35, 36. “*El Control Social es el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. Sus instancias son: Informal: Constituida por familia, amigos, trabajo, etc., y formal: Conformada por la policía, justicia, administración penitenciaria.*”

⁴⁰⁷Cfr. *Ibíd.* pp. 264, 265.

completa, y tampoco una simplemente disminuida. Esta etapa de la adolescencia es una etapa en la que cambia y se construyen aspectos de la personalidad y se genera una comunicación interior y exterior del menor con la comunidad, por lo que contando con su particular condición física, psíquica, moral, social, se considera que existe en él una *menor culpabilidad*, motivo por el cual no se le juzga de la misma manera que a una persona adulta, a pesar de que su voluntad ya esté constituida, al conocer y apreciar lo correcto o incorrecto de sus acciones y dirigir sus acciones conforme a este criterio.⁴⁰⁸

3.4.2. Semi-imputabilidad

Los partidarios de la semi – imputabilidad afirman que los adolescentes son semi – imputables y aquí se encuentra el autor García Pérez, y aduce que su imputabilidad es disminuida, ya que no son igualmente motivables como los adultos, es decir, su motivación es distinta.⁴⁰⁹

Cerezo Mir comparte el criterio de García Pérez acerca de la semi – imputabilidad de los menores y explica que es así porque el descartar que los menores estén dentro del ámbito del derecho penal es un error porque constituiría una transgresión a los requerimientos de preafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general, por el motivo de que algunos jóvenes de ese rango de edad tendrán ya la capacidad completa para comprender que su conducta fue ilícita y actuar acorde con ello, y los otros una capacidad disminuida.⁴¹⁰

3.4.3. Posición ecléctica

Respecto de estas dos posiciones, Lina Díaz realiza el análisis de que ambas tenencias tienen una coincidencia respecto de la afirmación de la existencia de una culpabilidad disminuida en el menor adolescente, que su culpabilidad es distinta en consideración a la fase de desarrollo en la que están. También comparte la idea de que un adolescente de 12 a 18 años puede delimitar cuando un comportamiento va acorde a las normas sociales y cuando no. Refiriéndose a la capacidad de querer o de obrar acorde a esta comprensión, sostiene que puede tener limitantes por su condición

⁴⁰⁸ Cfr. Id.

⁴⁰⁹ Cfr. Ibíd. p. 266.

⁴¹⁰ Cfr. Id.

misma de persona en desarrollo, cuya personalidad es influida por diversos factores, psicológicos, sociológicos, culturales y biológicos, por lo que tiene una “*imputabilidad específica o capacidad de culpabilidad particular*”.⁴¹¹

CAPÍTULO IV

4.1. Nuevo Proyecto de Código Integral Penal del Ecuador en referencia a la propuesta del gobierno ecuatoriano de bajar la edad de imputación penal de 18 a 16 años

El proyecto de Código Orgánico Integral Penal, fue enviado a debate en la Asamblea. Este proyecto de Código unifica en una sola ley a los códigos penal, de procedimiento penal, de ejecución de penas y de rehabilitación social.⁴¹²

Este proyecto de código plantea que los adolescentes mayores de 16 años sean imputables, por lo tanto que sean sancionados como personas adultas.⁴¹³ El artículo 30 del proyecto de Código Orgánico Penal Integral plantea que:

Art 30. “Las y los adolescentes en conflicto con la ley penal, que hubieren cumplido 16 años al momento de cometer una infracción penal serán imputables penalmente”.⁴¹⁴

Varios juristas, especialistas en derecho, así como la ONU, se han opuesto a esta propuesta ya que la consideran un retroceso a las garantías y derechos fundamentales de los adolescentes.⁴¹⁵

Con fecha 13 de junio del 2012 la Comisión de justicia aprobó el informe para primer debate para este proyecto de código. La propuesta de incluir un libro en el código

⁴¹¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 267, 268.

⁴¹² Cfr. VISTAZO.COM, *Ministra de Justicia entregó el Proyecto de Código Penal Integral*, <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=17534>, acceso: 9 de noviembre del 2011, 15:38.

⁴¹³ Cfr. EL COMERCIO.COM, *Rechazo a penalización de jóvenes*, http://www.elcomercio.com/seguridad/Rechazo-penalizacion-jovenes_0_574742710.html, acceso: 9 de noviembre de 2011, 15:47.

⁴¹⁴ ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, *Código Orgánico Penal Integral*, Art. 30.

⁴¹⁵ Cfr. EL COMERCIO.COM, *Rechazo a penalización de jóvenes*, http://www.elcomercio.com/seguridad/Rechazo-penalizacion-jovenes_0_574742710.html, acceso: 9 de noviembre de 2011, 16:09.

referente a los adolescentes infractores, fue retirada del proyecto y agregada como reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.⁴¹⁶

La expectativa es que entre en vigencia este código a finales del 2012.⁴¹⁷

4.2. Análisis de la propuesta del gobierno nacional de bajar la edad de imputación penal de 18 a 16 años

Como primer punto señalo que no soy partidaria de la propuesta hecha por el Ejecutivo, en lo referente a bajar la edad de imputación penal de los 18 a los 16 años de edad por las siguientes razones:

- a) Porque se colige, de lo expuesto en este trabajo, que al definir la edad de las personas inimputables, que en el Ecuador, hasta este momento es desde los 12 hasta los 18 años de edad, se ha tomado varios criterios, el biológico (edad), sociopolítico (participación social), y de política criminal (ciencia penal). Esto porque se establece una edad cronológica, que es el paso de la niñez a la adolescencia, a lo que se supone que el menor acaba su educación básica primaria, para que sea responsable por sus actos, ya que él tiene la suficiente conciencia y voluntad para hacerlo, y respecto de la consideración de personas imputables que ingresan al sistema penal de adultos, se ha tomado como referencia la edad en que las personas adquieren a plenitud sus derechos políticos y pueden participar mediante ellos activamente en la sociedad. Entonces, la responsabilidad que deba ser exigida a la persona como una persona adulta, debe tener coherencia y concordancia con la edad en la que ella puede ejercer de manera íntegra todos sus derechos, igual ejercicio de derechos y exigencia de responsabilidades.

⁴¹⁶Cfr. EL UNIVERSO, Proyecto de Código Penal Integral ya tiene informe para primer debate, <http://www.eluniverso.com/2012/06/13/1/1355/proyecto-codigo-penal-ya-tiene-informe-primer-debate.html>, acceso, 18 de octubre de 2012, 13:05.

⁴¹⁷ EL UNIVERSO, *Comisión retomó el trámite del Proyecto de Código Penal*, <http://www.eluniverso.com/2012/09/06/1/1355/comision-retomo-tramite-proyecto-codigo-penal.html>, acceso: 18 de octubre de 2012, 13:22.

- b) El efecto que se produciría en los menores, al ingresar en las cárceles para adultos, sería aún más perjudicial para ellos que para un adulto, ya que son personas en desarrollo, cuya personalidad está en formación, y por lo mismo su aspecto psicológico se vería afectado en un grado mayor y adicionalmente, no se cumpliría con el fin de una rehabilitación del menor, ya que las cárceles no son centros propicios para ellos, son lugares insalubres, donde existe mucha violencia y criminalidad, un ambiente no adecuado para ellos, donde lo único que se va a lograr, es que el menor empeore su situación de criminalidad.
- c) Se viola de esta manera un principio rector del derecho penal que es el que el derecho penal debe constituir la *“última ratio”*, es decir, la última instancia en ser aplicada a la persona, cuando viola derechos fundamentales, al pretender que los menores, que siempre han tenido un trato diferenciado del adulto, ingrese a su sistema penal se estaría poniendo al derecho penal como la primera opción a ser aplicada al menor de 18 años de edad, de esta manera no se cumple con el postulado de un derecho penal mínimo.
- d) La Constitución señala en sus artículos 35 y 175, a los niños y adolescentes como un grupo vulnerable, de atención prioritaria, preferente y especializada, e indica que estarán sujetos a una legislación y justicia especializada, por lo que al retirar a los menores de 18 años del ámbito de justicia penal de los menores, e incluirlos en el de los adultos, se vulnera el principio constitucional de justicia especializada, ya que se los incorpora en el ámbito de justicia común, y al incluirlos en la normativa del derecho penal de adultos, que en este caso es el Proyecto de Código Penal Integral, se viola el principio de la especialidad en la aplicación de la norma respecto a los menores de edad y en este mismo camino transgrede las norma especiales para menores del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su artículo 2 dice que las normas del mencionado código, son aplicables a todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años de edad, y en su artículo 305 indica la inimputabilidad de los adolescentes hasta los 18 años de edad, en el sentido, no de que no tengan responsabilidad, sino en el sentido de que no ingresan al derecho penal de adultos.

- e) La Constitución del Ecuador en el capítulo de aplicación de los derechos, en el artículo 11 numeral 8, indica que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva, a través de las normas, jurisprudencia y políticas públicas, y señala que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo, que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, así como el artículo 13 del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe de igual manera la restricción de derechos y garantías de ese código e indica así mismo que el ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de sus deberes se hará de manera progresiva. La norma referente a bajar la edad de imputación penal de 16 a 18 años, es una norma regresiva en cuanto a los derechos de los adolescentes, ya que les retira los derechos específicos de su edad en lo que concierne al proceso penal, por lo que es una norma inconstitucional.
- f) Tanto la normativa internacional, suscrita por Ecuador, como la nacional, proclaman la importancia y obligatoriedad de velar por el principio del interés superior del niño y adolescente, el cual debe ser considerado un sujeto de protección, por su especial condición. El artículo 44 de la Constitución indica que se promoverá en forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, que se atenderá al principio de su interés superior, todo esto dentro del marco de la doctrina de la protección integral, que constituye una doctrina garantista, que ha tenido un gran avance en derechos humanos, sobre todo con los grupos de atención prioritaria, como lo son en este caso los adolescentes, entonces, al haber medidas adecuadas para controlar la delincuencia juvenil, no existe justificación alguna para trasladar a los menores de 18 años al ámbito de los adultos, donde lo que se va a ser es perjudicarlos, más que cumplir con el objetivo señalado en el art. 369 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a las medidas socioeducativas que se aplica a los menores de edad, que es el lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación de daño causado.

CONCLUSIONES

1. La doctrina de la situación irregular, fue una teoría de carácter tutelar, influenciada por el positivismo y el correccionalismo, basada en el derecho penal de autor, la cual buscaba, mediante la asistencia social, la legislación y el sistema judicial, la asistencia y control de las clases sociales bajas, por considerarlas peligrosas para el orden de un sistema desigualitario. Realizaban esta tarea mediante la aplicación de medidas de seguridad a las personas consideradas inimputables, peligrosas, que incluía a menores de edad que incurrieran en conductas tipificadas como delito, a los menores en situación irregular, a los menores en estado de abandono moral o material, a los mendigos y pobres. Esto significó la penalización de la pobreza, exclusión de garantías, arbitrariedad, violación al principio de proporcionalidad y determinación de la pena.

2. Posteriormente a la doctrina de la situación irregular nace la doctrina de la protección integral, mediante la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la cual tiene como postulado fundamental, que el niño, que así es considerada toda persona menor de 18 años, es sujeto de derechos, una persona responsable por sus actos, al que se le reconoce los derechos propios de todo ser humano y los específicos de su edad, por tener la condición especial de ser personas en desarrollo. Establece un trato diferenciado para menores infractores de la ley y para menores en estado de abandono. El menor infractor es una persona que puede ser procesada penalmente al tener suficiente conciencia, voluntad y capacidad de motivación para ello, por lo que debe respetársele todas las garantías del debido proceso. Esta doctrina se basa fundamentalmente en la consideración primordial del interés superior del niño. La medida privativa de libertad constituye la *última ratio* a ser aplicada al menor infractor y se prefieren medidas alternativas a la privación de la libertad, en el caso de nuestra legislación la constituyen las medidas socioeducativas.

3. La legislación ecuatoriana en lo referente al menor de edad, a lo largo de la historia, desde su primer Código de Menores, que fue el de 1939, hasta el código anterior a la Convención de los Derechos del Niño, que fue el de

1976, estuvo basado en la doctrina de la situación irregular. A partir del Código de Menores de 1992, que es posterior a la Convención de los Derechos del Niño, se fundamentan las leyes para menores en la doctrina de la protección integral, esto quiere decir, el mencionado código y el actual Código de la Niñez y Adolescencia, que entró en vigencia en el año 2003.

4. La normativa que rige en materia de menores para el Ecuador está compuesta por: La Convención sobre los Derechos del Niño, La Declaración de los Derechos del Niño, Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, La Constitución del Ecuador del 2008, El Código de la Niñez y la Adolescencia; y también existen disposiciones acerca de los menores, aunque no son legislación especializada en: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y Culturales.

5. En lo referente a la configuración del delito por parte de un menor y la imposición de la correspondiente sanción, se concluye lo siguiente respecto de cada uno de los elementos del delito:
 - a) La conducta: El menor de edad es capaz de realizar actos voluntarios y conscientes de acción u omisión.
 - b) La tipicidad: La conducta del menor puede enmarcarse en lo prescrito por la norma penal.
 - c) La antijuridicidad: La conducta del menor puede ser contraria al derecho.
 - d) Dolo y culpa: Pueden ser configurados en el acto del menor.
 - e) La imputabilidad: La doctrina dominante en nuestro sistema jurídico es el clásico, con ciertas variaciones, basado en la consciencia y voluntad con la que actúa el individuo y en la capacidad de motivación normativa. Este es un concepto vinculado a nociones psicológicas, biológicas y sociológicas, ya que las facultades psíquicas de la persona, van más allá de las puramente intelectivas y volitivas, al existir diversos factores que influyen en el

pensamiento y en la actuación humana. En nuestra legislación se da la enumeración de las personas que carecen de capacidad de imputabilidad, como en el sistema de los clásicos, pero a pesar de eso no se utiliza en la misma línea el sistema de discernimiento para medir la capacidad de discernir del menor adolescente en cada acto, sino el sistema biológico-cronológico de la edad, por seguridad jurídica. Entre estas persona enumeradas que carecen de la capacidad de imputabilidad, se encuentran los menores de 18 años, pero esta inimputabilidad debe entenderse, no como ausencia de responsabilidad, sino como una responsabilidad distinta al del adulto, ya que el menor es capaz de querer y entender el alcance de sus actos. Esta responsabilidad debe ser moderada acorde a las necesidades de estas personas que son un grupo de atención prioritaria, en desarrollo, esto por las necesidades específicas de las personas de esa edad. Entonces se colige que la inimputabilidad del menor es una inimputabilidad “sui generis”, en la que es responsable por sus actos, es juzgado el menor infractor con todos los derechos y garantías comunes a todo ser humano y los específicos de su edad, mediante una justicia especializada y sin ingresar al sistema penal de adultos, ya que esto generaría un efecto psicológico negativo en el menor, al no constituir las cárceles un lugar adecuado para el tratamiento del mismo, y produciría un incremento de la violencia para ellos.

- f) La culpabilidad: Como fuere concebida, como juicio de reproche, o como la actitud consciente de la voluntad que da lugar al juicio de reproche, en cuanto la persona actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente, los menores de edad adolescentes, pueden ser declarados culpables, ya que ellos poseen una capacidad psíquica completa para comprender, entender y valorar la dimensión del injusto y para autodeterminarse. Esto porque su inimputabilidad “sui géneris”, es decir, no exenta de responsabilidad, les da la capacidad de culpabilidad. La doctrina de la protección integral exige que el menor que ha incurrido en un comportamiento tipificado como delito, sea procesado con todas las garantías del debido proceso, para que posteriormente sea determinada su sanción, esto no podría tener lugar sin la aplicación del principio de culpabilidad, ya que mediante él, se determinaría el grado de

responsabilidad del adolescente infractor y por ende sería precisado el grado de rigurosidad de la medida socioeducativa a aplicar, ya que la sanción debe ser proporcional al grado de culpabilidad de la persona que cometió el ilícito.

6. Una de las consideraciones para aducir que el menor, excepto el de muy corta edad, tiene capacidad de entender, querer y actuar, se basa en que los niños al adquirir educación, son capaces de contraer normas de conducta y valores y de actuar conforme a ellas.
7. El estado puede exigir a una persona que tiene capacidad normal de motivación, responsabilidad de acuerdo al Código Penal, pero el mismo tipo de responsabilidad penal, no puede ser exigida a un sujeto que no tenga la misma capacidad de motivación o que la tenga en un grado menor al normal; la excepción estaría en los menores de edad, ya que a pesar de que pueden ser normalmente motivables, no se les exige la misma responsabilidad penal que a los imputables.
8. Los menores de edad son considerados inimputables por fundamentos político- criminales, a pesar de ser completamente motivables y tener la capacidad de querer y entender, y no sería adecuado por este motivo, sustraerlo del sector de los inimputables ya que a lo largo de la historia la responsabilidad de los menores siempre ha existido, pero encubierta por medio de la legislación y carente de garantías, y es un punto favorable el reconocerla abiertamente, para su correcta regulación, pero sin que esto signifique una posición a favor de la declaración, mediante la legislación positiva, de la imputabilidad del menor de edad, ya que se violaría el principio de igualdad consagrado en la Constitución, porque no se puede exigir la misma responsabilidad a personas en desigualdad de condiciones como lo son los menores respecto de los adultos, en el tema de ejercicios de ciertos derechos, como lo son las limitaciones jurídicas, entre ellas, el no ser un miembro activamente participativo en la sociedad
9. De la teorías expuestas por los exponentes de la psicología, teorías podemos concluir que el adolescente, de manera general, cuando goza de un

desarrollo normal, adecuado para su buena salud mental y su desarrollo moral, puede medir, saber, conocer, comprender cuando una conducta se encuentra acorde o no a una norma social o moral, saber si está actuando en beneficio o en perjuicio de la sociedad. Llegan estos teóricos, a la conclusión de que el menor en su adolescencia ya tiene un criterio moral conformado, que naturalmente, sigue en desarrollo, pero eso no le impide el razonamiento y actuación anteriormente mencionado. Esta capacidad de autorregulación, que es el aspecto más importante refiriéndonos a la capacidad de responsabilidad individual en los menores, los expertos estiman que se desarrolla hacia los 10 años de edad.

10. La propuesta por parte del ejecutivo, de bajar la edad de imputación penal de 18 a 16 años, viola algunos principios y normas constitucionales, el principio de igualdad, el de última ratio del derecho penal, el de legislación y justicia especializada, el de aplicación progresiva de las normas jurídicas, y el del interés superior del niño.

RECOMENDACIONES

1. Mantener la edad de inimputabilidad penal de los adolescentes infractores en los 18 años de edad.
2. Implementación de programas y políticas sociales por parte del gobierno para mejorar la situación de las clases sociales marginales, ya que la pobreza genera delincuencia, y mediante ellas se podría disminuirla considerablemente.
3. Mejoramiento y ampliación del sistema educativo, ya que mediante este, se generan oportunidades y no se incurre delitos suscitados por esta motivación, al constituir el problema de la delincuencia juvenil, un problema social generado en gran parte por la desigualdad económica imperante en el sistema.
4. Las decisiones de los jueces deben ser encaminadas a la preferencia de medidas socioeducativas, alternativas a la privación de libertad de los menores, considerando primordialmente el interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ÁVILA Ramiro, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Fundación Nacional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, Ed. Primera, 2009.

BETTIOLO Giuseppe, Derecho Penal, Ed. Temis, ed. Cuarta, Bogotá, 1965.

BUSTOS RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal volumen I, Ed. TROTTEA, ed. Primera, Madrid, 1997

CÁRDENAS Nelly, *Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil*, Arequipa, primera edición, 2009

CORDOVA Juan, *Culpabilidad y Pena*, Ed. BOSCH, Barcelona, ed. Primera, 1981

COSTA Fausto, El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía, Ed. Hispanoamericana, ed. Primera, México, 1953

DIAZ Lina, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Temis, Bogotá, ed. primera, 2009

GERNAERT Lucio, Diccionario de Aforismos y Locuciones Latinas de Uso Forense, Ed. Abeledo Perrot, ed. Segunda, Buenos Aires, 2000

GOLDSCHMIDT James, *La Concepción normativa de la Culpabilidad*, Ed. IB de F, ed. Segunda, Buenos Aires, 2007

HALL Ana, *La Responsabilidad Penal del Menor*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, primera edición, 2004

JAKOBS Gunther, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Ed. Marcial Pons, ed. Segunda, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ DE AZUA, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, edición novena, Buenos Aires, 1979

MÉNDEZ GARCÍA Emilio, Derecho a tener Derecho, Ed. UNICEF, ed. Primera, Quito, 1998.

MIR PUIG Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. BOSCH, ed. Segunda, Barcelona, 1982

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, segunda edición, 1999

LOPEZ Eduardo, *Teoría del Delito*, Ed. Porrúa, ed. Quinta México, 1998

PEREZ MANRIQUE Ricardo, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, serie justicia y derechos humanos, Quito, primera edición, 2010

PLATT Anthony, *Los Salvadores del Niño o Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI editores SA de CV, segunda edición, 1988

PEREZ María Isabel, *El IterCriminis su desarrollo e incidencia*, Tesis para obtener en grado en Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1973.

REINHARD Frank, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Ed. IB de F, ed. Primera, Buenos Aires, 2000

REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Ed. TEMIS, ed. Tercera, Santa Fe de Bogotá, 1999

REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, Ed. Temia, Santa Fé de Bogotá, Quinta reimpresión de la undécima edición, 1996.

REYES ECHANDÍA, *La Imputabilidad*. Ed. Universidad Externado de Colombia, ed. Primera, Bogotá, 1976

REVISTA CUBANA DE DERECHO NÚMERO 5 DE MARZO DE 1992, *Justicia Penal de Menores o el Discurso de la Verdad*

RODRIGUEZ MANZANERA Luis, *Criminalidad de Menores*, Ed. Porrúa, México DF, primera edición, 1987

ZAFFARONI Eugenio, *Derecho Penal Parte General*, Ed. EDIAR, ed. Segunda, Buenos Aires, 2002

Legislación:

Código de Menores, Registro Oficial número 107 y 108 del 10 y 11 de abril de 1939

Código de Menores, Registro Oficial número 65 del 18 de agosto de 1944.

Código de Menores, Registro Oficial número 107 del 14 de junio de 1976.

Código de Menores, Registro Oficial número... (PONER REGISTRO OFICIAL) ... del 7 de agosto de 1992.

Código de la Niñez y Adolescencia publicado por ley número 100, expedido en el Registro Oficial número 737 del 3 de enero del 2003.

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Declaración sobre los Derechos del Niño

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia (Directrices del Riad)

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Web:

ARMAZA Julio, Error de Prohibición, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_21.pdf, Lima, Vol. 50, 1993

CALDERON Javier, *De la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral: La hegemonía del interés superior del niño*, <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>

CAPPELAERE Geert, *Estudio Introductorio de las Directrices del Riad*, http://www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf

CHÁVEZ Iván, *Concepto Material de Culpabilidad*, <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/el-concepto-material-de-culpabilidad.html>

CORREA Jorge, *Criminología*, <http://es.scribd.com/doc/50841725/35/F-INSTANCIAS-FORMALES-E-INFORMALES-DEL-CONTROL-SOCIAL>

Diccionario de Psicología Científica y Filosófica, <http://www.e-torredabel.com/Psicologia/Vocabulario/Ciencias-Empiricas.htm>

EL COMERCIO, *El informe para el primer debate del Código Penal con reparos*, http://www.elcomercio.com/politica/informe-debate-Codigo-Penal-reparos_0_708529300.html

EL COMERCIO.COM, *Rechazo a penalización de jóvenes*, http://www.elcomercio.com/seguridad/Rechazo-penalizacion-jovenes_0_574742710.html

EL UNIVERSO, *Comisión retomó el trámite del Proyecto de Código Penal*, <http://www.eluniverso.com/2012/09/06/1/1355/comision-retomo-tramite-proyecto-codigo-penal.html>

EL UNIVERSO, *Proyecto de Código Penal Integral ya tiene informe para primer debate*, <http://www.eluniverso.com/2012/06/13/1/1355/proyecto-codigo-penal-ya-tiene-informe-primer-debate.html>

GAITÁN Maximiliano, *Injusto Penal*, <http://es.scribd.com/doc/20112773/Injusto-Penal-Maximiliano-Gaitan>

O' DONELL Daniel en CALDERON Javier, *De la doctrina de la situación irregular, a la doctrina de la protección integral: La hegemonía del interés superior del niño*, <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>

PSICOLGÍA ONLINE, *Teorías Cognitivo Evolutivas del Desarrollo Moral*, <http://www.psicologia-online.com/pir/teorias-cognitivo-evolutivas-del-desarrollo-moral.html>, p. 1

REVISTA JUDICIAL DERECHOECUADOR, *Corte Judicial de Menores ya tiene su Gaceta Tutelar*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3169&Itemid=426

VARGAS Luz, *Las Penas y Medidas de Seguridad Consecuencia del Derecho Punitivo en México*, http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos10/luz_vargas.pdf

VISTAZO.COM, *Ministra de Justicia entregó el Proyecto de Código Penal Integral*, <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=17534>,

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Carla Sofía Albán Aguirre, C.I. 171809604-1, autora del trabajo de graduación intitulado: Responsabilidad Penal Juvenil en el Ecuador, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 06 de febrero de 2013



.....

C.I. 171809604-1


REPUBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACION Y CEDULACION

CIUDADANIA No. **171809604-1**

ALBAN AGUIRRE CARLA SOFIA
PICHINCHA/QUITO/SANTA PRISCA

24 AGOSTO 1988

FECHA DE NAC. REG. CIVIL: **006-C 0100 03405 F**

PICHINCHA/QUITO SEXO

GONZALEZ SUAREZ 1988


 FIRMA DEL CEDULADO



ECUATORIANA***** **V3333V1222**

SOLTERO IND. DACT

SUPERIOR **ESTUDIANTE** PROF. JOCUR

HENRY ATAHUALPA ALBAN


SONIA PATRICIA AGUIRRE


RUMINAHUI DE LA MADRE **09/04/2007**

09/04/2019

FECHA DE CADUCIDAD

FORMA No. **REN 2262360**
 Pch


 FIRMA DE LA AUTORIDAD


 PULGAR DERECHO